

# Werken voor ontslag

## Het is niet alleen de werknemer die disfunctioneert



*In hoeverre dient een disfunctionerende werknemer als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder d BW, een door de werkgever op grond van diens herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie, te accepteren met inachtneming van het bepaalde in de wet, literatuur en jurisprudentie?*

Student: Paul van der Wiel  
Studentnummer: 1593989  
Docent: mw. mr. drs. A. Sutherland  
Document: Onderzoeksrapport  
Instelling: Hogeschool Utrecht  
Faculteit: Maatschappij en Recht  
Opdrachtgever: NU'91  
Eerste lezer: dhr. mr. D. Bos  
Tweede lezer:  
Versie: 1  
Datum: 29 mei 2017

## Voorwoord

Afgelopen winter was het dan zover. Ik had mijn stage afgerond en daarmee een lange periode van ruim tien maanden achter mij gelaten. In deze periode heb ik bij een tweetal totaal verschillende organisaties stage mogen lopen. Eerst een periode van zeven maanden bij een kleinschalig advocatenkantoor en de resterende drie maanden bij de Beroepsorganisatie voor de verpleging en verzorging, De Nieuwe Unie'91, beter bekend als NU'91.

Bij NU'91 ben ik in aanraking gekomen met het onderzoeksonderwerp. Ik wil hierbij NU'91 dan ook bedanken voor de onderzoeksopdracht (zie Bijlage I) en voor de mogelijkheid, tijd en ruimte die ik heb gekregen om dit onderzoek te kunnen verrichten. In het bijzonder wil ik daarbij mijn collega's Marloes te Pas en Nadia Akka bedanken.

Daarnaast wil ik mijn dank uiten richting de heren De Ruiter en Bos die mij namens de Hogeschool Utrecht in deze hebben begeleid.

Ik wens u veel leesplezier.

Utrecht, 29 mei 2017

---

Paul van der Wiel  
Jurist

# Inhoudsopgave

<b>SAMENVATTING</b> .....	<b>6</b>
<b>HOOFDSTUK 1: INLEIDING</b> .....	<b>9</b>
1.1 INTRODUCTIE .....	9
1.2 ONDERZOEKSVRAAG EN DEELVRAGEN .....	9
1.3 DE KOMST VAN DE WET WERK EN ZEKERHEID .....	10
1.4 RELEVANTE WIJZIGINGEN .....	10
1.4.1 <i>Redelijke ontslaggronden</i> .....	10
1.4.2 <i>Ontslag routes</i> .....	10
1.4.3 <i>De kantonrechter</i> .....	10
1.4.4 <i>Herplaatsingsverplichting</i> .....	11
1.5 DE WET: ARTIKEL 7:669 LID 1 JO. LID 3 ONDER D BW .....	11
1.6 PROBLEEMBESCHRIJVING.....	11
1.6.1 <i>Disfunctioneren ex art. 7:669 lid 3 onder d BW</i> .....	11
1.6.2 <i>De herplaatsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW</i> .....	12
1.6.2.1 Het herplaatsen .....	12
1.6.2.2 De redelijke “herplaats” termijn.....	12
1.6.2.3 Scholing .....	12
1.6.2.4 Passende functie .....	13
1.6.5.5 In de rede .....	13
1.7 PRAKTIJKPROBLEEM .....	13
1.8 DOELSTELLING EN OPDRACHTGEVER .....	14
1.9 STRATEGIE.....	14
1.9.1 <i>Onderzoeksstrategie</i> .....	14
1.9.2 <i>Analyse bronnen</i> .....	14
1.10 VOORUITBLIK.....	14
<b>HOOFDSTUK 2: DISFUNCTIONEREN</b> .....	<b>15</b>
2.1 TOETSINGSKADER DISFUNCTIONEREN .....	15
2.2 ONGESCHIKTHEID VAN DE WERKNEMER TOT HET VERRICHTEN VAN DE BEDONGEN ARBEID .....	15
2.2.1 <i>De bedongen arbeid</i> .....	15
2.2.1.1 Functievereisten .....	16
2.2.1.2 Een zwaarder wordende functie .....	16
2.2.2 <i>Het verrichten van</i> .....	16
2.2.2.1 Disfunctioneren in de functie-uitoefening .....	16
2.2.2.2 Disfunctioneren in de persoon .....	17
2.2.2.3 Disfunctioneren combineren.....	17
2.2.3 <i>Ongeschiktheid</i> .....	18
2.2.3.1 Stelplicht werkgever .....	18
2.2.3.2 Bewijsplicht werkgever.....	18
2.2.3.3 Hoofdbewijs disfunctioneren .....	18
2.2.3.4 Onderbouwend bewijs disfunctioneren .....	19
2.2.3.5 Concretiseren van het disfunctioneren .....	19
2.2.4 <i>De werknemer</i> .....	19
2.2.4.1 Slagingspercentage art. 7:669 lid 3 onder d BW.....	19
2.3 NIET TEN GEVOLGE VAN ZIEKTE OF GEBREKEN VAN DE WERKNEMER .....	20
2.3.1 <i>Niet ten gevolge van ziekten of gebreken</i> .....	20
2.3.2 <i>De werknemer</i> .....	20
2.3 MITS DE WERKNEMER TIJDIG IN KENNIS IS GESTELD.....	20
2.3.1 <i>Tijdig</i> .....	20
2.3.2 <i>In kennis is gesteld</i> .....	21

2.3.3	<i>De werknemer</i> .....	21
2.4	MITS DE WERKNEMER IN VOLDOENDE MATE IN DE GELEGENHEID IS GESTELD TOT HET VERBETEREN VAN ZIJN FUNCTIONEREN .....	21
2.4.1	<i>In de gelegenheid is gesteld</i> .....	21
2.4.1.1	Inspanningsverplichting.....	21
2.4.1.2	Wederzijds vertrouwen .....	22
2.4.2	<i>In voldoende mate</i> .....	22
2.4.2.1	Verbeterplan.....	22
2.4.2.2	Inhoud verbeterplan.....	22
2.4.2.3	Inhoud verbeterplan bij een andere functie.....	23
2.4.3	<i>Tot het verbeteren van zijn functioneren</i> .....	23
2.4.3.1	Herhalen instructies .....	23
2.4.3.2	Tussentijdse evaluatie .....	23
2.4.3.3	Tussentijds stopzetten.....	23
2.4.4	<i>De werknemer</i> .....	24
2.5	NIET TEN GEVOLGE VAN ONVOLDOENDE ZORG VAN DE WERKGEVER VOOR SCHOLING VAN DE WERKNEMER.....	24
2.5.1	<i>Onvoldoende zorg voor van de werkgever</i> .....	24
2.5.2	<i>Voor scholing</i> .....	25
2.5.3	<i>Van de werknemer</i> .....	25
2.6	NIET TEN GEVOLGE VAN ONVOLDOENDE ZORG VAN DE WERKGEVER VOOR ARBEIDSOMSTANDIGHEDEN VAN DE WERKNEMER.....	25
2.6.1	<i>Niet ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor arbeidsomstandigheden</i> .....	25
2.6.2	<i>Van de werknemer</i> .....	26
2.7	TUSSENCONCLUSIE HOOFDSTUK 2 .....	26
<b>HOOFDSTUK 3: DE HERPLAATSINGSVERPLICHTING .....</b>		<b>28</b>
3.1	TOETSINGSKADER HERPLAATSINGSVERPLICHTING .....	28
3.2	HET HERPLAATSEN .....	28
3.2.1	<i>Het herplaatsen van de disfunctionerende werknemer</i> .....	28
3.2.2	<i>De herplaatsingsmogelijkheden</i> .....	29
3.2.2.1	Grootte onderneming.....	29
3.2.2.2	Aard onderneming.....	29
3.2.2.3	Situatie onderneming .....	30
3.2.2.4	Arbeidsplaatsen.....	30
3.3	BINNEN EEN REDELIJK TERMIJN .....	30
3.3.1	<i>De opzegtermijn</i> .....	31
3.3.2	<i>Ex tunc toets</i> .....	31
3.3.3	<i>De proceduretijd</i> .....	31
3.4	AL DAN WEL OF NIET GEPAARD MET SCHOLING .....	32
3.4.1	<i>Al dan wel of niet</i> .....	32
3.4.2	<i>Scholing</i> .....	32
3.5	IN EEN ANDERE PASSENDE FUNCTIE.....	32
3.5.1	<i>Discrepantie passende arbeid, uitwisselbare functie en passende functie</i> .....	32
3.5.1.1	Subjectief en objectief oordeel .....	32
3.5.1.2	Passende functie: objectief of subjectief?.....	32
3.5.2	<i>Welke passende functie</i> .....	33
3.6	TENZIJ HERPLAATSING NIET IN DE REDE LIGT .....	33
3.6.1	<i>Verwijtbaar handelen</i> .....	34
3.6.2	<i>In de rede</i> .....	34
3.7	VAN DE WERKNEMER.....	34
3.7.1	<i>Verplichtingen werknemer</i> .....	34
3.7.1.1	Meewerken .....	34
3.7.1.2	Bewijsplicht .....	34
3.8	TUSSENCONCLUSIE HOOFDSTUK 3 .....	35

<b>HOOFDSTUK 4: DE CONSEQUENTIES .....</b>	<b>37</b>
4.1    CONSEQUENTIES VOOR DE ARBEIDSOVEREENKOMST .....	37
4.1.1 <i>De Asscher-escape</i> .....	37
4.1.2 <i>In de rede</i> .....	38
4.2    TUSSENCONCLUSIE HOOFDSTUK 4 .....	38
<b>HOOFDSTUK 5: CONCLUSIE OP DE HOOFDVRAAG .....</b>	<b>39</b>
<b>LITERATUURLIJST .....</b>	<b>41</b>
<b>BIJLAGE I: DE OPDRACHTBESCHRIJVING .....</b>	<b>46</b>
<b>BIJLAGE II: DE PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS .....</b>	<b>47</b>
<b>BIJLAGE III: BESLISBOOM – DISFUNCTIONEREN EN HERPLAATSEN .....</b>	<b>51</b>
<b>BIJLAGE IV: CASUS TER ONDERBOUWING BESLISBOOM.....</b>	<b>55</b>

# Samenvatting

Sinds 1 juli 2015 is er met de implementatie van de Wwz veel veranderd in het arbeidsrecht. Ook de spelregels voor het ontbinden van de arbeidsovereenkomst zijn aangepast. In opdracht van NU'91, is één van de ontslagroutes, namelijk de zogenaamde ontslagroute disfunctioneren, in kaart gebracht. In dit onderzoek wordt de direct relevante wetsartikelen toegelicht, mede aan de hand van het commentaar in de arbeidsrechtelijke literatuur en de rechtelijke uitleg zoals die volgt uit de jurisprudentie. De genoemde bevindingen staan vermeld in Bijlage III: Beslisboom – disfunctioneren en herplaatsen. De centrale vraagstelling luidt:

*In hoeverre dient een disfunctionerende werknemer als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder d BW, een door de werkgever op grond van diens herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie, te accepteren met inachtneming van het bepaalde in de wet, literatuur en jurisprudentie?*

## Disfunctioneren

Het ontbinden van een arbeidsovereenkomst in verband disfunctioneren kan enkel door tussenkomst door de rechter plaatsvinden, zo bepaalt art. 7:669 lid 3 onder d BW. Begint een werkgever om die reden een ontslagprocedure, dan zal de rechter aan de hand van zes criteria toetsen of er sprake is van een disfunctionerende werknemer (§ 2.1).

Van het eerste criterium 'de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid' is sprake als de werknemer de in de arbeidsovereenkomst overeengekomen arbeid, oftewel diens bedongen arbeid, niet meer kan verrichten doordat de werknemer te kort komt in de functie-uitoefening of als zijn persoonlijkheidskenmerken aan diens functioneren in de weg staan (§ 2.2.2).

Uit de tweede, vijfde en zesde criteria volgen dat ziekte, onvoldoende scholing alsook de arbeidsomstandigheden van de werknemer niet als oorzaak aan het disfunctioneren ten grondslag mag liggen. Indien ziekte of de arbeidsomstandigheden wel aan het disfunctioneren ten grondslag ligt, wat tot op heden in de jurisprudentie nog niet is voorgekomen, is het aan de werknemer om te bewijzen dat daar wel sprake van is (§ 2.3 en 2.6). De werkgever dient de werknemer in staat te stellen om door individuele scholing diens functie te mogen en te kunnen blijven uitoefenen, waarbij het dan aan de werknemer is om zich voldoende te bekwamen (§ 2.5).

De derde en vierde criteria houden in dat de werkgever de werknemer wel de kans moet geven om diens functioneren te verbeteren. De werkgever moet de werknemer meerdere malen concreet van het disfunctioneren op de hoogte stellen zodat de werknemer begrijpt dat hij disfunctioneert (§ 2.3.1). Daarnaast moet de werkgever zich naar uiterste kunnen inspannen om de werknemer diens functioneren door middel van een verbetertraject te (laten) verbeteren (§ 2.5.2.1). Deze verplichting voor de werkgever geldt ook als de werknemer niet meewerkt, wat overigens wel van de werknemer wordt verwacht (§ 2.5.4). Van belang is dat de werkgever herhaaldelijk voorbeelden van de reden geeft waarom de werknemer disfunctioneert inclusief vakinhoudelijke instructies (§ 2.5.3.1). De werkgever moet de werknemer individueel laten begeleiden door een onafhankelijke collega-werknemer of een externe coach (§ 2.5.3.2). Ook dient het functioneringstraject tussentijds geëvalueerd te worden (§ 2.5.3.3). Het is aan de werkgever om zowel het disfunctioneren alsook diens inspanningen bij het verbetertraject voldoende concreet en met een doelmatige functioneringsdossier te onderbouwen (§ 2.2.3). Daarnaast moet de werkgever niet de schijn geven dat de werknemer wel of weer functioneert door bijvoorbeeld het verstrekken van een bonus (§ 2.2.3.5). 75% van de ontbindingsverzoeken in verband met disfunctioneren worden door de rechter

niet ingewilligd. Dit schort aan het overlegde dossier (§ 2.2.4). Daardoor zal er rechtens niet veel sprake zal zijn van disfunctioneren, terwijl de werknemer wellicht weldegelijk disfunctioneert. Naarmate werkgevers in de toekomst hun dossiervorming beter op orde hebben, zal het zwaartepunt van de rechtelijke beoordeling van een ontslagverzoek verband disfunctioneren zich verschuiven naar de overige genoemde criteria die daarvoor gelden, zoals dat er daadwerkelijk sprake moet zijn van disfunctioneren, wat in beginsel aan de werkgever is om te bepalen en de herplaatsingsverlichting dat op het disfunctioneren volgt.

### **Herplaatsingsverplichting**

Ook als er aantoonbaar sprake is van disfunctioneren, kan niet enkel daarom de arbeidsovereenkomst ontbonden worden. De werkgever dient eerst te onderzoeken of het herplaatsen van de werknemer in een passende functie mogelijk is. Art. 7:669 lid 1 BW verplicht tot het aanbieden van 'een andere passende functie' (§ 3.2.1) waarbij als basisbeginsel geldt: hoe groter de onderneming, des te meer van de werkgever mag worden verwacht (§ 3.2.2.2).

Er zijn situaties dat herplaatsing niet mogelijk is. Bijvoorbeeld bij een krimpende, in een reorganisatie verkerende onderneming, een onderneming met minder dan 25 werknemers op (slechts) één locatie indien er sprake is van disfunctioneren in de persoon en indien de werkgever het aannemelijk kan maken dat de soort functies die de werknemer heeft uitgeoefend niet met het dagelijkse praktijk van de onderneming overeenkomt (§ 3.2.2), zoals het geval is bij het uitoefenen van een administratieve functie bij een technische onderneming.

De inspanningsverplichting geldt voor de duur van 75 dagen exclusief de wettelijke opzegtermijn als bedoeld in art. 7:672 lid 2 BW, die afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst vier maanden kan bedragen (§ 3.3). Bij de inspanning dienen in ieder geval de openstaande vacatures te worden onderzocht alsook de tijdelijke arbeidsplaatsen van collega-werknemers met een dienstverband van korter dan zes maanden (§ 3.2.2.4).

Om te bepalen of een bepaalde vacature of functie passend is, dienen de werkgever en werknemer zich gezamenlijk in te zetten (§ 3.7). De objectieve functievereisten van de mogelijke nieuwe werkzaamheden dienen tegen het licht gehouden te worden van de objectieve functievereisten van de in het verleden door de werknemer verrichtte werkzaamheden alsook die van diens huidige functie (§ 3.5.1). Er hoeft in het kader van disfunctioneren niet per definitie gekeken te worden naar een lagere functie. Bij disfunctioneren in de functie-uitoefening is dat wel voor de hand liggend, maar in het geval van disfunctioneren gelegen in de persoon niet direct (§ 3.5.2). Het herplaatsen in een ander team kan dan volstaan.

Van de werknemer wordt wel verwacht dat deze positief op een aanbod van de werkgever ingaat (§ 3.7), anders kan daaruit volgen dat herplaatsing niet in de rede ligt. Dat is in ieder geval bij het opzettelijk verwijtbaar handelen door de werknemer zoals het weigeren van arbeid (§ 3.6.1). Mocht de werknemer het om bepaalde redenen niet eens zijn met de aangeboden arbeid, dan dient deze te onderbouwen waarom die dat vindt (§ 3.7.1). Van de werkgever wordt verwacht dat deze zijn verrichte inspanningen onderbouwd en concretiseert. In een eventueel hoger beroep is dat ook van belang. Dan worden namelijk de omstandigheden uit de eerste aanleg, bij het bepalen of herplaatsen mogelijk is, betrokken (§ 3.3.2).

### **Consequenties**

Indien de werknemer een passende functie niet accepteert zijn er een tweetal bedreigingen voor het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst. Ten eerste is er de situatie denkbaar dat het ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren strandt, maar dat de arbeidsrelatie vanwege het gevoerde proces een deuk heeft opgelopen. Dan zou de werkgever kunnen proberen om via de zogenaamde Asscher-escape de arbeidsovereenkomst alsnog te laten ontbinden en dan op grond van een verstoorde arbeidsrelatie. De rechter gaat hier echter niet (vaak) in mee, omdat deze van mening is dat het ontstaan van de verstoorde relatie veelal de werkgever is te verwijten (§ 4.1.1). De andere bedreiging betreft de situatie waarbij de werknemer (meerdere malen) arbeid weigert of een soort arbeid weigert waardoor het herplaatsen van de werknemer niet meer in de rede valt (§ 4.1.2).

### **Conclusie**

De disfunctionerende werknemer (ex art. 7:669 lid 3 onder d BW) dient in het kader van de herplaatsingsverplichting die rust op de werkgever (ex art. 7:669 lid 1 BW), de door de werkgever aangeboden passende functie te accepteren, anders zal de herplaatsingsverplichting van de werkgever komen te vervallen. Door het weigeren van de passende functie door de werknemer ligt herplaatsing niet meer in de rede en kan de rechter, indien de werkgever de rechter verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden, tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan. Wel moet er daarbij sprake zijn van een disfunctionerende werknemer. Dat moet door de werkgever schriftelijk worden onderbouwd met een functioneringsdossier en een verbetertraject. Hoewel het daar tot nog toe veelal aan schort, is de verwachting dat dit in de nabije toekomst minder het geval zal zijn en dus dat het disfunctioneren voldoende door de werkgever wordt onderbouwd.



# Hoofdstuk 1: Inleiding

## 1.1 Introductie

Stel je het volgende eens voor. Je bent lekker als Verpleegkundige IC aan het werk en de werkgever loopt langs. Hij stopt en merkt op dat jij je werk niet goed doet. Je vraagt waarom niet, waarop de werkgever het je uitlegt. Je begrijpt de werkgever wel, maar ja hè. Wat moet je? Dat de werkgever op een gegeven moment alles is gaan digitaliseren, daar kan jij niets aan doen. Dat je daar geen kaas van hebt gegeten kan jij niet verhelpen. Een week later gebeurt hetzelfde en een week daarop weer. Je merkt dat de werkgever het wel welletjes begint te vinden. En ja hoor. In het weekend ontvang je een mail van je werkgever waarin de afgelopen drie weken uitvoerig worden behandeld. Ook zit er een uitnodiging bij voor een functioneringsgesprek op maandag. Je neemt jezelf voor om daar gewoon op in te gaan en jouw visie aan je werkgever voor te leggen. Zo gezegd, zo gedaan. Die maandag zegt jouw werkgever: 'Beste ... Zoals jij het beste voor hebt met het bedrijf, hebben wij het beste voor met jou. Het werkt zo alleen niet meer. Jouw functioneren zal normaliter tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst leiden, maar we hebben je besloten te herplaatsen naar de functie verzorgende IG op de aanleunwoning; Is dat niet iets voor jou? Overigens, je zal wel moeten. Iets anders is er op dit moment niet.' Stom verbaasd loop je de kamer uit. Dit kan toch zomaar niet. Wat kan je doen? Wie kan je helpen. De bond, ja de bond! Ik ga NU'91 bellen. En wel nu!

Welk advies of stappen zal de jurist van NU'91 kunnen geven of ondernemen? Voor het vervolg zie Bijlage IV.

## 1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

In dit onderzoek wordt de navolgende hoofdvraag beantwoordt.

*In hoeverre dient een disfunctionerende werknemer als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder d BW, een door de werkgever op grond van diens herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie, te accepteren met inachtneming van het bepaalde in de wet, literatuur en jurisprudentie?*

Om deze hoofdvraag te beantwoorden worden de volgende drie deelvragen onderzocht.

- I) *Wanneer is er volgens de literatuur en jurisprudentie kijkend naar het toetsingskader ex artikel 7:669 lid 3 onder d Burgerlijk Wetboek sprake van een disfunctionerende werknemer?*
- II) *In hoeverre dient de werkgever de werknemer op grond van artikel 7:669 lid 1 Burgerlijk Wetboek te herplaatsen indien er sprake is van de ontslaggrond disfunctioneren ex art. 7:669 lid 3 onder d BW.*
- III) *Wat zijn voor de disfunctionerende werknemer de juridische consequenties, indien de werknemer de door de werkgever in het kader van diens herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie niet accepteert, met betrekking tot de arbeidsovereenkomst van de werknemer?*

In dit hoofdstuk worden het waarom en het hoe van dit onderzoek toegelicht.

### 1.3 De komst van de Wet Werk en Zekerheid

Op 1 juli 2015 is het sociaal zekerheidsrecht in Nederland grondig gewijzigd. Dit heeft te maken met de implementatie van de Wet Werk en Zekerheid (hierna ook te noemen: Wwz). Daaronder valt ook het ontslagrecht. Oftewel, de bij het ontbinden van de arbeidsovereenkomst in acht te nemen spelregels door werkgevers en werknemers.

### 1.4 Relevante wijzigingen

#### 1.4.1 Redelijke ontslaggronden

In art. 7:669 lid 3 onder a <sup>t/m</sup> h BW staat een limitatieve opsomming van een achttal redelijke ontslaggronden. Onder ieder van deze acht letters staat een reden beschreven waarop de werkgever zich kan beroepen om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden. Ik richt mij in dit onderzoek op de ontslaggrond zoals die staat geformuleerd onder de letter d, namelijk de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid. Oftewel, disfunctioneren.<sup>1</sup>

#### 1.4.2 Ontslag routes

Het is niet meer de werkgever, maar de wetgever die de keus maakt naar welke bevoegde instantie, de kantonrechter of het UWV, de werkgever dient te stappen om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.<sup>2</sup> Voor de redelijke ontslaggronden a en b dient de werkgever naar het UWV te stappen en voor de overige gronden, dus c <sup>t/m</sup> h naar de kantonrechter. Voor de ontslaggrond disfunctioneren zal de werkgever dus een verzoek moeten indienen bij het kantonrecht.<sup>3</sup> Terwijl voorheen de keus was gebaseerd op tijd en geld. Voor goedkoop, maar langzaam ging de werkgever naar het UWV en voor snel, maar kostbaarder ging de werkgever naar de kantonrechter.

#### 1.4.3 De kantonrechter

Ondanks dat voorafgaand aan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst vele facetten als emoties, conflicten, het functioneren en economische omstandigheden een rol kunnen spelen, dient de werkgever zijn verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op slechts één ontslaggrond te stoelen. Er moet namelijk sprake zijn van een voldragen ontslaggrond. De rechter mag geen ontslaggronden meer combineren en doet dat ook niet.<sup>4</sup> Extra geldelijke vergoedingen vanwege het niet helemaal voldoen aan de vereisten van een ontslaggrond zijn ook niet meer mogelijk.<sup>5</sup> De werkgever wordt hiermee als het ware in een keurschijf gestopt. Toch lijkt de Minister van Sociale Zaken een alternatieve route open te stellen. Namelijk de Asscher-escape voor het geval er een verstoorde arbeidsrelatie ontstaat vanwege een voor de werkgever negatieve verzoekschriftprocedure.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Even 2016.

<sup>2</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 3-4.*

<sup>3</sup> *Idem*, p. 36-38.

<sup>4</sup> VAAN en VvA 2016, p. 9-10.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 9-10.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 45.*

#### 1.4.4 Herplaatsingsverplichting

Nieuw in de wet is opgenomen dat de werkgever voordat die het verzoekt doet de arbeidsovereenkomst op een redelijke ontslaggrond te laten ontbinden, de mogelijkheden moet bekijken om de werknemer al dan wel of niet met behulp van scholing te herplaatsen in een passende functie.<sup>7</sup> Tenzij herplaatsing niet in de rede ligt. Dit volgt uit art. 7:669 lid 1 BW.

### 1.5 De wet: artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 onder d BW

De discussie in de parlementaire geschiedenis heeft uiteindelijk in artikel 7:669 BW geresulteerd. Zie Bijlage II voor een korte weergave van de totstandkoming in de parlementaire geschiedenis voor wat betreft het eerste lid en lid 3 onder d van het desbetreffende artikel.

Art. 7:669 BW luidt:

1. 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 er sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onder e.
2. (...).
3. Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:
  - a. (...);
  - b. (...);
  - c. (...);
  - d. de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of de arbeidsomstandigheden van de werknemer;
  - e. (...);
  - f. (...);
  - g. (...);
  - h. (...).
- 4<sup>t</sup>/<sub>m</sub> 7. (...).

### 1.6 Probleembeschrijving

#### 1.6.1 Disfunctioneren ex art. 7:669 lid 3 onder d BW

Voordat aan de herplaatsingsverplichting kan worden toegekomen, dient er eerst sprake te zijn van een redelijke ontslaggrond zoals disfunctioneren. Uit onderzoek blijkt dat zo'n 75 % van de werkgevers die een ontbindingsverzoek indienen op grond van disfunctioneren naar huis wordt gestuurd vanwege het ontbreken van voldoende of voldoende onderbouwd dossier.<sup>8</sup> Uit de jurisprudentie volgt dat het bewijzen van disfunctioneren kan door het disfunctioneren concreet te onderbouwen.<sup>9</sup> Maar eenmalig disfunctioneren is geen disfunctioneren.<sup>10</sup> De werkgever dient de

<sup>7</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 43-44.*

<sup>8</sup> VAAN en VvA 2016, p. 17 en Kruit 2016.

<sup>9</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520.

<sup>10</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:252.

werknemer namelijk in staat te stellen om zijn disfunctioneren te verbeteren.<sup>11</sup> Aan welke vereisten de werkgever moet voldoen voordat de rechter oordeelt dat er sprake is van disfunctioneren is niet duidelijk. Daarnaast moet het disfunctioneren en de onwil van de werknemer uitdrukkelijk uit elkaar gehouden worden. Onwil is namelijk iets anders.<sup>12</sup> Biedt de Asscher-escape in dit kader een oplossing?

## 1.6.2 De herplaatsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW

### 1.6.2.1 Het herplaatsen

Mocht herplaatsing aan de orde komen, dan is het de vraag in hoeverre de werkgever verplicht is de werknemer te herplaatsen en wat daarin de rol van de werknemer is. In de literatuur wordt betoogd dat deze bepaling het ontslagrecht een stuk moeilijker maakt<sup>13</sup>, omdat het niet duidelijk is hoever de herplaatsingsverplichting reikt.<sup>14</sup> Ondanks dat diverse auteurs van mening zijn dat de werknemer herplaatst dient te worden als er een openstaande vacature bestaat<sup>15</sup>, bepaald het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de boventallige werknemer voorrang heeft op het vervullen van een vacature ten op zichte van een disfunctionerende werknemer.<sup>16</sup> Waar zit het verschil tussen te weinig verrichtte inspanning door te verwijzen naar een vacature<sup>17</sup> ten opzichte van het “feit” dat herplaatsing niet mogelijk is?<sup>18</sup>

### 1.6.2.2 De redelijke “herplaats” termijn

De werkgever dient binnen een redelijke termijn de mogelijkheden te onderzoeken om de werknemer te herplaatsen. Uit art. 10 van de Ontslagregeling volgt dat de redelijke termijn gelijk is aan de wettelijke opzegtermijn en vangt aan vanaf het moment dat een bevoegde instantie beslist op het verzoekschrift.<sup>19</sup> Klaarblijkelijk dient de werkgever zelf een inschatting te maken wanneer in dit geval de rechter op zijn verzoekschrift beslist om vervolgens de redelijke termijn te kunnen bepalen.<sup>20</sup>

### 1.6.2.3 Scholing

De werkgever dient de werknemer scholing te bieden om de bedongen arbeid te kunnen blijven verrichten.<sup>21</sup> Wanneer maakt scholing het herplaatsen mogelijk. De scholingsverplichting betreft namelijk in beginsel geen omscholingsplicht.<sup>22</sup> En hoe verhouden de kosten en de duur van de scholing zich met de herplaatsingstermijn.<sup>23</sup>

---

<sup>11</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:813.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 7, p. 45.

<sup>13</sup> Duk 2016, p. 1.

<sup>14</sup> Van Slooten 2015, p. 1652.

<sup>15</sup> K. Prooij 2016..

<sup>16</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148.

<sup>17</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046.

<sup>18</sup> Gerechtshof Den Haag, 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880.

<sup>19</sup> Art. 10 lid 1 Ontslagregeling.

<sup>20</sup> S. Smeijer 2017..

<sup>21</sup> De Graaf 2016, p. 20.

<sup>22</sup> Idem, p. 20.

<sup>23</sup> Sauvé 2015..

#### 1.6.2.4 Passende functie

Voor een passende functie moet gekeken worden naar de opleiding, capaciteit en ervaring van de werknemer.<sup>24</sup> Spelen daarbij ook persoonlijke omstandigheden een rol? En hoe verhoudt het zich tot de disfunctionerende werknemer? De meningen zijn verdeeld. Velen vinden dat de disfunctionerende werknemer een lagere functie moet worden aangeboden.<sup>25</sup> Maar het Hof Den Haag acht een lagere functie niet per definitie passend.<sup>26</sup>

#### 1.6.5.5 In de rede

Als herplaatsing niet in de rede ligt komt de herplaatsingsverplichting te vervallen. Daar is in ieder geval sprake als de werknemer verwijtbaar handelt. Meerdere amendementen zijn hieromtrent komen te vervallen.<sup>27</sup> In de parlementaire geschiedenis was er klaarblijkelijk onenigheid over wanneer herplaatsing niet in de rede zou vallen. Het niet meewerken aan de herplaatsing van de werknemer lijkt een rede te zijn.<sup>28</sup> Maar wanneer is er sprake van een onwelwillende werknemer. Bij een te kleine werkgever lijkt herplaatsen eveneens niet mogelijk. Het hebben van 30 werknemers wordt als klein beschouwd<sup>29</sup>, maar ook een werkgever met 55 werknemers wordt te klein voor de herplaatsingsverplichting geacht.<sup>30</sup>

## **1.7 Praktijkprobleem**

In het kader van de hoofdvraag levert de nieuwigheid alsook de uitleg van begrippen als disfunctioneren en de herplaatsingsverplichting in de Wwz het voor zowel werkgevers, werknemers als diens juridische adviseurs een praktijkprobleem op. Het weigeren van een passende functie kan namelijk gevolgen hebben voor het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst.<sup>31</sup> Maar als er niet aan de van toepassing zijnde volwaarden wordt voldaan, zijn er in dat kader ook geen consequenties te betreuren.<sup>32</sup> Daardoor ontstaat er een handelingsprobleem voor de juristen van het Service Loket van NU'91. Bij het Service Loket melden zich namelijk leden van NU'91 waarvan de werkgevers van mening zijn dat diens werknemers, de leden, disfunctioneren en moeten worden herplaatst naar een andere functie. Voor het Service Loket is het vanwege het voorgaande onduidelijk welk advies zij aan haar leden kunnen geven alsook op welk standpunt zij zich kunnen stellen in de richting van de werkgever.

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Verhulp 2016, p. 2.

<sup>26</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520.

<sup>27</sup> De Graaf 2016, p. 17.

<sup>28</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611, rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598 en rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

<sup>29</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301.

<sup>30</sup> Blokker 2015.

<sup>31</sup> Gerechtshof Den Haag, 20 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3678.

<sup>32</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520, rechtbank Amsterdam, 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8763, Centrale Raad van Beroep, 7 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4973.

## **1.8 Doelstelling en opdrachtgever**

Het onderzoek naar een antwoord op de hoofdvraag wordt verricht ten behoeve van opdrachtgever NU'91, in het bijzonder het Service Loket (zie Bijlage I). Het praktijkprobleem leidt namelijk voor het Service Loket tot een handelingsprobleem. Met het resultaat uit dit onderzoek dient het praktijk- en handelingsprobleem te worden opgelost. Uit de resultaten wordt een beslisboom geconcipieerd. Het onderzoeksrapport alsook de beslisboom wordt op 29 mei 2017 om 12.00 uur aan het Service Loket van NU'91 overhandigd.

## **1.9 Strategie**

### **1.9.1 Onderzoeksstrategie**

Het onderzoek naar de hoofdvraag is een praktijkgericht juridisch onderzoek gebaseerd op een mag dat-type vraagstelling. De strategie voor het creëren van een kader en analyse van het praktische juridische probleem wordt ontleent aan het recht. De aard van het onderzoek maakt rechtsbronnen- en literatuuronderzoek effectief. De uitleg rondom de Wwz wordt namelijk in de literatuur en jurisprudentie nader geconcretiseerd.

### **1.9.2 Analyse bronnen**

Het analyseren gebeurt door op bestaande literatuur en jurisprudentie de onderzoeksmethode inhoudsanalyse toe te passen. Door de bron uiteen te rafelen, te ordenen en vervolgens te interpreteren wordt de informatie geanalyseerd.

## **1.10 Vooruitblik**

Navolgend worden de onderzoeksresultaten uit dit onderzoek getoond. Om te komen tot een antwoord op de hoofdvraag wordt gebruik gemaakt van de volgende drie deelvragen. Elk hoofdstuk omvat een deelvraag. In het eerste hoofdstuk 'Disfunctioneren' wordt deelvraag I behandeld. In het tweede hoofdstuk deelvraag II 'De herplaatsverplichting' en in het derde hoofdstuk wordt deelvraag III 'De consequenties' behandeld.

In de eerste twee hoofdstukken wordt eerst het bij het wetsartikel behorende toetsingskader gedestilleerd. Waarna vervolgens op elk criterium afzonderlijk aan de hand van literatuur en jurisprudentie wordt ingegaan. In het derde hoofdstuk wordt ingegaan op de consequenties van het niet accepteren van een passende functie voor wat betreft de arbeidsovereenkomst. Elk hoofdstuk wordt uiteindelijk afgesloten met een tussenconclusie en na het laatste hoofdstuk zal er een eindconclusie worden geformuleerd met het antwoord op de hoofdvraag.

## Hoofdstuk 2: Disfunctioneren

In dit hoofdstuk worden de onderzoeksresultaten naar aanleiding van deelvraag I behandeld, namelijk:

- i) *Wanneer is er volgens de literatuur en jurisprudentie kijkend naar het toetsingskader ex artikel 7:669 lid 3 onder d Burgerlijk Wetboek sprake van een disfunctionerende werknemer?*

### 2.1 Toetsingskader disfunctioneren

Het toetsingskader 'disfunctioneren' wordt gedestilleerd uit art. 7:669 lid 3 onder d BW zoals onder paragraaf 1.5 schematisch is weergegeven. Aan alle van de zes navolgende criteria dient volledig voldaan te zijn wilt er juridisch sprake zijn van disfunctioneren.<sup>33</sup> In de navolgende paragrafen wordt nader op elke criteria ingegaan. In de rechtspraak en literatuurvallen criteria v en vi onder één noemer.<sup>34</sup> Ik behandel deze apart ten omwille van de duidelijkheid.

- i) *Ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid;*
- ii) *anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer;*
- iii) *mits de werknemer tijdig in kennis gesteld;*
- iv) *mits de werknemer in voldoende gelegenheid is gesteld tot het verbeteren van zijn functioneren;*
- v) *niet ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing;*
- vi) *niet ten gevolge van onvoldoende zorg voor van de werkgever arbeidsomstandigheden.*

### 2.2 Ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid

In deze paragraaf wordt criteria i behandeld. Achtereenvolgens wordt er per sub-paragraaf aan de hand van literatuur en jurisprudentie nader ingegaan op de bedongen arbeid, welke vormen van disfunctioneren bestaan, hoe en wie het disfunctioneren moet bewijzen alsook welke rol de werknemer heeft.

#### 2.2.1 De bedongen arbeid

De wetgever laat het aan de werkgever over om te bepalen of de werknemer disfunctioneert.<sup>35</sup> Vervolgens is het aan de rechter om te bepalen of dat ook daadwerkelijk zo is. Uitgangspunt dat de rechter hierbij neemt is de door de werknemer bedongen arbeid. Wat onder bedongen arbeid dient te worden verstaan volgt hieronder.

---

<sup>33</sup> Rechtbank Gelderland, 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5506.

<sup>34</sup> Even 2016 en Schunselaar 2017, p. 12 en rechtbank Limburg, 30 november 2015, ECLI:RBLIM:2015:9182

<sup>35</sup> Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 44-45.

### 2.2.1.1 Functievereisten

De bedongen arbeid van de werknemer blijkt uit de tekst van de functieomschrijving zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst, cao, en/of een interne regeling.<sup>36</sup> Dat volgt uit verschillende uitspraken.<sup>37</sup>

### 2.2.1.2 Een zwaarder wordende functie

Indien de functie van de werknemer alsook diens functievereisten aan verandering onderhevig zijn, spreek men nog steeds over disfunctioneren voor de bedongen arbeid.<sup>38</sup> Denk bijvoorbeeld aan de digitalisering. Het is namelijk aan de werkgever om invulling te geven aan de functie-uitoefening. Hierbij spelen de collega-werknemers ook een rol. Als er bijvoorbeeld een functie aan verandering onderhevig is en de werknemer functioneert derhalve niet meer, betekent dat niet automatisch dat de werknemer disfunctioneert.<sup>39</sup> Van belang is daarbij namelijk in welke mate diens collega-werknemers omgaan met de functieverandering.

## **2.2.2 Het verrichten van**

Ieder mens, dus ook iedere werknemer is uniek. Iedere werknemer heeft een eigen invulling van zijn functie-uitoefening. De verwachting van de werkgever kan echter anders zijn dan de wijze waarop de werknemer zijn functie invult. Dan zal er volgens de werkgever sprake zijn van disfunctioneren. Van dit disfunctioneren bestaan twee varianten. De ene variant gaat over de kwalitatieve en kwantitatieve productiviteit van de werknemer<sup>40</sup>, ook wel disfunctioneren in de functie-vereisten genoemd. De andere variant gaat over het gedrag van de werknemer.<sup>41</sup> Die variant wordt disfunctioneren in de persoon genoemd. Deze twee varianten worden hieronder behandeld.

### 2.2.2.1 Disfunctioneren in de functie-uitoefening

Met disfunctioneren in de functie-uitoefening wordt bedoeld op de situatie waarbij de werknemer niet (meer) aan de functie-eisen voldoet.<sup>42</sup> Bijvoorbeeld als de werknemer regelmatig fouten maakt. Echter, niet als het maken van fouten het gevolg is van het handelen van een derde.<sup>43</sup> Zoals het handelen van een collega-werknemer.<sup>44</sup> Maar indien het op orde hebben van de planning van collega-werknemers tot de taken van de werknemer behoort, en daar geen sprake van is, dan weer wel.<sup>45</sup>

Ook het niet behalen van een in de arbeidsovereenkomst of bij de functie behorende resultaatsverbintenis, is een vorm van disfunctioneren in de functie-uitoefening.<sup>46</sup> Naar mijn idee een heel meetbaar principe waaruit afgeleid kan worden dat er sprake is van disfunctioneren.<sup>47</sup>

---

<sup>36</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838 en rechtbank Amsterdam, 20 januari 2017, ECLI:RBAMS:2017:842.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520, gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919 en rechtbank Overijssel, 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1480.

<sup>39</sup> Hakvoort 2015.

<sup>40</sup> Maas 2014, p. 2.

<sup>41</sup> Meijer 2016, p. 1.

<sup>42</sup> UWV 2013, p. 218.

<sup>43</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300 en gerechtshof Den Haag, 29 november 2016.

<sup>46</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:813 en rechtbank Midden-Nederland, 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933.

<sup>47</sup> Rechtbank Limburg, 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8914.



Als de werknemer onbevoegd is tot het uitoefenen van zijn of haar functie, functioneert de werknemer niet meer. Daarbij kan er ook sprake zijn van disfunctioneren in de functie-vereisten. Bijvoorbeeld bij het niet behalen van een voor de functie benodigde opleiding.<sup>48</sup> Maar daar is geen sprake van als de werkgever al wist dat de werknemer onbevoegd was of door bijvoorbeeld veranderende wet- en regelgeving onbevoegd is geworden.<sup>49</sup>

#### 2.2.2.2 Disfunctioneren in de persoon

Bij disfunctioneren gelegen in de persoon liggen de persoonlijkheidskenmerken ten grondslag aan het disfunctioneren. Onder persoonlijkheidskenmerken dienen het gedrag, houding en het karakter van de werknemer te worden verstaan.<sup>50</sup> Bijvoorbeeld een nalatige houding ten opzichte van collega-werknemers door stelselmatig later op de werkvloer te verschijnen, eerder weg te gaan, in de tijd die werknemer aanwezig is nadrukkelijk minder inzet te tonen of keer op keer adviezen in de wind slaan.<sup>51</sup> Zie hier hoe flinterdun het verschil tussen disfunctioneren en de andere ontslaggrond verwijtbaar handelen als bedoeld onder art. 7:669 lid 3 onder e BW is. In adviezen niet opvolgen of stelselmatig te laat komen lijkt mij toch enigszins een vorm van opzet te zitten.<sup>52</sup> Aan de andere kant is onenigheid op de werkvloer niet per definitie aan de minst functionerende werknemer te wijten.<sup>53</sup> Wat duidelijker spreekt voor disfunctioneren gelegen in de persoon is stress. En vooral het er niet meekunnen omgaan.<sup>54</sup> Het gaat hierbij om op de relatie tussen de disfunctionerende werknemer en diens collega-werknemers onderling en niet om de relatie tussen de disfunctionerende werknemer en diens werkgever.

#### 2.2.2.3 Disfunctioneren combineren

Het is het vermelden waard dat de twee soorten disfunctioneren, disfunctioneren in de functie-uitoefening en disfunctioneren gelegen in de persoon, tezamen ook disfunctioneren opleveren.<sup>55</sup> Voor het verdere vervolg wat betreft de overige criteria lijkt het geen verschil te maken of er sprake is van disfunctioneren in de functie-uitoefening, disfunctioneren gelegen in de persoon of een combinatie van die twee.<sup>56</sup> Enkel bij de herplaatsingsverplichting. Maar daar kom ik in hoofdstuk 3 op terug. Toegegeven, soms zijn beide soorten disfunctioneren ook nauwelijks uit elkaar te houden. Kijk bijvoorbeeld naar disfunctioneren op het gebied van communicatie. In het kader van een ongeschoolde arbeider wordt disfunctioneren in het kader van communicatie beoordeeld als het disfunctioneren in de persoon<sup>57</sup>, maar kijkend naar het vak leraar wordt communicatie gezien als een competentie en daarmee, indien communicatie onder de maat is, disfunctioneren in de functie-uitoefening.<sup>58</sup>

---

<sup>48</sup> Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136 en rechtbank Midden-Nederland, 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

<sup>49</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

<sup>50</sup> Even 2016..

<sup>51</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301.

<sup>52</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 7, p. 45.

<sup>53</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058.

<sup>54</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467.

<sup>55</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

<sup>56</sup> Even 2016.

<sup>57</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

<sup>58</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

### 2.2.3 Ongeschiktheid

Uiteraard dient er voordat de rechter de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren inwilligt sprake te zijn van disfunctioneren.<sup>59</sup> Een Nederlands procesbeginsel is dat wie stelt, dat die moet bewijzen. Dat volgt uit art. 284 Rv. Vervolgens is het op grond van art. 152 lid 2 Rv aan de rechter om te bepalen welk gewicht die aan het bewijsmateriaal hangt. In het kader daarvan is ook art. 149 Rv van belang. Het bewijsmateriaal moet tijdens de zitting naar vorenkomen. Het hoe, wat en wie het disfunctioneren moet bewijzen, komt hieronder aan de orde.

#### 2.2.3.1 Stelplicht werkgever

Het antwoord op de vraag wie het disfunctioneren dient te bewijzen is vrijwel direct na de implementatie van de Wwz ter sprake gekomen. De rechter besloot dat het bewijsrecht op de verzoekschriftprocedure van toepassing is.<sup>60</sup> Oftewel, de werkgever die stelt dat de werknemer disfunctioneert, dient dat ook te bewijzen.

#### 2.2.3.2 Bewijsplicht werkgever

De Hoge Raad verlangt dat de werkgever het disfunctioneren van de werknemer concreet onderbouwd.<sup>61</sup> Voordat de Hoge Raad hiertoe besloot, was er sprake van een tweestrijd waarbij het aan de rechter in kwestie was hoe deze bewijsrechtelijk een ontslagverzoek beoordeelde.<sup>62</sup> Een tweestrijd tussen de lichtere bewijsplicht voor de werkgever om het disfunctioneren (enkel) aannemelijk maken<sup>63</sup> en de moeilijker in te vullen bewijslastvariant waarbij het disfunctioneren concreet moet worden onderbouwd.<sup>64</sup>

#### 2.2.3.3 Hoofdbewijs disfunctioneren

De hoofdregel voor het bewijzen van het disfunctioneren, is dat het disfunctioneren ter sprake dient te zijn gekomen in het kader van beoordelings- dan wel functioneringsgesprekken.<sup>65</sup> Hierbij is het oorspronkelijke doel van het gesprek van groots belang.<sup>66</sup> Het doel van het gesprek dient namelijk geënt te zijn op het disfunctioneren. Mededelingen die gedaan worden tijdens de dagelijkse gang van zaken komen derhalve niet in aanmerking.<sup>67</sup> Daarnaast moet het voornoemde schriftelijk zijn vastgelegd.<sup>68</sup> Dit geldt voor zowel grote als kleinere ondernemingen. In hoofdstuk 3 speelt de grote van de onderneming wel een rol. In ieder geval wordt er niet ontbonden indien het disfunctioneren niet uit op schrift gestelde stukken blijkt.<sup>69</sup> Dan is er namelijk geen functioneringsdossier waaruit het disfunctioneren over een langere periode blijkt.<sup>70</sup>

---

<sup>59</sup> Duk 2016, p. 3.

<sup>60</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

<sup>61</sup> Hoge Raad, 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Stichting Mediant/X*).

<sup>62</sup> Kruit 2016.

<sup>63</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761 en gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

<sup>64</sup> Gerechtshof Den Haag, 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430. Zie ook Schunselaar 2017, p. 12

<sup>65</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467.

<sup>66</sup> Rechtbank Amsterdam, 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3842.

<sup>67</sup> Rechtbank Limburg, 13 Oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8914 en gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300.

<sup>68</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 25 november 2016, ECLI:RBNNE:2015:5423.

<sup>69</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300 en rechtbank Rotterdam, 23 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957..

<sup>70</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300.

#### 2.2.3.4 Onderbouwend bewijs disfunctioneren

Functioneringsdossiers zijn als een kroongetuige. Overig bewijsmateriaal dient terughoudend beoordeeld te worden.<sup>71</sup> Met e-mails, klantbeoordelingen, klachtbrieven en ander ondersteunend bewijsmateriaal is het disfunctioneren wel nader te onderbouwen. Maar op zichzelf staand, is het geen concreet en voldoende bewijsmateriaal om het disfunctioneren te bewijzen.

#### 2.2.3.5 Concretiseren van het disfunctioneren

In functioneringsdossiers dient het disfunctioneren te worden onderbouwd.<sup>72</sup> Uit de onderbouwing moet daadwerkelijk blijken dat het functioneren van de werknemer onder de maat is.<sup>73</sup> Het vakje 'functioneert niet naar behoren' aanvinken is daarbij niet voldoende. Het waarom, de nadere onderbouwing is van belang. Zelfs als het vakje 'functioneert' is aangevinkt kan er sprake zijn van een disfunctionerende werknemer.<sup>74</sup> Bij twijfel willigt de rechter het ontbindingsverzoek niet in.<sup>75</sup> Bijvoorbeeld doordat de werkgever de werknemer tussentijds bonussen verstrekt.<sup>76</sup> Al kan naar mijn idee een bonus ook als motivatiemiddel worden ingezet.

### **2.2.4 De werknemer**

Het ligt in de lijn der verwachting dat de werknemer het niet met het oordeel van de werkgever eens is.<sup>77</sup> Dat is ook niet lonend. Wat wel loont is ageren tegen het disfunctioneren. Dat wordt ook van de werknemer verwacht als er daartoe intern een procedure voor openstaat.<sup>78</sup> Daarnaast, als het tot een gerechtelijke procedure komt, dient de werkgever hetgeen de werknemer aandraagt, gemotiveerd te weerleggen.<sup>79</sup>

#### 2.2.4.1 Slagingspercentage art. 7:669 lid 3 onder d BW

Ageren sorteert om andere redenen ook effect. Grofweg 75 % van de ontbindingsverzoeken op grond van disfunctioneren worden niet gehonoreerd. Dit blijkt uit een tweetal onderzoeken. Uit één onderzoek blijkt een ontbindingspercentage van 29 % en uit het andere onderzoek 21 %.<sup>80</sup> Oftewel, slechts een op de vier ontbindingsverzoeken wordt ingewilligd.<sup>81</sup> De meest in het oog springende reden hiervoor is het feit dat de functioneringsdossiers niet op orde zijn<sup>82</sup>, maar daarmee is nog niet gezegd dat de werknemer functioneert. Dit wetende is de verwachting dat de ontslaggrond disfunctioneren tot meer dossieropbouw zal leiden.<sup>83</sup> Waaruit op haar beurt volgt dat in de toekomst te verwachten valt dat er meer ontbindingsverzoeken gehonoreerd zullen worden.

---

<sup>71</sup> Even 2016.

<sup>72</sup> Rechtbank Limburg, 6 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9608.

<sup>73</sup> Even 2016.

<sup>74</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

<sup>75</sup> Van Deventer 2016, p. 6.

<sup>76</sup> Even 2016.

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148.

<sup>79</sup> Rechtbank Noord-Holland, 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:898.

<sup>80</sup> VAAN en VvA 2016, p. 17 en Kruit 2016.

<sup>81</sup> Even 2016.

<sup>82</sup> VAAN en VvA 2016, p. 46.

<sup>83</sup> Idem, p. 46.

## 2.3 Niet ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer

In de Wwz geldt er een ontslagverbod bij ziekte (ex art.. 7:670 lid 1 BW), waardoor een arbeidsovereenkomst bij ziekte in beginsel niet ontbonden kan worden. Dat volgt ook uit art. 7:669 lid onder d BW, waarin staat dat ziekte of gebreken niet ten grondslag aan het disfunctioneren mogen liggen. Echter, indien ziekte geen verband houdt met de ontslaggrond is ontbinding van de arbeidsovereenkomst wel mogelijk (ex art. 7:671b lid 6 onder a BW). De omstandigheid dat aan het disfunctioneren geen ziekte of gebrek ten grondslag ligt, wordt hieronder behandeld.

### 2.3.1 Niet ten gevolge van ziekten of gebreken

Een van de kenmerken van disfunctioneren is dat er langere tijd sprake dient te zijn van het disfunctioneren.<sup>84</sup> Vanwege dat er langere tijd sprake dient te zijn van disfunctioneren, is veelal een ziekte of gebrek daar niet de oorzaak van. Rechters stappen dan ook veelal over dit criterium heen.<sup>85</sup>

### 2.3.2 De werknemer

Het is niet gebleken dat een rechter een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren naast zich neerlegt vanwege het opzegverbod bij ziekte als bedoeld in art. 7:670 lid 1 BW. Het is in deze aan de werknemer om aan te tonen dat het opzegverbod van toepassing is.<sup>86</sup>

## 2.4 Mits de werknemer tijdig in kennis is gesteld

De werknemer mag niet worden overvallen met de mededeling dat die disfunctioneert.<sup>87</sup> De werkgever dient de werknemer tijdig van het disfunctioneren op de hoogte te brengen. Daar wordt hieronder nader op ingegaan.

### 2.4.1 Tijdig

Met het criterium tijdig wordt niet bedoeld op een tijdseenheid. Vier jaar of een jaar terug, het maakt in feite niet zo'n verschil. Ergens is het ook raar als er een strikte tijdseenheid aan het criterium tijdig gekoppeld wordt. Stel dat de werkgever bij het eerste moment van disfunctioneren direct een kwalitatief hoogstaande maar kort verbetertraject inzet voor een ongeschoolde werknemer. Een dergelijke actie zou met een strikte tijdseenheid als onvoldoende aangemerkt kunnen worden. Het criterium tijdig houdt in dat de werkgever de werknemer meermalen schriftelijk van diens disfunctioneren op de hoogte moet stellen.<sup>88</sup> Zo kan het zijn dat een werknemer die twee jaar terug tijdens een functioneringsgesprek disfunctioneerde, nog steeds disfunctioneert, maar dat dat niet blijkt uit daaropvolgende functioneringsgesprekken. In dit geval niet van tijdig<sup>89</sup>, maar het maakt niet uit dat er een lange periode tussen het eerste disfunctioneren en het tweede geval van disfunctioneren zit.<sup>90</sup> Wel dient het te gaan om het zelfde disfunctioneren als de eerste keer. Een nieuwe situatie van disfunctioneren moet op zichzelf worden beoordeeld.<sup>91</sup> Dergelijke voorvallen kunnen het eerst opgemerkte disfunctioneren wel staven.

---

<sup>84</sup> Meijer 2016, p. 2.

<sup>85</sup> Even 2016 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005.

<sup>86</sup> Centrale Raad van Beroep, 7 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4973.

<sup>87</sup> *Kamerstukken II 2013/2014*, 33818, 7, p. 45.

<sup>88</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301 en rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598.

<sup>89</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005.

<sup>90</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

<sup>91</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058.

### 2.4.2 In kennis is gesteld

Het moet voor de werknemer duidelijk zijn dat er sprake is van disfunctioneren. Daarvoor dient de werkgever zich kritisch over het functioneren van de werknemer uit te laten.<sup>92</sup> Ook dient de werkgever herhaaldelijk concrete verbeterpunten aan te geven.<sup>93</sup> Als de werkgever niet terugkomt op een bewustwordingsgesprek, dan is het disfunctioneren klaarblijkelijk niet ernstig genoeg.<sup>94</sup> Daarnaast dient de werkgever ook de mogelijke gevolgen van het disfunctioneren kenbaar te maken.<sup>95</sup>

### 2.4.3 De werknemer

De werknemer kan niet achterover hangen indien de werkgever niet op het disfunctioneren terugkomt. Zoals onder paragraaf 2.3.1 al bleek, is het in theorie voor de werkgever mogelijk om op een later moment op een eerder disfunctioneren terug te komen en zodoende een dossier op te bouwen. Al wordt in dit kader niet direct een actie van de werknemer verwacht, heeft de werknemer wel een recht. Een recht om namelijk diens zienswijze op het door de werkgever vermeende disfunctioneren te uiten.<sup>96</sup>

## 2.5 Mits de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid is gesteld tot het verbeteren van zijn functioneren

Nadat de werknemer door de werkgever op de hoogte is gebracht van het disfunctioneren, moet de werkgever de werknemer in staat stellen om diens functioneren te verbeteren.<sup>97</sup> Daar wordt hieronder nader op ingegaan.

### 2.5.1 In de gelegenheid is gesteld

Overeenkomstig paragraaf 2.3.1 moet het voor de werknemer duidelijk zijn dat de werkgever het functioneren van de werknemer tracht te verbeteren.<sup>98</sup>

#### 2.5.1.1 Inspanningsverplichting

De werkgever heeft een inspanningsverplichting om het functioneren van de werknemer te verbeteren.<sup>99</sup> Hij dient initiatief te blijven tonen<sup>100</sup> en moet voldoende blijven investeren in de werknemer.<sup>101</sup> Een eenmalige actie is niet voldoende<sup>102</sup> en het overlaten van het opstellen van een verbeterplan aan de werknemer eveneens niet.<sup>103</sup> Ook als de werknemer het opstellen ervan nalaat.<sup>104</sup> Het behoort namelijk tot de verantwoordelijkheid van de werkgever.<sup>105</sup> De inspanningsverplichting gaat nog veel verder, want ook als de werknemer niet meewerkt blijft de

<sup>92</sup> Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136.

<sup>93</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152 en rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136.

<sup>94</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467.

<sup>95</sup> Idem.

<sup>96</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 7, p. 45.

<sup>98</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598 en rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

<sup>99</sup> Duk 2016, p. 3.

<sup>100</sup> Rechtbank Overijssel, 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980.

<sup>101</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

<sup>102</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:813.

<sup>103</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:856.

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> Rechtbank Rotterdam, 7 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8763.

inspanningsverplichting gelden.<sup>106</sup> Bijvoorbeeld als de werknemer niet op een functioneringsgesprek komt.

### 2.5.1.2 Wederzijds vertrouwen

Vertrouwen is de basis van alles. Uit het handelen van de werkgever dient vertrouwen te blijken.<sup>107</sup> Uit het enkel verwijzen naar vacatures blijkt geen vertrouwen.<sup>108</sup> Dat lijkt meer op het afschepen van de werknemer.<sup>109</sup> Maar ook het functioneren van de werknemer laten beoordelen door een collega-werknemer waarmee deze op gespannenvoet staat, geeft geen blijk van vertrouwen.<sup>110</sup> Overigens, naar mijn idee hierbij wel vertrouwen in de collega-werknemer. Maar het riekt wel naar oneerlijkheid waardoor de werknemer gevoelsmatig onvoldoende in de gelegenheid wordt gesteld.<sup>111</sup>

## **2.5.2 In voldoende mate**

### 2.5.2.1 Verbeterplan

Uit het voorgaande blijkt dat het aan de werkgever is om een verbeterplan op te stellen.<sup>112</sup> Dat moet schriftelijk gebeuren.<sup>113</sup> Het maakt niet uit welke naam, en of er een naam aan het verbeterplan wordt gekoppeld. Zolang het voor de werknemer duidelijk is dat er een verbetertraject gaande is.<sup>114</sup> De duur van het verbeterplan lijkt niet relevant, daarentegen wel de kwalitatieve inhoud van het plan.<sup>115</sup> Wel kan het zo zijn dat er rekening dient te worden met de lengte van de arbeidsovereenkomst als ook de leeftijd van de werknemer.<sup>116</sup> Ondanks dat er niet altijd een direct verband bestaat, kan aangenomen worden dat naar mate de arbeidsovereenkomst langer voort heeft geduurd, de werknemer meer tijd gegund moet worden om met een verbeterplan een verbetering in zijn functioneren te bewerkstelligen.

### 2.5.2.2 Inhoud verbeterplan

De inhoud van het verbeterplan is dus van groots belang.<sup>117</sup> Het verbeterplan dient gericht te zijn op het functioneren van de werknemer in diens eigen functie.<sup>118</sup> Uit het verbeterplan moet blijken waarin de werknemer disfunctioneert, hoe de werkgever daar (tussentijds) mee omgaat en het uiteindelijke resultaat.<sup>119</sup> Geadviseerd wordt om de SMART-systematiek daarvoor te hanteren.<sup>120</sup> De werkgever dient de werknemer vakinhoudelijke instructies te verstrekken<sup>121</sup> en concrete voorbeelden van disfunctioneren te geven met daarbij hoe het wel moet.<sup>122</sup> Enkel een assessment<sup>123</sup>

<sup>106</sup> Rechtbank Overijssel, 11 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4068 en rechtbank Noord-Nederland, 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.

<sup>107</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152.

<sup>108</sup> Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136.

<sup>109</sup> Idem.

<sup>110</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148.

<sup>111</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058.

<sup>112</sup> Rechtbank Rotterdam, 7 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8763.

<sup>113</sup> Rechtbank Rotterdam, 23 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957.

<sup>114</sup> Rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

<sup>115</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761 en rechtbank Overijssel, 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980.

<sup>116</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005.

<sup>117</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

<sup>118</sup> Rechtbank Amsterdam, 23 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6975.

<sup>119</sup> Van Deventer 201629, p. 3-4.

<sup>120</sup> Even 2016.

<sup>121</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:813.

<sup>122</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300 en rechtbank Amsterdam, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.

<sup>123</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:252.

of een overzicht van verbeterpunten is niet voldoende<sup>124</sup>, maar begeleiding van een coach<sup>125</sup> of collega-werknemers daarentegen wel.<sup>126</sup> De collega-werknemer dient zoals gezegd niet bevooroordeeld te zijn of argwaan te wekken.<sup>127</sup> Dat is namelijk niet bevorderlijk voor het wederzijdse vertrouwen. Uiteindelijk, en waar het naar mijn idee ook omgaat, is dat zowel de werkgever en de werknemer zich beide in het verbeterplan kunnen vinden.<sup>128</sup>

### 2.5.2.3 Inhoud verbeterplan bij een andere functie

Bij een veranderende functie is het van belang dat het verbeterplan is gericht op de nieuwe omstandigheid.<sup>129</sup> De werknemer moet daarbij zo concreet mogelijk weten wat van hem verwacht wordt.<sup>130</sup> Bijvoorbeeld door de oude functievereisten te vergelijken met de nieuwe functievereisten.

## **2.5.3 Tot het verbeteren van zijn functioneren**

Het doel van het verbeterplan is uiteraard dat het functioneren van de werknemer op een gegeven moment verbetert. Daarvoor dient allereerst het verbeterplan te worden uitgevoerd wilt er uiteindelijk een verbetering in het functioneren kunnen plaatsvinden.<sup>131</sup>

### 2.5.3.1 Herhalen instructies

Indien een verbeterplan op een juiste wijze is opgesteld, heeft de werkgever daarin concrete instructies opgenomen. Los bezien van het verbeterplan doet de werkgever er goed aan om dergelijke instructies te herhalen. Het herhalen hoeft in tegenstelling tot het verbeterplan, niet per definitie op schrift te gebeuren. Het gaat er in het kader van het herhalen van de instructies vooral om dat ze gegeven blijven worden zodat de werknemer zijn functioneren daadwerkelijk verbetert.<sup>132</sup>

### 2.5.3.2 Tussentijdse evaluatie

Naast het herhalen van de instructies uit het verbeterplan, dient de werkgever ook tussentijds met de werknemer het verbeterplan te evalueren.<sup>133</sup> De evaluaties dienen daarentegen wel op schrift te worden gesteld. Ook moet er uit de evaluatierapporten blijken dat de werknemer de mogelijkheid heeft gehad om zijn functioneren te verbeteren.<sup>134</sup>

### 2.5.3.3 Tussentijds stopzetten

In beginsel ontbindt de rechter de arbeidsovereenkomst niet als het verbetertraject niet in haar geheel is doorlopen. Maar bij een tussentijdse terugval in functioneren kan dat wel.<sup>135</sup> Uiteraard dient dit wel uit de stukken te blijken. Ook indien collega-werknemers gevaar van het disfunctioneren ondervinden is het tussentijds stopzetten van het verbetertraject mogelijk. De werkgever is immers ook voor hen verantwoordelijk.<sup>136</sup> In dat kader kan de werkgever zelfs het

<sup>124</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467.

<sup>125</sup> Rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795 en rechtbank Overijssel, 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980.

<sup>126</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:3520, gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300, rechtbank Overijssel, 11 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4068 en rechtbank Rotterdam, 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253.

<sup>127</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148.

<sup>128</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933.

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> Rechtbank Limburg, 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

<sup>131</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:813.

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 29 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5337 en gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300.

<sup>134</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300 en rechtbank Noord-Nederland, 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.

<sup>135</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491.

<sup>136</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

advies van een deskundige ter zijde schuiven.<sup>137</sup> Wel moet blijken dat de werkgever zich voor het herstel in het functioneren voldoende heeft ingespannen.

#### **2.5.4 De werknemer**

De werknemer zelf dient mee te werken aan een redelijke verbeterplan.<sup>138</sup> Naar mate de verantwoordelijkheid van de werknemer toeneemt, dient hij meer initiatief te tonen.<sup>139</sup> Indien de werknemer niet wenst mee te werken, dient die dat nader te onderbouwen en desnoods te bewijzen waarom.<sup>140</sup> Bijvoorbeeld bij teveel werk, waarbij als bewijs eventueel de omstandigheden van collega-werknemers gebruikt kunnen worden.

## **2.6 Niet ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer**

Onderzoek wijst uit dat werknemers weinig scholing krijgen.<sup>141</sup> In het kader van levenslang leren introduceert de wetgever de scholingsplicht.<sup>142</sup> Deze volgt uit art. 7:611a BW. Dit artikel kan in samenhang worden gezien met het begrip scholing uit art. 7:669 lid 3 onder d BW.<sup>143</sup> De scholingsplicht beperkt zich tot de bedongen arbeid.<sup>144</sup> Het betreft dus geen omscholingsplicht.<sup>145</sup> Dit geldt ook voor de disfunctionerende werknemer.<sup>146</sup> Hieronder wordt de situatie dat het disfunctioneren niet te wijten is aan onvoldoende scholing behandeld.<sup>147</sup>

### **2.6.1 Onvoldoende zorg voor van de werkgever**

Ook de scholingsplicht betreft een inspanningsverplichting.<sup>148</sup> De werkgever dient ervoor zorg te dragen dat de werknemer bevoegd blijft om zijn bedongen arbeid uit te oefenen. Hierbij gaat het erom dat de werkgever weet heeft van de (komende) onbevoegdheid. Daarbij hoort het tijdig inspelen op veranderende wet- en regelgeving.<sup>149</sup> Zeker als het starten van een scholing in feite de onbevoegdheid weghaalt.<sup>150</sup> Maar ook de situatie dat een werknemer al een tijd onbevoegd een functie uitoefent kan niet ten nadele van de werknemer worden uitgelegd.<sup>151</sup>

---

<sup>137</sup> Duk 2016, p. 3.

<sup>138</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296.

<sup>139</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300.

<sup>140</sup> Rechtbank Limburg, 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

<sup>141</sup> Roozendaal 2015, p. 1.

<sup>142</sup> Idem, p. 4.

<sup>143</sup> Even 2016.

<sup>144</sup> De Wolff 2015, p. 10.

<sup>145</sup> De Graaf 2016, p. 20.

<sup>146</sup> Fruytier 2015, p. 4.

<sup>147</sup> Even 2016.

<sup>148</sup> De Wolff 2015, p. 10.

<sup>149</sup> Rechtbank Noord-Holland, 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443, rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136 en rechtbank Midden-Nederland, 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

<sup>150</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

<sup>151</sup> Idem.



### 2.6.2 Voor scholing

De werknemer moet door de werkgever in staat zijn gesteld om scholing te volgen.<sup>152</sup> Tijd, geld en hulpmiddelen dienen aan de werknemer ter beschikking worden gesteld.<sup>153</sup> Van belang is dat de scholing op de functie gericht is<sup>154</sup> en overeenkomt met het gewenste niveau.<sup>155</sup> Oftewel, een functiegerichte scholing. Een cursus timemanagement of Excel is voor een leidinggevende in dit kader onvoldoende.<sup>156</sup> Maar bij een ongeschoolde functie is een eenvoudige cursus wel afdoende.<sup>157</sup> Scholing mag wel onder strikte voorwaarden plaatsvinden.<sup>158</sup> Zoals het behalen ervan en hoeven er geen baangaranties afgegeven te worden. Dit alles op basis van een individueel scholingstraject, want een groepscursus voldoet in deze niet.<sup>159</sup> Al kan je daarmee naar mijn idee ook je functioneren verbeteren.

### 2.6.3 Van de werknemer

Voor de werknemer geldt dat die positief op een scholingsaanbod van de werkgever moet ingaan.<sup>160</sup> Dit geldt vice versa, want de werknemer kan zelf ook met een scholingsaanbod komen. Sterker nog, de werknemer zal naar mate zijn functie vordert hiertoe zelfs initiatieven moeten ondernemen. De werkgever zal een dergelijke scholingsaanbod van de werknemer expliciet en onderbouwd van de hand moeten wijzen.<sup>161</sup> Ook als een scholing niet aan de verwachting blijkt te voldoen moet de werknemer dat direct aangeven. Bijvoorbeeld als een onlinescholing in een vreemde taal wordt gegeven. Het voortijdig stoppen van een opleiding komt echter voor het risico van de werknemer.<sup>162</sup>

## 2.7 Niet ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor arbeidsomstandigheden van de werknemer

Het laatste criteria uit het toetsingskader van art. 7:669 lid 3 onder d BW, is het criterium waarbij gekeken dient te worden of de werkgever wel voldoende zorg heeft gehad voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Daarop wordt hieronder nader ingegaan.

### 2.7.1 Niet ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor arbeidsomstandigheden

In de literatuur wordt gesteld dat de arbeidsomstandigheden van de werknemer van belang zijn om te bepalen of er sprake is van een wel- of niet disfunctionerende werknemer.<sup>163</sup> Toch blijken de arbeidsomstandigheden in de rechtspraak nauwelijks een rol te spelen. De weinige keren dat de arbeidsomstandigheden van de werknemer voorbijkwamen, ging de rechter daar simpelweg niet in mee.<sup>164</sup>

---

<sup>152</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> Rechtbank Amsterdam, 23 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6975.

<sup>155</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

<sup>156</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:856.

<sup>157</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796.

<sup>158</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4578 en . Apperloo 2015.

<sup>159</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 21 november 2016, ECLI:NL:RBBBE:2016:5233.

<sup>160</sup> Idem.

<sup>161</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301.

<sup>162</sup> Gerechtshof Den Haag, 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880, rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136 en rechtbank Midden-Nederland, 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099.

<sup>163</sup> Heida 2015.

<sup>164</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058 en gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

### 2.7.2 Van de werknemer

De werknemer zal als er arbeidsomstandigheden ten grondslag liggen aan het disfunctioneren deze moeten bewijzen. Bijvoorbeeld in de situatie waarbij de leidinggevende de bevoegdheid tot leidinggeven niet ervaart<sup>165</sup>, als het niet behalen van een resultaatverplichting te wijten is aan marktomstandigheden<sup>166</sup> of als het disfunctioneren te wijten is aan de werkdruk.<sup>167</sup>

## 2.8 Tussenconclusie hoofdstuk 2

De rechter toetst het ontbinden van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren aan een zestal criteria. Deze criteria volgen uit art. 7:669 lid 3 onder d BW. Aan alle criteria dient te zijn voldaan, want het combineren van ontslaggronden is niet meer mogelijk.

*i) Ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid.*

Ad i) De werknemer kan slechts disfunctioneren voor diens eigen functie, de bedongen arbeid. Van belang daarbij zijn de functievereisten zoals omschreven in de arbeidsovereenkomst of een interne regeling. Dat geldt ook als de functie van de werknemer tussentijds veranderd. Er bestaan een tweetal te combineren varianten van disfunctioneren. Enerzijds disfunctioneren in de functie-uitoefening. Hiervan is sprake als de werknemer herhaaldelijk fouten maakt of bepaalde resultaten niet behaald. Anderzijds disfunctioneren in de persoon. Daarbij zijn de persoonlijkheidskenmerken als gedrag, houding en karakter van de werknemer van belang. Uiteraard dient de werknemer ook daadwerkelijk te disfunctioneren. Het is aan de werkgever om dat te bewijzen. Uit schriftelijke functioneringsverslagen dient het disfunctioneren concreet en onderbouwd te blijken. Het is vervolgens aan de werknemer om zich tegen de beoordeling van de werkgever te ageren. Een kans van slagen heeft de werknemer zeker. Want op dit moment wordt zo'n 75 % van de ontbindingsverzoeken op grond van disfunctioneren niet door de rechter gehonoreerd vanwege het ontbreken van (voldoende) functioneringsdossier. Het is alleen de vraag hoelang daar nog sprake van zal zijn.

*ii) Anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer.*

Ad ii) Gezien het feit dat erover een langere periode sprake dient te zijn van disfunctioneren stapt de rechter veelal over dit criterium heen.

*iii) Mits de werknemer tijdig in kennis gesteld.*

Ad iii) De werkgever dient de werknemer meerdere malen schriftelijk van het disfunctioneren op de hoogte te stellen wilt de werknemer tijdig in kennis zijn gesteld. De in kennisstelling dient dusdanig te zijn dat de werknemer logischerwijs weet heeft van zijn disfunctioneren. Van belang is dat de werkgever concrete voorbeelden van het disfunctioneren geeft, maar ook advies ter verbetering geeft. Alsook de mogelijke consequenties indien het functioneren niet verbetert. Als de werkgever niet op het

<sup>165</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058.

<sup>166</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:813 en rechtbank Midden-Nederland, 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933.

<sup>167</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

disfunctioneren terugkomt, houdt dat niet in dat de werknemer weer functioneert. De werkgever kan namelijk op hetzelfde disfunctioneren terugkomen.

- iv) *Mits de werknemer in voldoende gelegenheid is gesteld tot het verbeteren van zijn functioneren.*

Ad iv) De werkgever heeft een vergaande inspanningsverplichting om het functioneren van de werknemer te verbeteren. Initiatieven en acties dienen uit de werkgever te komen. Ook als de werknemer niet meewerkt. Wederzijds vertrouwen is van groot belang. Als de werkgever in dit kader geen schriftelijke verbeterplan opstelt waaruit met voorbeelden het disfunctioneren blijkt alsook concrete vakinhoudelijke voorbeelden en instructies ter verbetering van het functioneren en de wijze waarop dat dient te worden bewerkstelligd, dan gaat de rechter in beginsel niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over. Hierbij gaat het expliciet om de inhoud die tussentijds herhaald en geëvalueerd dient te worden en niet om de lengte in tijd van het verbetertraject. Tussentijds het verbetertraject stopzetten kan enkel als onderbouwd blijkt dat de werknemer terugvalt in zijn functioneren en/of als het disfunctioneren gevaar oplevert voor collega-werknemers. Naar mate de functie van de werknemer vordert mag er ook meer van de werknemer zelf worden verwacht.

- v) *Niet ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing.*

Ad v) De werkgever dient ervoor te zorgen dat de werknemer door middel van individuele scholing zijn of haar functie kan blijven uitoefenen. Daarvoor moet de werkgever zowel tijd als hulpmiddelen aanbieden. Naar mate de verantwoordelijkheid van de werknemer stijgt, moet de werknemer zelf echter ook initiatief tonen. Inzet mag in ieder geval verwacht worden. Het tussentijds stoppen of het weigeren van scholing komt doorgaans voor de rekening van de werknemer.

- vi) *Niet ten gevolge van onvoldoende zorg voor van de werkgever arbeidsomstandigheden.*

Ad vi) Indien disfunctioneren te wijten is aan de arbeidsomstandigheden, is het aan de werknemer dat te bewijzen of uitgebreid te onderbouwen.

## Hoofdstuk 3: De herplaatsingsverplichting

In dit hoofdstuk worden de onderzoeksresultaten naar aanleiding van deelvraag II behandeld, namelijk:

- II) *In hoeverre dient de werkgever de werknemer op grond van artikel 7:669 lid 1 Burgerlijk Wetboek te herplaatsen indien er sprake is van de ontslaggrond disfunctioneren ex art. 7:669 lid 3 onder d BW.*

### 3.1 Toetsingskader herplaatsingsverplichting

Zoals aangekondigd in de Inleiding dient alvorens er tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt overgegaan, te worden bekeken of het herplaatsen van de werknemer, eventueel met behulp van scholing in de rede ligt. Dat volgt uit de in paragraaf 1.5 schematisch weergegeven art. 7:669 lid 1 BW. De herplaatsingsverplichting bestaat uit verschillende facetten. Deze komen deels voort uit het Ontslagbesluit en de beleidsregels van het UWV.<sup>168</sup> Weliswaar op een ietwat andere wijze.<sup>169</sup> Op elk van de navolgende facetten zal afzonderlijk nader worden ingegaan.

- i) *Het herplaatsen van de werknemer;*
- ii) *binnen een redelijk termijn;*
- iii) *al dan niet met behulp van scholing;*
- iv) *in een andere passende functie;*
- v) *tenzij herplaatsing niet in de rede ligt.*

### 3.2 Het herplaatsen

De werkgever heeft de plicht om de met ontslag bedreigde werknemer te herplaatsen. In deze paragraaf wordt de reikwijdte van de herplaatsingsverplichting behandeld.

#### 3.2.1 Het herplaatsen van de disfunctionerende werknemer

Ondanks enige kritiek in de parlementaire geschiedenis<sup>170</sup>, blijkt er in de literatuur en jurisprudentie consensus te bestaan omtrent het gegeven dat de disfunctionerende werknemer herplaatst dient te worden.<sup>171</sup> Uiteraard als daartoe de mogelijkheid bestaat. Eventueel moeten daarvoor belemmeringen worden weggehaald.

---

<sup>168</sup> Van Slooten 2015, p. 1652.

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 85.

<sup>171</sup> Muller 2015, Prooij 2016, gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300 en gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520.

### 3.2.2 De herplaatsingsmogelijkheden

De herplaatsingsverplichting betreft een inspanningsverbintenis en geen resultaatverbintenis.<sup>172</sup> De werknemer kan geen herplaatsing van de werkgever eisen. De werkgever dient uitgebreid onderzoek te doen naar herplaatsingsmogelijkheden en het onderzoek op schrift te stellen om het te kunnen bewijzen.<sup>173</sup> De werkgever en de werknemer dienen in een gezamenlijk gesprek de mogelijkheden te bekijken en een herplaatsingsplan op te stellen.<sup>174</sup> Wederom is het enkel verwijzen naar vacatures niet voldoende.<sup>175</sup> Het aanbieden van een concrete functie daarentegen wel.<sup>176</sup> De herplaatsingsverplichting, met name het onderbouwen ervan, komt voor de rekening van de werkgever.<sup>177</sup>

#### 3.2.2.1 Grootte onderneming

Hoe groter de onderneming, des te aannemelijker dat er meer herplaatsingsmogelijkheden bestaan en dus mag er meer van de werkgever verwacht worden.<sup>178</sup> De werkgever dient namelijk binnen de gehele onderneming te kijken naar herplaatsingsmogelijkheden.<sup>179</sup> Oftewel, bij alle moeder en zuster bv's en nv's.<sup>180</sup> Bij een internationale onderneming, zoals de Rabobank, kan daarbij ook aan het buitenland gedacht worden.<sup>181</sup> Daarentegen hoeft van een kleinere werkgever minder te worden verwacht.<sup>182</sup> In sommige gevallen wordt bij een kleine werkgever herplaatsing in zijn geheel niet mogelijk geacht.<sup>183</sup> Bijvoorbeeld een (MKB-)werkgever met 30 werknemers met slechts één locatie. Daarbij dient er wel sprake te zijn van disfunctioneren in de persoon. Maar uit de rechtspraak volgt zelfs dat herplaatsing ook niet mogelijk werd geacht bij een werkgever met minder dan 55 werknemers.<sup>184</sup> Dat terwijl, weliswaar in een ietwat ander kader, in de parlementaire geschiedenis pas over een kleine werkgever wordt gesproken bij het hebben van minder dan 25 werknemers.<sup>185</sup>

#### 3.2.2.2 Aard onderneming

De aard van de onderneming speelt een rol in het kader of het aannemelijk is dat er herplaatsingsmogelijkheden bestaan. Er moet namelijk sprake zijn van een passende functie. Daarover later meer. De kans dat er bijvoorbeeld een passende functie voor een receptioniste bij een chemiebedrijf voorhanden is, is vele malen kleiner dan bij een callcenter. In feite wordt er in deze gekeken naar of het een administratieve functie of een technische functie betreft.<sup>186</sup> Maar ook als het gaat om bijvoorbeeld een detacheringsbureau. Als het hen niet lukt om de werknemer aan het werk te krijgen, is het aannemelijk dat dat in het kader van de herplaatsingsverplichting eveneens niet lukt.<sup>187</sup>

<sup>172</sup> Rechtbank Oost-Brabant, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2258, rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136 en rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

<sup>173</sup> Rechtbank Amsterdam, 11 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9727

<sup>174</sup> Diepenmaat 2016, rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721, rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598 en rechtbank Amsterdam, 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842.

<sup>175</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721.

<sup>176</sup> Rechtbank Limburg, 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799.

<sup>177</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 21 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9189.

<sup>178</sup> Rechtbank Amsterdam, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.

<sup>179</sup> De Graaf 2016, p. 18.

<sup>180</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005.

<sup>181</sup> Rechtbank Amsterdam, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.

<sup>182</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520, rechtbank Midden-Nederland, 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933 en rechtbank Amsterdam, 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842.

<sup>183</sup> Diepenmaat 2016.

<sup>184</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301 en J. Blokker, Wwz: herplaatsingsverplichting, 10 november 2015, geraadpleegd op 13 maart 2017 van: <http://www.awvn.nl/themas/wet-werk-en-zekerheid/wwz-blog/wwz-herplaatsingsverplichting>.

<sup>185</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 3, p. 41.

<sup>186</sup> Gerechtshof Den Haag, 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880.

<sup>187</sup> Rechtbank Rotterdam, 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495.

### 3.2.2.3 Situatie onderneming

Bij een krimpende werkgever, bijvoorbeeld ten gevolge van een reorganisatie of economische crisis, valt er evenmin minder van de werkgever te verwachten.<sup>188</sup> Sterker nog, in het kader van een reorganisatie heeft een boventallig verklaarde werknemer voorrang op een functie ten opzichte van de disfunctionerende werknemer.<sup>189</sup> Mocht de werknemer herplaatsing toch mogelijk achten, dan dient de werknemer dat te bewijzen.

### 3.2.2.4 Arbeidsplaatsen

Arbeidsplaatsen die voor herplaatsing in aanmerking komen zijn in ieder geval de arbeidsplaatsen waar een vacature voor openstaat en de arbeidsplaatsen van tijdelijke collega-werknemers met een dienstverband van korter dan zes maanden.<sup>190</sup> Of arbeidsplaatsen die binnen een redelijke termijn ontstaan. Een tussentijdse tijdelijke functie in afwachting van de herplaatsing is ook mogelijk.<sup>191</sup> Dit gaat echter niet zover dat het werk van een met zwangerschapsverlof thuiszittende collega kan worden overgenomen.<sup>192</sup> Ook hoeft de werkgever geen functie te creëren. De formatieruimte hoeft namelijk niet overschreden te worden<sup>193</sup>, anders zal er wel een vacature zijn. Mocht de werkgever toch een passende functie hebben gecreëerd, dan heeft de werkgever daarmee gelijk voldaan aan zijn inspanningsverplichting.<sup>194</sup>

## **3.3 Binnen een redelijk termijn**

De werkgever moet de herplaatsingsmogelijkheden bekijken en onderzoeken die binnen een redelijke termijn zich voordoen. De redelijke termijn is ontleend aan het Ontslagbesluit.<sup>195</sup> Daarbij wordt gerefereerd aan de wettelijke opzegtermijn zoals bedoeld in art. 7:672 BW (deze staat hieronder weergegeven) die aanvangt op het moment dat een daartoe bevoegde instantie een beslissing neemt.<sup>196</sup> De inschatting die de werkgever in deze situatie moet maken voor wat betreft het moment dat een beslissing genomen wordt, wordt hieronder behandeld.<sup>197</sup>

---

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046 en Rechtbank Noord-Nederland, 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4578.

<sup>190</sup> Dekker 2015, p. 2.

<sup>191</sup> CAR-UWO 2017.

<sup>192</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

<sup>193</sup> Rechtbank Den Haag, 24 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14618.

<sup>194</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919.

<sup>195</sup> Verhulp 2015, p. 2.

<sup>196</sup> Sauvé 2015.

<sup>197</sup> Verhulp 2016, p. 2.

### 3.3.1 De opzegtermijn

Rechtshof refereren stevast aan de wettelijke opzegtermijn zoals bedoeld in art. 7:672 BW.<sup>198</sup> Ook als er bijvoorbeeld in de cao een ander opzegtermijn is overeengekomen.<sup>199</sup> Wat overigens naar mijn idee ook gewoon als de wettelijke opzegtermijn te gelden heeft. Dit impliceert dat naar mate de arbeidsovereenkomst langer heeft voortgeduurd er een langere periode voor het herplaatsen in acht moet worden genomen.<sup>200</sup>

Artikel 7:672 BW

1. (...).
  2. De door de werkgever in acht te nemen termijn van opzegging bedraagt bij een arbeidsovereenkomst die op de dag van de opzegging:
    - a. korter dan vijf jaar heeft geduurd: één maand;
    - b. vijf jaar of langer, maar korter dan tien jaar heeft geduurd: twee maanden;
    - c. tien jaar of langer, maar korter dan vijftienjaar heeft geduurd: drie maanden;
    - d. vijftienjaar of langer heeft geduurd: vier maanden.
- 3<sup>t</sup>/m 10 (...).

### 3.3.2 Ex tunc toets

Ook in hoger beroep komt de redelijke termijn die in acht genomen dient te worden bij de herplaatsingsverplichting aan de orde. Echter, hoewel hoger beroep een processuele herkansing betreft, geldt voor wat betreft de herplaatsingsverplichting dat gekeken dient te worden naar hoe de situatie in eerste aanleg was.<sup>201</sup> In juridische termen wordt dit ook wel een ex tunc toets genoemd.

### 3.3.3 De proceduretijd

Het inschatten van de proceduretijd kan naar mijn idee als volgt: Namelijk met het bepalen van de gemiddelde proceduretijd die is gelegen tussen de binnenkomst van het ontbindingsverzoekschrift en de beslissing van de rechter met daarbij opgeteld de wettelijke opzegtermijn. De werkgever dient zijn inspanningen namelijk te onderbouwen<sup>202</sup> en met dit resultaat kan de werkgever de duur van zijn inspanningen onderbouwen. Het vooraf vermelden van de tijd die de werkgever in acht neemt om de werknemer te herplaatsen impliceert namelijk niet dat de werknemer vervolgens wordt ontslagen.<sup>203</sup> Uit een analyse van 67 verzoekschriftprocedures bij het kantongerecht bleken er 46 bruikbaar. Hoger beroepszaken heb ik niet geanalyseerd omdat daar een ex tunc toets plaatsvindt.

De duur van de proceduretijd is gelegen binnen de 20 en de 131 dagen.<sup>204</sup> Het maakt daarbij niet uit naar welke rechtbank wordt gegaan. Zo is het bijvoorbeeld bij het gerecht in Rotterdam als ook het gerecht in Zeeland-West-Brabant mogelijk dat de duur van de proceduretijd de 100 dagen overschrijdt<sup>205</sup>, maar het is ook mogelijk dat bij zowel het gerecht van Rotterdam, Overijssel als Gelderland de proceduretijd onder de 50 dagen ligt.<sup>206</sup> De totale proceduretijd van de 46

<sup>198</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838 en rechtbank Amsterdam, 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842.

<sup>199</sup> Rechtbank Amsterdam, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.

<sup>200</sup> Sauvé 2015.

<sup>201</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148 en Van Slooten 2016, p. 3.

<sup>202</sup> Rechtbank Amsterdam, 11 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9727

<sup>203</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300.

<sup>204</sup> Rechtbank Limburg, 16 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799 en rechtbank Noord-Nederland, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

<sup>205</sup> Rechtbank Rotterdam, 3 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2016:9943, rechtbank Rotterdam, 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3163, rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 april 2016, 120 ECLI:NL:RBZWB:2016:2152 en rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 januari 2017, 102 ECLI:NL:RBZWB:2017:267.

<sup>206</sup> Rechtbank Rotterdam, 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957, rechtbank Overijssel, 30 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:413 en rechtbank Gelderland, 30 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7130.

verzoekschriftprocedures bedraagt 3460 dagen. Gedeeld door 46 verzoekschriftprocedures maakt een gemiddelde van 75 dagen proceduretijd.

### 3.4 Al dan wel of niet gepaard met scholing

Zoals hiervoor al bleek moet ook de disfunctionerende werknemer geschoold worden<sup>207</sup>, maar betrof het geen omscholingsverlichting. Hieronder wordt de scholingsverplichting die volgt uit de herplaatsingsverplichting behandeld.

#### 3.4.1 Al dan wel of niet

De aard van de onderneming uit paragraaf 3.2.2.1 speelt eenzelfde rol. Het is niet aannemelijk dat iemand met een administratieve functie ook met scholing een technische functie kan uitoefenen.<sup>208</sup> Het advies van een deskundige kan hierin beslissend zijn<sup>209</sup>, tenzij de werkgever het aannemelijk maakt dat scholing niet tot herplaatsing zal leiden doordat er geen werk is.<sup>210</sup>

#### 3.4.2 Scholing

Scholing omvat wederom een individueel traject<sup>211</sup> en hoeft geen baangaranties voor de toekomst te bieden.<sup>212</sup>

### 3.5 In een andere passende functie

Hieronder wordt het begrip passende functie behandeld. De werknemer dient namelijk in een passende functie te worden herplaatst.

#### 3.5.1 Discrepancie passende arbeid, uitwisselbare functie en passende functie

##### 3.5.1.1 Subjectief en objectief oordeel

In de Wwz is het begrip passende arbeid verruimd.<sup>213</sup> Het dient ruimer uitgelegd te worden dan het begrip uitwisselbare functie. Van passende arbeid is sprake indien het gaat om arbeid die op de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij er redenen voordoen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard waardoor het arbeid niet van de werknemer gevegd kan worden.<sup>214</sup> Daartegenover staat het begrip uitwisselbare functie. In dat kader dient er gekeken te worden naar de objectieve functievereisten.<sup>215</sup> Voor de werknemer persoonlijke, subjectieve omstandigheden worden daarbij niet betrokken.

##### 3.5.1.2 Passende functie: objectief of subjectief?

Het begrip passende functie lijkt vergelijkbaar met het begrip uitwisselbare functie. Voor beide vindt namelijk een objectieve toets plaats. In de rechtspraak wordt gerefereerd aan de parlementaire geschiedenis waarin vermeld staat dat bij het begrip passende functie de achtergrond, oftewel de

<sup>207</sup> Apperloo 2015.

<sup>208</sup> Gerechtshof Den Haag, 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880.

<sup>209</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721.

<sup>210</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058.

<sup>211</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721.

<sup>212</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4578.

<sup>213</sup> Driessen en Gundt 2013 en Brekelmans 2015.

<sup>214</sup> Centrale Raad van Beroep, 1 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:760 en Rechtbank Midden-Nederland, 4 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:110.

<sup>215</sup> UWV 2015.



opleiding, capaciteiten en ervaring van de werknemer, van belang zijn.<sup>216</sup> Het objectieve loonbegrip wordt niet genoemd, maar het loonbegrip blijkt weldegelijk een rol te spelen.<sup>217</sup> Dat is de eerste vergelijking, want het loonbegrip speelt eveneens bij de uitwisselbare functie een rol.<sup>218</sup> De tweede vergelijking betreft dat het bij beide begrippen niet gaat om de feitelijke uitgevoerde werkzaamheden. De objectief omschreven functievereisten die tegen het licht van de nieuwe functie gehouden moeten worden zijn van belang.<sup>219</sup> Weliswaar tellen de functievereisten van arbeid uit het verleden ook mee, maar dat de subjectieve, persoonlijke omstandigheden niet meespelen blijkt uit het volgende: Een man zonder vervoersmiddelen en die thuis zorgt voor zijn doodzieke vrouw werd geacht om op een verderop gelegen locatie te werken waar ook geen openbaarvervoer langs kwam. Oordeel: hij moet maar het geluk hebben dat er een collega-werknemer aanwezig zou zijn om hem thuis te brengen bij een noodgeval.

### 3.5.2 Welke passende functie

Er moet gezocht worden naar de meest passende functie.<sup>220</sup> Welke functies over het algemeen in aanmerking komen en hoe dat bepaald wordt is hiervoor besproken. In het kader van disfunctioneren komen ook passende functies van een “lager” niveau in aanmerking.<sup>221</sup> Een verkoper die disfunctioneert in de functie-uitoefening vanwege het niet behalen van overeengekomen verkoopresultaten, hoeft geen verkopersfunctie te worden aangeboden.<sup>222</sup> Dat kan door de functie “uit te kleden” om eventuele belemmeringen uit de weg te gaan.<sup>223</sup> Zolang er maar geen “lege huls” overblijft. Hierbij kan worden teruggevallen op functievereisten vanuit het verleden. Dat wilt niet zeggen dat een “lagere” functie voor een disfunctionerende werknemer per definitie passend is.<sup>224</sup> Een in de persoon gelegen disfunctionerende werknemer kan misschien prima aan de slag in dezelfde functie, maar in een ander team.<sup>225</sup> In dat kader is het aan de werkgever om te bewijzen dat het gaat om een functie met andere functievereisten.<sup>226</sup> Wel bestaat dan nog de scholingsplicht. Overigens is een passende functie ook een door de werkgever aangeboden functie ondanks dat de werknemer niet over de juiste diploma’s beschikt.<sup>227</sup>

## 3.6 Tenzij herplaatsing niet in de rede ligt

Op grond van art. 7:669 lid 1 BW, ligt herplaatsing in ieder geval niet in de rede indien er sprake is van een grond zoals bedoeld in onder 3 van art. 7:669 lid 3 BW. Art. 7:669 lid 3 onder e BW betreft de ontslaggrond ‘verwijtbaar handelen van de werknemer’. Hieronder wordt wat onder ‘verwijtbaar handelen’ en ‘in de rede’ behandeld.

---

<sup>216</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838.

<sup>217</sup> Idem.

<sup>218</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046.

<sup>219</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721, Rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598 en Rechtbank Amsterdam, 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842.

<sup>220</sup> AN-i 2017.

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> Rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

<sup>223</sup> Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721.

<sup>224</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520.

<sup>225</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467.

<sup>226</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058.

<sup>227</sup> Gerechtshof Den Haag, 20 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3678.

### 3.6.1 Verwijtbaar handelen

Een definitie voor verwijtbaar handelen is er niet<sup>228</sup>, maar er zijn wel voorbeelden zoals diefstal of het veroorzaken van conflicten.<sup>229</sup> Een enkelvoudig conflict met een leidinggevende is daarentegen onvoldoende om herplaatsing niet in de rede te laten liggen.<sup>230</sup> In verwijtbaar handelen zit een mate van opzet. De inzet van de werknemer wordt er ook mee bedoeld, bijvoorbeeld door het blijven tegenwerken aan oplossingen<sup>231</sup> zoals het accepteren van een lagere functie maar met een hoger loon dan gebruikelijk<sup>232</sup>, het stellen van eisen zoals een bepaalde functie<sup>233</sup>, het niet komen opdagen op functioneringsgesprekken, ofwel werkweigering<sup>234</sup> en het uitspreken van wantrouwen richting de werkgever.<sup>235</sup>

### 3.6.2 In de rede

Bij het niet in de rede liggen van herplaatsing moet men denken aan het hierboven genoemde verwijtbaar handelen van de werknemer, de bereidwilligheid van de werknemer zoals in paragraaf 3.7.1.1 vermeld, maar ook als herplaatsing simpelweg niet mogelijk is zoals in paragraaf 3.2 ter sprake is gekomen.

## 3.7 Van de Werknemer

In het kader van de herplaatsingsverplichting speelt de werknemer zelf ook een rol. Hoe en in hoeverre, dat wordt hieronder beschreven.

### 3.7.1 Verplichtingen werknemer

Het vervolg geldt voor alle hierboven genoemde facetten in het kader van de herplaatsingsverplichting.

#### 3.7.1.1 Meewerken

De werknemer heeft bereidwillig mee te werken aan de herplaatsing.<sup>236</sup> Sterker nog, als de werknemer zelf meer initiatief toont, mag dat van de werkgever ook worden verwacht.<sup>237</sup> Feitelijk wordt het zelfs in een eerder stadium al van de werknemer verwacht dat deze meer bereidwilligheid toont. De in het verleden meermalen afgewezen functies hoeft de werkgever niet meer te onderzoeken waardoor herplaatsing wat dat betreft niet meer in de rede ligt.<sup>238</sup>

#### 3.7.1.2 Bewijsplicht

De werknemer dient zelf ook aan te tonen dat er herplaatsingsmogelijkheden voorhanden zijn. Bijvoorbeeld bij een krimpende organisatie<sup>239</sup>, maar ook als de werknemer een functie niet passend genoeg vindt dient hij dat nader te onderbouwen.<sup>240</sup>

---

<sup>228</sup> VAAN en VvA 2016, p. 57.

<sup>229</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5475 en gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301

<sup>230</sup> Rechtbank Amsterdam, 11 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9727.

<sup>231</sup> Rechtbank Oost-Brabant, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2258.

<sup>232</sup> Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520

<sup>233</sup> Rechtbank Rotterdam, 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495.

<sup>234</sup> Rechtbank Overijssel, 11 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4068.

<sup>235</sup> Rechtbank Amsterdam, 4 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6650.

<sup>236</sup> Rechtbank Midden-Nederland, 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933.

<sup>237</sup> Rechtbank Rotterdam, 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495.

<sup>238</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611, Rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598 en Rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

<sup>239</sup> Rechtbank Rotterdam, 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495.

<sup>240</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300.

### 3.8 Tussenconclusie hoofdstuk 3

Voordat de rechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, bekijkt de rechter of herplaatsing mogelijk was. Uit de herplaatsingsverplichting als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW is een toetsingskader met een zestal facetten te destilleren.

I) *Het herplaatsen.*

Ad I) De herplaatsingsverplichting voor de werkgever is een inspanningsverplichting en geen resultaatsverbintenis, maar hij dient zijn inspanningen wel schriftelijk te onderbouwen. De herplaatsingsverplichting treft heel het concern. Hoe groter de onderneming, des te groter de inspanning. Dat geldt niet als de aard van de onderneming en functie elkaar niet complementeren of als de onderneming krimpt. Voor de werknemer die disfunctioneert in de persoon kan een kleine onderneming (25 werknemers of minder, zoals de wetgever een kleine onderneming omschrijft) en met slechts één locatie herplaatsing niet mogelijk maken. Ook hoeft de werkgever geen functie te creëren.

II) *Binnen een redelijk termijn.*

Ad II) De redelijke termijn bedraagt 75 dagen exclusief de wettelijke opzegtermijn die in acht moet worden genomen zoals bedoeld in art. 7:672 BW. Gezegd kan worden dat hoe langer de arbeidsovereenkomst heeft voortgeduurd, des te meer van de werkgever verwacht mag worden.

III) *Al dan wel of niet gepaard met scholing*

Ad III) Als herplaatsing met behulp van individuele scholing niet mogelijk blijkt te zijn, dient de werkgever dat aannemelijk te maken. Dat is bijvoorbeeld het geval als de aard van de functie en de aard van de onderneming strijdig aan elkaar zijn of als een deskundige het verantwoord. Het volgen van scholing biedt geen baangarantie.

IV) *In een andere passende functie*

Ad IV) Bij het begrip passende functie dient gekeken te worden naar de huidige en oude objectieve functievereisten tegen het licht van de nieuwe functievereisten. Voor de disfunctionerende werknemer geldt dat de functie niet per definitie uitgehold moet worden. Bij disfunctioneren gelegen in de persoon namelijk in beginsel niet en bij disfunctioneren in de functie-uitoefening in beginsel wel. Een tijdelijke tussentijdse functie ter overbrugging is acceptabel.

V) *Tenzij herplaatsing niet in de rede ligt*

Ad V) Als herplaatsing niet in de rede ligt, dan vervalt de herplaatsingsplicht. Dat is in het geval de werknemer verwijtbaar handelt. Daarvan is sprake als de werkgever opzettelijk handelt. Een precieze definitie is echter niet te geven. Herplaatsing ligt eveneens niet in de rede indien de werknemer niet aan de herplaatsing meewerkt of als er geen functie voorhanden is.

VI) *Van de werknemer*

Ad VI) De werknemer moet naar mate zijn functieniveau vordert, zich meer inzetten voor de herplaatsing. Zowel wat inzet als wat acceptatie betreft. Mocht de werknemer een functie niet passend vinden, dan dient de werknemer dat te onderbouwen.

## Hoofdstuk 4: De consequenties

In dit hoofdstuk wordt deelvraag III behandeld, namelijk:

- III) *Wat zijn voor de disfunctionerende werknemer de juridische consequenties, indien de werknemer de door de werkgever in het kader van diens herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie niet accepteert, met betrekking tot de arbeidsovereenkomst van de werknemer?*

### 4.1 Consequenties voor de arbeidsovereenkomst

Het niet accepteren van arbeid, werkweigering, kan vergaande gevolgen hebben voor de werknemer. Bijvoorbeeld op financieel vlak zoals een loonstop<sup>241</sup>, mindering op de WW-uitkering<sup>242</sup> en normaliter ook voor wat betreft de hoogte van de transitievergoeding, maar als het gaat om werkweigering in het kader van disfunctioneren heeft dat geen invloed.<sup>243</sup> Dergelijke consequenties gaan dit onderzoek te buiten. Hieronder wordt nader ingegaan op de mogelijke consequenties voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst bij het niet accepteren van een passende functie.

#### 4.1.1 De Asscher-escape

Indien de rechter oordeelt dat er geen sprake is van disfunctioneren, zoals in 75 % van de gevallen het geval is, gaat de rechter niet over tot het ontbinden van de arbeidsovereenkomst. In de wet is echter een ontsnapingsclausule ingebouwd, de zogenoemde Asscher-escape.<sup>244</sup> De Asscher-escape houdt in dat indien een verzoek tot het ontbinden van de arbeidsovereenkomst op een bepaalde ontslaggrond niet slaagt, het voor de rechter toch mogelijk is de arbeidsovereenkomst te ontbinden als er sprake is van verstoorde arbeidsverhoudingen ten gevolge van de ontbindingsprocedure.<sup>245</sup> Ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanwege een verstoorde arbeidsrelatie is een op zichzelf staande redelijke grond zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder g BW. Hoewel rechters een ontslaggrond ambtshalve kunnen toepassen<sup>246</sup>, lijkt dat bij de Asscher-escape niet het geval.<sup>247</sup> Indien het tot een ontbindingsprocedure komt, moet de werkgever expliciet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vragen op grond van een verstoorde arbeidsverhouding voor het geval de rechter de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren niet ontbindt. Eerst moet de werkgever echter hebben getracht de arbeidsrelatie te herstellen.<sup>248</sup> Alsook kan het niet zo zijn dat de werkgever zelf blaam treft aan de verstoorde arbeidsrelatie.<sup>249</sup> Hierdoor is de Asscher-escape in het kader van disfunctioneren (nog) geen succes.

---

<sup>241</sup> Van Luipen en Van straten 2013, rechtbank Amsterdam, 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8763 en Gerechtshof Den Haag, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:563.

<sup>242</sup> Fluit 2016, Rechtbank Amsterdam en 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8763.

<sup>243</sup> Rechtbank Noord-Nederland, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611 en Rechtbank Amsterdam, 23 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6975

<sup>244</sup> 'Vernoemd naar de Minister van Sociale zaken die de Wet Werk en Zekerheid introduceerde' zie ook Schunselaar 2017.

<sup>245</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 3, p. 45.

<sup>246</sup> Van Deventer 2016, p. 2.

<sup>247</sup> Schunselaar 2017, p. 16.

<sup>248</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>249</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 3, p. 44-45.

#### **4.1.2 In de rede**

Mocht de rechter het disfunctioneren van de werknemer bewezen achten, dan dient de rechter de herplaatsingsverplichting te beoordelen. Zoals hiervoor ter sprake is gekomen, zijn er situaties waarbij de herplaatsingsverplichting niet mogelijk worden geacht of niet van de werkgever gevergd hoeven te worden. In dat laatste geval ligt herplaatsing niet in de rede. Dat is ook de situatie waarin de werknemer zich niet voor de herplaatsing inspant. Dat is het geval als de werknemer veelvuldig ander arbeid afwijst of niet ingaat op een redelijk voorstel voor een andere functie.

### **4.2 Tussenconclusie hoofdstuk 4**

Naast mogelijke financiële consequenties bij het niet accepteren van een passende functie in het kader van de herplaatsingsverplichting, bestaan er twee routes waarop de werkgever de arbeidsovereenkomst met de weigerachtige werknemer kan laten ontbinden. De Asscher-escape waarbij, indien verzocht, op grond van een verstoorde arbeidsrelatie vanwege het stukgelopen proces op grond van disfunctioneren, de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden. Deze route blijkt niet succesvol. Echter, het weigeren van een functie-aanbod kan veroorzaken dat herplaatsing niet in de rede ligt doordat de werknemer niet bereidwillig lijkt te zijn. In dat kader zal herplaatsing niet mogelijk geacht worden en als aan de overige voorwaarden is voldaan, de arbeidsovereenkomst worden ontbonden.

## Hoofdstuk 5: Conclusie op de hoofdvraag

Op grond van het hierboven beschrevene, kan naar aanleiding van de hoofdvraag in dit onderzoek,

*In hoeverre dient een disfunctionerende werknemer als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onder d BW, een door de werkgever op grond van diens herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie, te accepteren met inachtneming van het bepaalde in de wet, literatuur en jurisprudentie?*

geconcludeerd worden dat de disfunctionerende werknemer een door de werkgever in het kader van diens herplaatsingsverplichting aangeboden passende functie dient te accepteren, omdat door het weigeren van de passende functie herplaatsing niet in de rede ligt waardoor, indien de werkgever daartoe verzoekt, de rechter de arbeidsovereenkomst zal ontbinden.

Echter, daarvoor dient er natuurlijk wel sprake te zijn van een disfunctionerende werknemer. Rechters zijn veelal van mening dat het disfunctioneren van de werknemer onvoldoende door de werkgever wordt onderbouwd met concrete voorbeelden. Ook blijkt dat de werkgever zich veelal te weinig inspant om het functioneren van de werknemer te verbeteren door het niet opstellen van een op de functie van de werknemer gerichte kwalitatief inhoudelijke verbeterplan. Daarnaast wordt eveneens als reden gegeven dat er onvoldoende uit het verbetertraject naar voren komt dat de werknemer door een externe coach of onafhankelijke collega-werknemer is begeleid om diens functioneren te verbeteren. Met dat in het achterhoofd is het niet gek dat uit § 2.2.4.1 blijkt dat op dit moment drie op de vier ontbindingsverzoeken op grond van disfunctioneren niet door de rechter worden ingewilligd vanwege een niet op orde zijn van het functioneringsdossier. Ook de in § 4.1.1 genoemde Asscher-escape blijkt voor de werkgever niet als redmiddel te kunnen worden gebruikt. Daarentegen zal de werkgever, mitst deze zich van het hiervoor genoemde bewust is, in de toekomst adequater omgaan met het opbouwen van een functioneringsdossier en meer aan functioneringsdossieropbouw gaan doen. Daardoor zal de herplaatsingsverplichting in de toekomst eerder en vaker aan de orde komen.

Uit het voorgaande volgt dat, in het kader van het disfunctioneren van de werknemer, de werkgever zich moet richten op het verbeteren van het functioneren van de door de werknemer bedongen arbeid en dat, overeenkomstig § 3.2.2, de werkgever en werknemer zich allebei moeten richten op een voor de werknemer andere passende functie. Uit de jurisprudentie blijkt dat van de werknemer verwacht wordt dat deze positief op elke door de werkgever aangeboden functie moet ingaan. Zoals uit § 3.7 en 4.1.2 blijkt dient de werknemer immers bereidwillig mee te werken aan diens herplaatsing waarbij het (meerdere malen) weigeren van een bepaalde passende functie door de rechter gezien wordt als het niet bereidwillig meewerken aan deze herplaatsing. Anders vervalt de herplaatsingsverplichting voor de werkgever doordat het herplaatsen daardoor niet meer in de rede valt en kan de rechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan.

Samenvattend kan op grond van § 3.5.2 worden gesteld de werknemer enkel een door de werkgever aangeboden passende functie kan weigeren indien het niet gaat om de meest mogelijke passende functie. Hiervoor geldt echter wel dat de in § 3.3 bedoelde redelijke termijn van 75 dagen exclusief de wettelijke opzegtermijn ex art. 7:672 BW dient te zijn verstreken, want het uitoefenen van een tijdelijke passende functie binnen de redelijke termijn kan ook zijn bedoeld als overgang naar een andere passende functie. Daarnaast, zoals uit § 3.7.1.2 blijkt is het ook nog eens zo dat het aan de werknemer is om aan te tonen dat er een meer passende functie voorhanden is. De herplaatsingsverplichting is voor de werkgever namelijk een inspanningsverplichting en geen resultaatsverbintenis. Herplaatsing zal mogelijk kunnen zijn indien er binnen de redelijke termijn voor de disfunctionerende werknemer een vacature openstaat of open komt te staan, zoals bedoeld in § 3.2.2.4. Hoewel in het kader van een disfunctionerende werknemer niet per definitie naar een lager geschaalde functie hoeft te worden gekeken, is dat wel voor de hand liggend. De werknemer disfunctioneert immers. Dat is in ieder geval duidelijk als het gaat om de werknemer waarbij overeenkomstig § 2.2.2.1 sprake is van disfunctioneren in de functie-uitoefening. Zoals in § 3.5.2 is uitgestippeld dienen de huidige functievereisten van de werknemer en die uit diens verleden te worden vergeleken met de nieuwe passende functie. Hierbij kunnen diens disfunctionerende functievereisten worden weggesneden.

Daarnaast is het ook nog eens zo dat uit § 3.2.2.1 blijkt dat het herplaatsen van de werknemer die disfunctioneert in de persoon niet mogelijk blijkt te zijn als er sprake is van een werkgever met minder dan 25 werknemers en slechts één locatie, waardoor voor veel MKB bedrijven de herplaatsingsverplichting zal komen te vervallen. Als de werkgever hieromtrent het weigeren van de arbeid aan de rechter voorlegt in het kader van disfunctioneren, zal de rechter oordelen dat herplaatsen niet tot de mogelijkheden behoort en vervolgens de arbeidsovereenkomst ontbinden.

De genoemde bevindingen staan vermeld in Bijlage III: Beslisboom – disfunctioneren en herplaatsen.



# Literatuurlijst

## Kamerstukken

### MvT

*Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3*

### Nota

*Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7*

## Rechtsbronnen

### Hoge Raad

Hoge Raad, 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Stichting Mediant/X*)

### Gerechtshof

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

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301

Gerechtshof Den Haag, 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 29 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5337

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6058

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6796

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 3 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4919

Gerechtshof Den Haag, 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880

Gerechtshof Den Haag, 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7300

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5467

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148

Gerechtshof Den Haag, 20 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3678

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

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 3 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:813

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:856

Gerechtshof Den Haag, 14 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:563

### Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, 7 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4973

Centrale Raad van Beroep, 1 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:760

### Rechtbank

Rechtbank Noord-Nederland, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611

Rechtbank Noord-Nederland, 23 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4491

Rechtbank Rotterdam, 23 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957

Rechtbank Limburg, 6 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9608

Rechtbank Rotterdam, 23 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9957

Rechtbank Amsterdam, 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8763

Rechtbank Amsterdam, 11 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9727

Rechtbank Midden-Nederland, 21 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9189

Rechtbank Noord-Holland, 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:898

Rechtbank Midden-Nederland, 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296  
Rechtbank Oost-Brabant, 29 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1388  
Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838  
Rechtbank Amsterdam, 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119  
Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2152  
Rechtbank Oost-Brabant, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2258  
Rechtbank Rotterdam, 26 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3163  
Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136  
Rechtbank Amsterdam, 16 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3842  
Rechtbank Noord-Holland, 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443  
Rechtbank Gelderland, 20 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5506  
Rechtbank Rotterdam, 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495  
Rechtbank Midden-Nederland, 22 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5099  
Rechtbank Amsterdam, 23 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6975  
Rechtbank Amsterdam, 4 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6650  
Rechtbank Noord-Nederland, 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4578  
Rechtbank Midden-Nederland, 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5475  
Rechtbank Limburg, 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8914  
Rechtbank Limburg, 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9799  
Rechtbank Rotterdam, 8 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8512  
Rechtbank Midden-Nederland, 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5933  
Rechtbank Overijssel, 11 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4068  
Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 20 november 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721  
Rechtbank Noord-Nederland, 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233  
Rechtbank Noord-Nederland, 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5234  
Rechtbank Rotterdam, 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253  
Rechtbank Den Haag, 24 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14618  
Rechtbank Noord-Nederland, 25 november 2016, ECLI:RBNNE:2015:5423  
Rechtbank Gelderland, 30 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7130  
Rechtbank Overijssel, 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980  
Rechtbank Rotterdam, 3 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2016:9943  
Rechtbank Midden-Nederland, 4 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:110  
Rechtbank Rotterdam, 10 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:151  
Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 11 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:267  
Rechtbank Amsterdam, 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842  
Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 24 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:267  
Rechtbank Overijssel, 30 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:41  
Rechtbank Midden-Nederland, 2 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:507  
Rechtbank Noord-Holland, 6 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:291  
Rechtbank Overijssel, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795  
Rechtbank Rotterdam, 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1415  
Rechtbank Noord-Nederland, 22 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:598  
Rechtbank Limburg, 23 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2083  
Rechtbank Limburg 23 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2084

## Literatuur

### **AN-i 2017**

AN-i, veranderen van onderwerpen die in de arbeidsovereenkomst zijn vastgelegd, geraadpleegd op 20 maart 2017 van: <https://www.arbeidsrechter.nl/veranderen-taken-uren-deeltijdarbeid>.

### **Apperloo 2015**

I.M.I. Apperloo, 'Het nieuwe artikel 611a: een echte vernieuwing of oude wijn in een nieuwe zak?', *AR 2015/29*.

### **Blokker 2015**

J. Blokker, Wwz: herplaatsingsverplichting, 10 november 2015, geraadpleegd op 13 maart 2017 van: <http://www.awvn.nl/themas/wet-werk-en-zekerheid/wwz-blog/wwz-herplaatsingsverplichting>.

### **Brekelmans 2015**

F.H.J.G. Brekelmans, 'Wet werk en zekerheid: nieuwe ontwikkelingen', *DJ 2015/905*.

### **CAR-UWO 2017**

CAR-UWO, Passende arbeid, geraadpleegd op 20 maart 2017 van: <https://car-uwo.nl/onderwerpenindex/ziekte-en-re-integratie/re-integratie-en-herplaatsing/passende-arbeid>.

### **Dekker 2015**

F.M. Dekker, 'De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling', *AR 2015/33*.

### **De Graaf 2016**

L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA 2016/82*.

### **De Wolff 2015**

D.J.B. de Wolff, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA 2015/24*.

### **Diepenmaat 2016**

N.J. Diepenmaat, *HERPLAATSING ONDER DE WWZ*, 10 oktober 2016, geraadpleegd op 12 maart 2017 van: <https://www.wijnenstael.nl/advocaten/diepenmaat>.

### **Driessen 2013**

M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *TRA 2013/66*.

### **Duk 2016**

R.A.A. Duk, 'Redelijke gronden: een Procrustesbed?', *TRA 2016/80*.

### **Even 2016**

J.H. Even, De WWZ en disfunctioneren, 15 september 2016, geraadpleegd op 27 april 2017 van: [http://avdr.nl/CMS/De\\_WWZ\\_en\\_disfunctioneren/show.do?ctx=649421,1484029,1977028](http://avdr.nl/CMS/De_WWZ_en_disfunctioneren/show.do?ctx=649421,1484029,1977028).

### **Fluit 2016**

P.S. Fluit, 'De wijzigingen in de WW ten gevolge van de WWZ', *TAP 2016/1*.

**Fruytier 2015**

M.P.A.M. Fruytier, 'Wet werk en zekerheid: en nu vooruit! Of achteruit?', *TAP 2015/227*.

**Hakvoort 2015**

K. Hakvoort, 'Up or Out' onder de WWZ', *AR 2015/16*.

**Heida 2015**

R.A. Heida, 'Arbeidsomstandigheden en deskundigenoordelen, onderbelicht in de WWZ discussie', *TRA 2015/58*.

**Kruit 2016**

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

**Maas 2014**

W.C.A. Maas, 'Leeftijd, disfunctioneren en demotie', *AR 2014/66*.

**Meijer 2016**

O. A. Meijer, 'Verslag jaarvergadering Vereniging voor Gezondheidsrecht 2016. Thema: 'Functioneren en disfunctioneren'', *TvGR 2016/08*.

**Muller 2015**

Muller 2015, Afwijzen passende functie, toch transitievergoeding!?, 13 augustus 2015, geraadpleegd op 20 maart 2017 van: <http://www.rassers.nl/nl/Actueel/Afwijzen-passende-functie-toch-transitievergoeding>.

**Prooij 2016**

K. Prooij, *WWZ: Hoe ver gaat de herplaatsingsplicht?*, 14 juni 2016, geraadpleegd op 13 maart 2017 van: <http://www.ploum.nl/wwz-hoe-ver-gaat-herplaatsingsplicht>.

**Roozendaal 2015**

W.L. Roozendaal, 'Werkloosheid voorkomen, beperken en goed verzekeren?', *TRA 2015/69*.

**Roukema en Rutgers 2015**

A. Roukema en D.J. Rutgers, 'Lagere regelgeving nieuw ontslagrecht', *Bb 2015/46*.

**Sauvé 2015**

A. Sauvé, Herplaatsing binnen een redelijk termijn, 10 juli 2015, geraadpleegd op 10 maart 2017 van: <http://dirkzwagerarbeidsrecht.nl/2015/07/10/herplaatsing-binnen-een-redelijke-termijn>.

**Schunselaar 2017**

J.M.E. Schunselaar, 'Anderhalf jaar WWZ: de obstakels van de d-grond', *TRA 2017/02*.

**Smeijer 2017**

S. Smeijer, *Een jaar na invoering WWZ – Deel 3: De herplaatsingsverplichting*, geraadpleegd op 10 maart 2017 van: <https://www.hmp.nl/nieuws/een-jaar-na-invoering-wwz-deel-3-de-herplaatsingsverplichting>.

**Van Deventer 2016**

H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná de invoering van de WWZ', *AR 2016/29*.

**Van Luipen 2013**

L. van Luipen en Van Straten, 'Geen passende arbeid, geen loon', *AR 2013/59*.

**Van Slooten 2015**

J.M. van Slooten, *Wat er niet in de Ontslagregeling staat. En de gevolgen daarvan*, Amsterdam: UvA-DARE 2015.

**Van Slooten 2016**

J.M. van Slooten, 'De drie tijdsdimensies van de a-grond', *TRA 2016/81*.

**UWV 2013**

UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

**UWV 2015**

UWV, *Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden*, Den Haag: UWV 2015.

**VAAN en VvA 2016**

VAAN en VvA, *Evaluatieonderzoek WWZ 2016* (Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland en Vereniging voor Arbeidsrecht), Den Haag: Boom Juridisch uitgevers 2016.

**Van Deventer 2016**

H.J. van Deventer, 'Disfunctioneren vóór en ná de invoering van de WWZ', *AR 2016/29*.

**Verhulp 2015**

E. Verhulp, T&C BW, commentaar op art.7:669 BW, Deventer: Kluwer 2015.

**Verhulp 2016**

E. Verhulp, T&C Arbeidsrecht, commentaar op aanhef Ontslagregeling, Deventer: Kluwer 2016.

## Bijlage I: De opdrachtbeschrijving



Bernadottelaan 11  
3527 GA Utrecht

Tel. 030 296 41 44  
Fax 030 296 39 04

Postbus 6001  
3503 PA Utrecht

[www.nu91.nl](http://www.nu91.nl)  
[nu91@nu91.nl](mailto:nu91@nu91.nl)  
ABN AMRO 42.97.31.841

Paul van der Wiel  
Hogeschool Utrecht  
HBO-Recht  
Padualaan 101  
3584 CH Utrecht

**Datum:** 15 maart 2017  
**Onderwerp:** Opdrachtbeschrijving tot onderzoek

Beste Paul,

Op het Serviceloket krijgen we veel vragen omtrent disfunctionerende werknemers die herplaatst moeten worden. Het probleem hierbij is vaak dat het lid de aangeboden arbeid niet wil accepteren of daar moeite mee heeft. De vraag is dan ook of de werknemer verplicht is dit te accepteren. Uit de praktijk blijkt dit niet zo eenvoudig te zijn en het blijft voor onze juristen een grijs gebied waar geen eenduidige antwoorden gegeven kunnen worden.

Daarom lijkt ons dit onderwerp uitermate geschikt om onderzoek naar te doen voor een scriptie.

De onderzoeksvraag luidt dan:

In hoeverre dient een disfunctionerende werknemer, als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder d BW, een door de werkgever op grond van diens herplaatsingsverplichting ex artikel 7:669 lid 1 BW aangeboden passende functie, te accepteren met inachtneming van het bepaalde in de wet, literatuur en jurisprudentie?

Wij hopen hierop een eenduidig antwoord te kunnen formuleren naar onze leden.

Wij zien jouw onderzoek en conclusie dan ook graag tegemoet.

Succes!

Met vriendelijke groet,

Team Serviceloket, Carel, Marloes, Nadia en Michel.

## Bijlage II: De parlementaire geschiedenis

### Betreft disfunctioneren: artikel 7:669 lid 3 onder d BW

In de parlementaire geschiedenis van de Wwz wordt niet diep ingegaan op het begrip disfunctioneren. Eveneens niet op de daarbij behorende ontslaggrond ex art. 7:669 lid 3 onder d BW. Dat in tegenstelling tot bijvoorbeeld andere ontslaggronden als bedrijfseconomisch ontslag en verwijtbaar handelen. Dat betekent echter niet dat het begrip disfunctioneren ongemoeid is gelaten.

In de parlementaire geschiedenis wordt een voorbeeld gegeven van een disfunctionerende werknemer. Daar is bijvoorbeeld sprake van indien een oudere werknemer naar mate zijn leeftijd vordert steeds zwaarder wordt, waardoor die niet meer, in mindere mate of langzamer zijn werkzaamheden verricht.<sup>250</sup> Ondanks dat de werknemer minder functioneert, moet het niet zo zijn dat deze werknemer op grond daarvan van de een op andere dag ontslagen kan worden. Daarvoor dient de werkgever, aldus de wetgever, eerst de werknemer op zijn functioneren te hebben aangesproken en de werknemer tevens daarbij in de gelegenheid te hebben gesteld om tot een verbetering van zijn functioneren te kunnen komen.<sup>251</sup> Daarnaast mag het niet zo zijn dat het disfunctioneren van de werknemer voortkomt uit dat de werkgever onvoldoende zorg voor scholing en goede arbeidsomstandigheden heeft betracht.<sup>252</sup> Het doel wat de wetgever heeft, met het in feite het opleggen van deze verplichtingen aan de werkgever, is een duurzame inzetbaarheid van de werknemer.<sup>253</sup>

Naast dat het vorenstaande ten goede moet komen aan de werknemer, moet dat eveneens het geval zijn voor de werkgever. Een duurzame inzetbaarheid van de werknemer behoort daar overigens ook bij. Het idee dat de werkgever de werknemer op de hoogte moet stellen van zijn disfunctioneren en dat de werkgever daarbij de werknemer in staat moet stellen om zijn functioneren te verbeteren is ontleend aan het ambtenarenrecht.<sup>254</sup> Volgens diverse Kamerleden heeft dat in ieder geval in het ambtenarenrecht, niet goed uitgekapt. Derhalve bestaat er geen uniformiteit om op eenzelfde wijze het een en ander door te implementeren in het ontslagrecht. De minister benadrukt echter dat er onderscheidt gemaakt moet worden tussen disfunctioneren en onwil van de werknemer. Dat laatste, onwil, moet gezien worden al verwijtbaar handelen van de werknemer.<sup>255</sup> Dat laatste betreft een andere ontslaggrond waarop de werkgever in dat geval de arbeidsovereenkomst met de werknemer kan ontbinden. Voor het overige is het van belang, en daarmee uiteraard ook de bedoeling van de wetgever, dat de werkgever enige beleidsvrijheid heeft wat betreft de invulling van de ontslaggrond disfunctioneren ex art. 7:669 lid 3 onder d BW.<sup>256</sup> Daarmee doelt de wetgever op het gegeven dat het een en ander begint bij de wijze waarop de werkgever bepaalde functies ingevuld wilt zien hebben. De werkgever dient daarentegen wel met gefundeerde argumenten komen waarop die het disfunctioneren van de werknemer kan staven. En eveneens als de werkgever zelf blaam treft aan het disfunctioneren, zal de kantonrechter niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren overgaan.<sup>257</sup>

---

<sup>250</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 85.*

<sup>251</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 45.*

<sup>252</sup> *Idem, p.45.*

<sup>253</sup> *Idem, p. 45.*

<sup>254</sup> *Idem, p. 45.*

<sup>255</sup> *Idem, p. 45.*

<sup>256</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 44-45.*

<sup>257</sup> *Idem, p. 44-45.*

Uiteindelijk heeft het een en ander geresulteerd in art. 7:669 lid 3 onder d BW. Bij deze ontslaggrond op grond van disfunctioneren is de navolgende formulering in de wet geïmplementeerd. Er is sprake van een redelijke ontslaggrond op grond van disfunctioneren indien er sprake is van 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.<sup>258</sup> Een ingediend verzoekschrift met het verzoek aan de rechter om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan, moet door de rechter volledig op voornoemde formulering worden getoetst.<sup>259</sup>

## Betreft de herplaatsingsverplichting: artikel 7:669 lid 1 BW

In tegenstelling tot de parlementaire geschiedenis omtrent het begrip disfunctioneren, is het verschijnsel van de herplaatsingsverplichting ex art. 7:669 lid 1 BW, in de parlementaire geschiedenis uitgebreider behandeld. Dat wilt overigens niet zeggen dat uit de parlementaire geschiedenis inhoudelijk meer te halen valt. In ieder geval, voordat er sprake is van een redelijke ontslaggrond zoals disfunctioneren, moet er eerst bekeken worden of herplaatsing, al dan niet gepaard met scholing, mogelijk is.<sup>260</sup> Deze criteria voorafgaand aan het ontbinden van de arbeidsovereenkomst zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en UWV Beleidsregels.<sup>261</sup> Een nadere invulling van desbetreffende criteria dient nader, ten opzichte van de implementatiedatum van de Wwvz, te worden ingevuld.<sup>262</sup>

Diverse fracties uit de Tweede Kamer uiten kritiek op de bovengenoemde regeling ex art. 7:669 lid 1 BW. Zo wordt er geopperd dat er diverse omstandigheden, waaronder disfunctioneren, zijn waarbij het naar het idee van desbetreffende Kamerleden niet redelijk is om de werkgever een herplaatsingsverplichting op te leggen.<sup>263</sup> Onder verwijzing naar de op dat moment huidige jurisprudentie (Hof Leeuwarden, 14 oktober 2008, JAR 2008/317), betoogd de minister dat het al gebruikelijk is dat voor een disfunctionerende werknemer eerst naar herplaatsingsmogelijkheden gekeken wordt alvorens diens arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.<sup>264</sup> Daarnaast verwijst de minister de Kamerleden eveneens naar een eerder opgemaakt kamerstuk, waarin wordt vermeld dat herplaatsing niet verplicht is indien er sprake is van verwijtbaar handelen van de zijde van de werknemer.<sup>265</sup> De bedoeling van de wetgever is daarmee dat herplaatsing niet nodig is indien herplaatsing niet in de rede ligt. Verwijtbaar handelen is daar slechts een van de invullingen van. Indien er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie met de werkgever, dus niet enkel op de werkvloer, ligt herplaatsing ook niet in de rede.<sup>266</sup> Een nadere invulling van verwijtbaar handelen van de zijde van de werknemer komt volgens de wetgever in ieder geval op het volgende neer: diefstal, verduistering, bedrog, andere misdrijven, het niet naleven van controlevoorschriften bij ziekte en na erop te zijn aangesproken alsnog veelvuldig te laat komen.<sup>267</sup> Daarnaast kan er ook sprake zijn van

<sup>258</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 45.*

<sup>259</sup> *Idem, p. 47.*

<sup>260</sup> *Idem, p. 43-44.*

<sup>261</sup> *Idem, p. 43.*

<sup>262</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 47 en Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 46.*

<sup>263</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 7, p. 85.*

<sup>264</sup> *Idem, p. 85.*

<sup>265</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 98.*

<sup>266</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 5, p. 20.*

<sup>267</sup> *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, 3, p. 40.*



verwijtbaar handelen van de zijde van werknemer indien die gedragingen of verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst niet meer nakomt.<sup>268</sup>

Al met al is de wetgever met de volgende formulering gekomen omtrent de herplaatsverplichting die ex art. 7:669 lid 1 BW op de werkgever rust alvorens die wilt overgaan tot het ontbinden van de arbeidsovereenkomst. De formulering luidt: 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.<sup>269</sup> Wat betreft de losse elementen uit de hiervoor genoemde formulering zoals welke arbeidsplaatsen bij de herplaatsing betrokken moeten worden, of er een passende functie beschikbaar is, welke elementen bepalen of de functie passend is en welk termijn daarvoor dient te worden gehanteerd, wordt zoals gezegd nader bepaald in een ministeriële regeling.<sup>270</sup>

Zoals in de parlementaire geschiedenis is aangekondigd, is er op een later moment het een en ander nader bepaald in een zogenoemde ministeriële regeling. Overigens ontleent de desbetreffende ministeriële regeling (hierna ook te noemen: Ontslagbesluit)<sup>271</sup> wat haar inhoud betreft eveneens het een en ander aan het Ontslagbesluit en de UWV Beleidsregels.<sup>272</sup> In artikel 9 Herplaatsing is bepaald dat voor beschikbare passende functies, arbeidsplaatsen moeten worden betrokken waar een vacature voor openstaat of binnen een redelijke termijn zal ontstaan.<sup>273</sup> Daarnaast moeten ook arbeidsplaatsen van tijdelijke werknemers worden betrokken voor zover zij geen tijdelijke arbeid verrichten voor ten hoogste 26 weken.<sup>274</sup> De reikwijdte van het voorstaande treft de gehele groep van de onderneming.<sup>275</sup> In desbetreffende artikel wordt ook vermeld dat er sprake is van een passende functie indien het gaat om een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.<sup>276</sup> Overigens wordt er in het Ontslagbesluit ook gesproken over een uitwisselbare functie. In dat kader heeft men het over een functie die wat betreft de inhoudt, benodigde kennis, vaardigheden, competenties, niveau en beloning gelijkwaardig is aan de uit te wisselende functie.<sup>277</sup> Daarbij dienen de voornoemde factoren in samenhang te worden beoordeeld.<sup>278</sup> De termijn waarin het voorgaande, of te wel het beoordelen en faciliteren van de herplaatsingsmogelijkheden, dient plaats te vinden binnen een redelijke termijn. Ook hier wordt in het Ontslagbesluit het een en ander nader bepaald en wel in artikel 10 van het Ontslagbesluit. In artikel 10 is bepaald dat de duur van de redelijke termijn eenzelfde duur heeft als de opzegtermijn als bedoeld in art. 7:672 BW.<sup>279</sup> Oftewel, eenzelfde termijn als de termijn die de werkgever in acht moet nemen indien die de arbeidsovereenkomst met de werkgever wilt opzeggen. Veelal gelegen tussen 1 maand bij een arbeidsovereenkomst korter dan vijf jaar en 4 maanden bij een arbeidsovereenkomst van 15 jaar of langer.<sup>280</sup> Echter, kan er in de arbeidsovereenkomst of een van toepassing verklaarde cao een ander

---

<sup>268</sup> Idem, p. 85.

<sup>269</sup> Idem, p. 92.

<sup>270</sup> Idem, p. 92.

<sup>271</sup> *Stcrt*, 2015, 12685.

<sup>272</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 7, p. 43.

<sup>273</sup> Art. 9 lid 1 onder a Ontslagbesluit.

<sup>274</sup> Art. 9 lid 1 onder b Ontslagbesluit.

<sup>275</sup> Art. 9 lid 2 Ontslagbesluit.

<sup>276</sup> Art. 9 lid 3 Ontslagbesluit.

<sup>277</sup> Art. 13 lid 1 onder a en b Ontslagbesluit.

<sup>278</sup> Art. 13 lid 2 Ontslagbesluit.

<sup>279</sup> Art. 10 lid 1 Ontslagbesluit.

<sup>280</sup> Art. 7:672 lid 2 BW.

opzegtermijn worden overeengekomen.<sup>281</sup> Daarbij is overigens wel bepaald dat de redelijke termijn aanvangt vanaf het moment waarop wordt beslist omtrent het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.<sup>282</sup> In de parlementaire geschiedenis is gesproken over richtlijnen voor wat betreft de duur van een procedure. Weliswaar sprak men over de ontbindingsprocedure bij het UWV waarbij getracht wordt binnen zes weken een beslissing te laten plaatsvinden.<sup>283</sup> Derhalve niet omtrent de verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter. Daar waar de werkgever een verzoek zal moeten indienen indien die de arbeidsovereenkomst werknemer op grond van disfunctioneren, wilt laten ontbinden.<sup>284</sup> En of de kantonrechter aan eenzelfde termijn is gebonden als het UWV om bij benadering te bepalen wanneer de redelijke termijn gaat lopen als bedoeld in het Ontslagbesluit, is de vraag.

---

<sup>281</sup> Art. 7:672 lid 6 en 8 BW.

<sup>282</sup> Art. 10 lid 4 Ontslagbesluit.

<sup>283</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 7, p. 66.

<sup>284</sup> Art. 7:671b lid 1 onder a BW jo. art. 7:669 lid 3 onder d BW.

## Bijlage III: Beslisboom – disfunctioneren en herplaatsen

### Beslisboom – disfunctioneren en herplaatsen

Het herplaatsen van een disfunctionerende werknemer in een passende functie



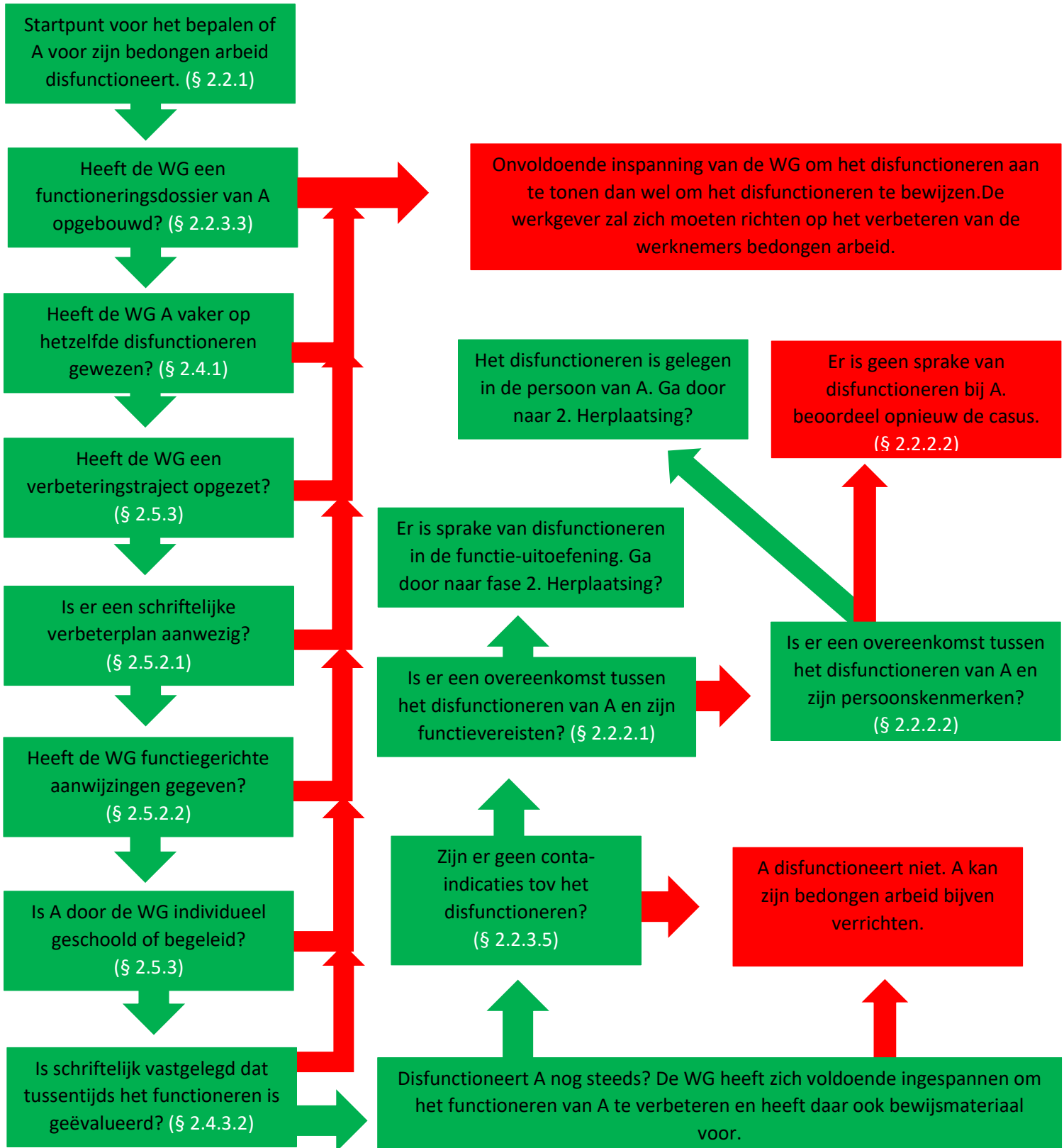
**Toelichting:** Dit document bevat een stapsgewijze beslisboom met drie fasen om te bepalen in wat voor een functie de disfunctionerende werknemer dient te worden herplaatst. De eerste beslisboomfase helpt nagaan of er sprake is van een disfunctionerende werknemer. Mocht daar geen sprake van zijn, dan dient de werkgever zich in te spannen voor het verbeteren van de werknemer in zijn of haar bedongen arbeid. De tweede beslisboomfase helpt nagaan of de disfunctionerende werknemer herplaatst kan worden. Mocht daar geen sprake van zijn, dan vervalt de herplaatsingsverplichting en kan de arbeidsovereenkomst worden ontbonden. Mocht de werknemer wel herplaatst kunnen worden, dan helpt de laatste beslisboomfase in te schatten in wat voor een functie de werknemer herplaatst kan worden.

Volg de **groene pijlen en vlakken** indien een vraag positief beantwoord kan worden en de **rode pijlen en vlakken** indien het antwoord op de vraag negatief is.

In de beslisboom staat A voor de disfunctionerende cliënt/werknemer en WG voor de werkgever van A.

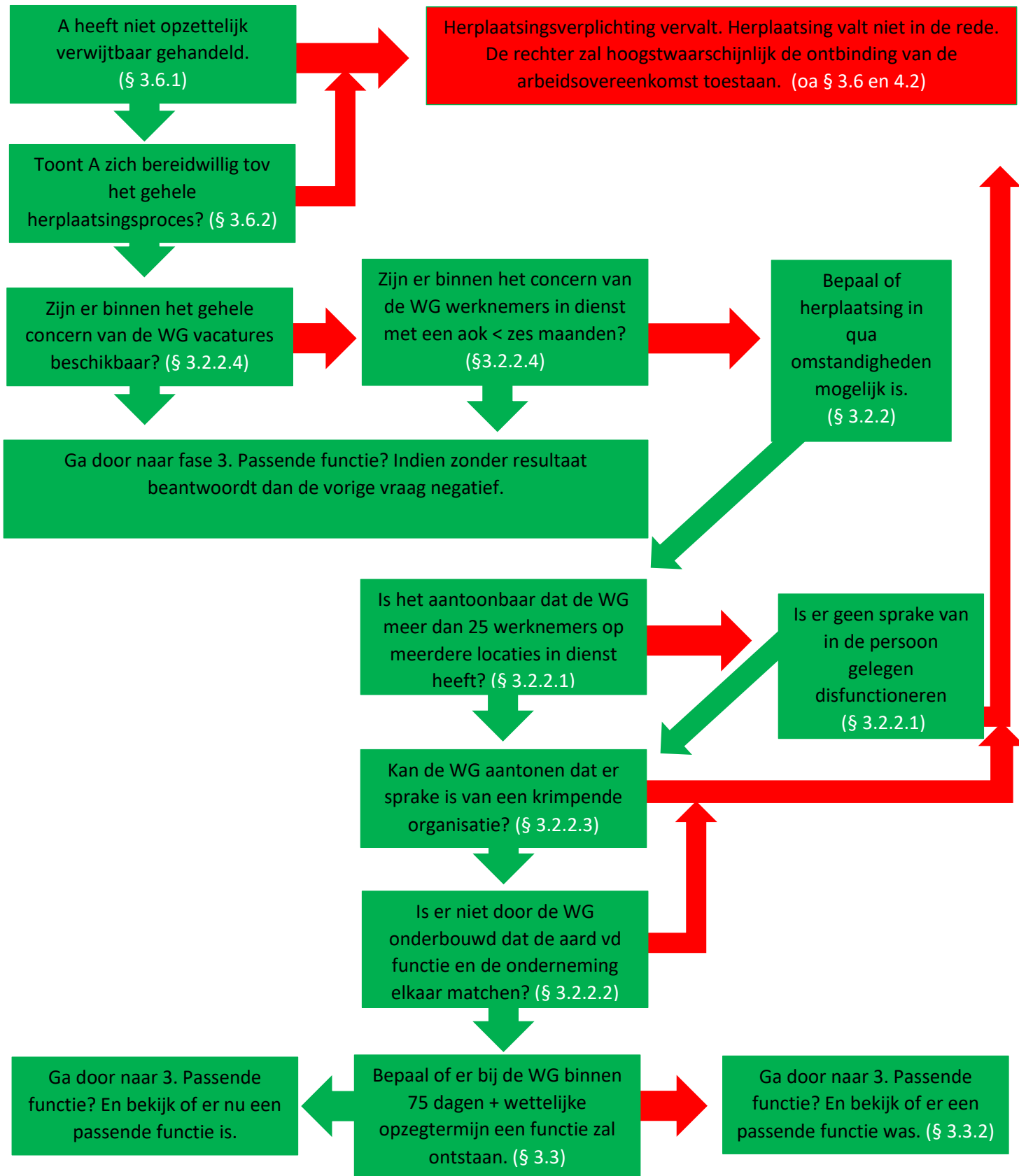
# 1. Disfunctioneren?

Kan je de vraag met 'ja' beantwoorden, dan volg je de groene pijl. Luidt het antwoord 'nee', dan volg je de rode pijl.



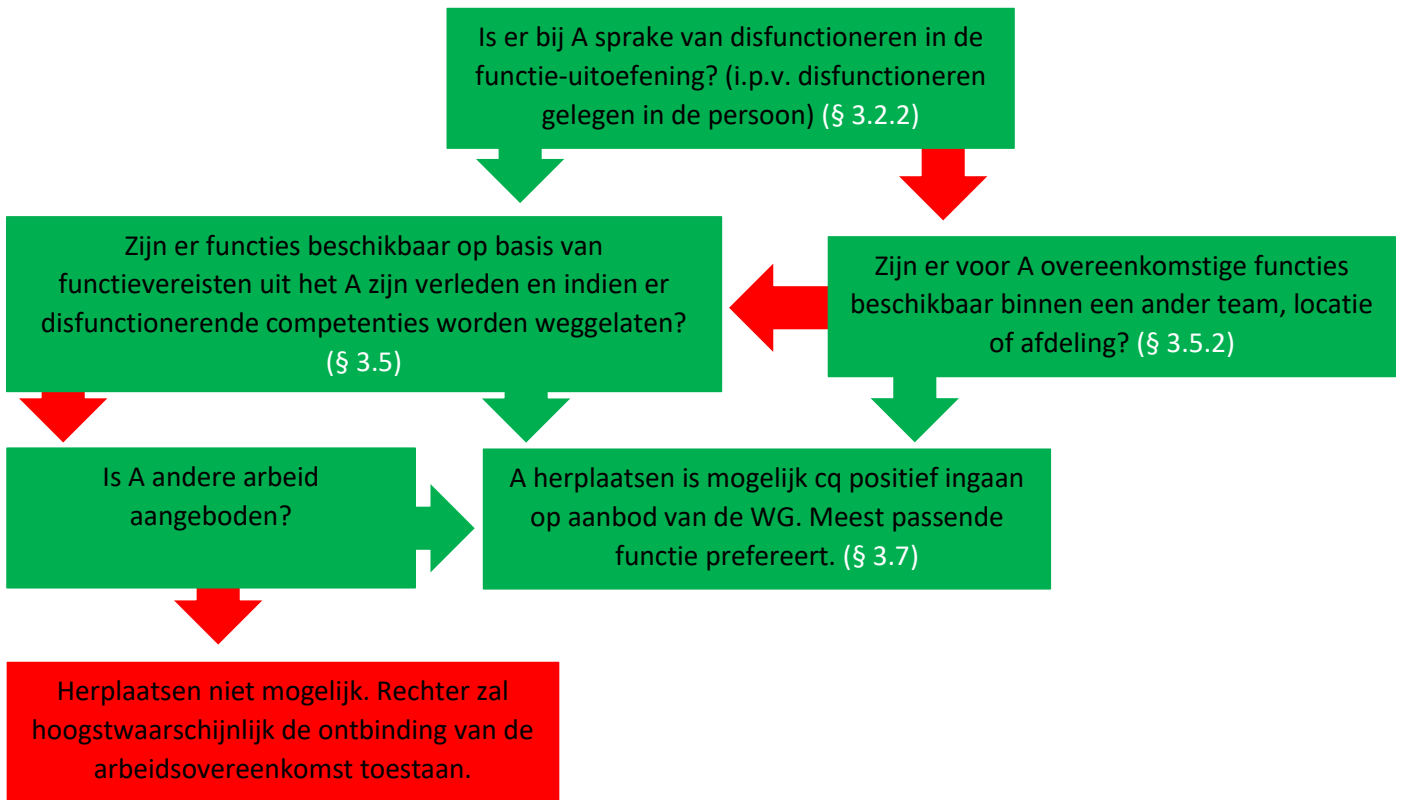
## 2. Herplaatsing?

Kan je de vraag met 'ja' beantwoorden, dan volg je de groene pijl. Luidt het antwoord 'nee', dan volg je de rode pijl.



### 3. Passende functie?

Kan je de vraag met 'ja' beantwoorden, dan volg je de groene pijl. Luidt het antwoord 'nee', dan volg je de rode pijl.



## Bijlage IV: casus ter onderbouwing beslisboom

### Fase 1: Disfunctioneren?

Een lid belt naar het Service Loket van NU'91 met de mededeling dat diens werkgever van mening is dat de werknemer disfunctioneert. Vanwege dat het niet aan de desbetreffende werknemer is om te bewijzen dan wel te bepalen dat of er sprake is van disfunctioneren, bepaald de jurist van het Service Loket dat deze de zaak op zich neemt en contact op zal nemen met de werkgever van het lid om te achterhalen of er daadwerkelijk sprake is van disfunctioneren.

De jurist van het Service Loket heeft contact weten te leggen met de werkgever van het lid. Zowel de jurist, de werkgever als het lid geven de voorkeur aan een fysiek contact en spreken af om in een drieluikgesprek het disfunctioneren te bespreken. Helaas was het niet mogelijk om daadwerkelijk een drieluik gesprek te arrangeren vanwege drie verschillende agenda's. Vandaar dat ervoor gekozen is dat op de dag waarop het lid als werknemer van de maand een dagje uit is, de jurist en de werkgever onderling in gesprek gaan.

Eenmaal aan tafel pakt de jurist de 'Beslisboom – disfunctioneren en herplaatsen' erbij en geeft een kopie daarvan aan de werkgever. De jurist zegt: 'Beste werkgever. Het is feitelijk heel simpel. We volgen fase 1 van deze beslisboom om te bepalen of het lid, uw werknemer disfunctioneert.' We beginnen bij het startpunt, want daar zijn we nu, en volgen vervolgens de pijlen afhankelijk van de beantwoording.

Hebt u een functioneringsdossier van het lid vraagt de jurist, waarop de werkgever een dossier op tafel legt. Bladerend door de papieren merkt de jurist op dat het eerste paar pagina's enkel mailtjes en vergadernota's omvat en vraagt de werkgever om de papierenverslagen van daadwerkelijke functioneringsgesprekken. Het blijkt dat die later zouden volgen. Daarmee wordt de eerste stap positief beantwoord en kan naar de volgende stap worden gegaan. In drie van de vier functioneringsdossiers gaat het erom dat het lid als teamleider de planning van diens afdeling niet op orde heeft.

Oké, zegt de jurist. U laat blijken dat het u te doen is om de planning. Wat hebt u eraan gedaan om het functioneren, oftewel de planvaardigheden van de werknemer, te verbeteren? Ja zeker! Sterker nog, hier hebt u een heel dossier met al dat wat is geprobeerd om het functioneren te verbeteren inclusief een daarvoor opgesteld plan om het een en ander te bewerkstelligen. Daarmee kan de jurist direct wat stappen overslaan en zich op de inhoud van het verbetertraject richten. Uit de inhoud blijkt onder andere dat het lid eerder de planning op orde moet hebben zodat bij eventuele onregelmatigheden eerder kan worden ingegrepen. Nadat uit het traject blijkt dat dit in beginsel het functioneren van het lid niet heeft verbeterd, heeft de werkgever naast een cursus timemanagement ook de hulp van een planner van een andere afdeling ingeroepen om de werknemer te begeleiden.

De werkgever ziet zelf ook dat de jurist telkens een stap verder gaat in de beslisboom waardoor het vaststellen van het disfunctioneren steeds dichterbij komt. Daar maakt de werkgever dan ook een opmerking over waarop de jurist zegt: 'Ja, maar wacht eens even. Het klopt dan wel dat uw dossier op orde is en dat daar in feite het disfunctioneren in de functie-uitoefening van de werknemer blijkt, maar hoe verhoudt dat zich met het gegeven dat u het lid hier nu niet is omdat het u het lid een dagje weg hebt gegeven vanwege het feit dat het lid werknemer van de maand is

geworden? Daarmee weerlegt u zelf in feite het disfunctioneren en derhalve stel ik dat er geen sprake is van disfunctioneren zoals ook uit de volgende twee stappen blijkt.'

## **Fase 2: Herplaatsing?**

Gemakshalve sluit ik aan bij fase 1 met dien verstande dat het lid geen werknemer van de maand is geworden, maar vanwege het niet bereidwillig willen meewerken aan diens herplaatsing in het kader van diens disfunctioneren, dat nu wel vaststaat, niet bij het gesprek tussen de jurist en de werkgever van het lid aanwezig is.

De werkgever kijkt naar fase 2 van de beslisboom en zegt: 'Beste jurist. Mijn werknemer heeft dan wel niets gestolen en heeft niemand kwaad gedaan, maar het feit dat uw lid niet bij dit gesprek aanwezig is, is zo'n beetje de rode draad van het verhaal. Uw lid lijkt namelijk niet bereidwillig dan wel open te staan voor de herplaatsingsverplichting. Uw lid heeft namelijk ook een functie als verzorgende IG zonder meer geweigerd. Wat vindt u daarvan?' De jurist erkent de situatie en volgt de te nemen stappen en bepaald dat de herplaatsingsverplichting van de werkgever komt te vervallen.

Terug op kantoor neemt de jurist contact op met het lid om het bericht met deze te delen. Daarbij merkt de jurist op dat het "jammer" is dat de werknemer niet eerder contact met het Service Loket heeft opgenomen, en wel om de volgende redenen. Hoewel er geen passende vacatures binnen de onderneming openstaan en er ook geen werknemers zijn met een korter dienstverband dan zes maanden, is er door een aankomende fusie met een plaatselijke verzorgingstehuis wellicht wel een passende functie te verwachten. Het ziekenhuis heeft namelijk meer dan 30 werknemers, er is zeker geen sprake van een krimpende organisatie, sterker nog, er is zelfs sprake van een groeiende organisatie en de aard van de functie van de werknemer, verpleegkundige IC, behoort tot de normale praktijk van het ziekenhuis en verpleegkundige zijn ook te vinden in het verzorgingstehuis. De werkgever zegt al twee maanden bezig te zijn met het herplaatsen van de werknemer. Dus valt daarmee in ieder geval binnen de redelijke termijn van 75 dagen exclusief de wettelijke opzegtermijn. En die bedraagt drie maanden omdat het lid langer dan tien jaar bij de werkgever in dienst is. Oftewel de herplaatsingsverplichting voor de werkgever bestaat nog minimaal drie maanden. En raad eens. Over twee maanden wordt de fusie afgerond.

## **Fase 3: Passende functie?**

Verdergaand bij de vorige twee fasen blijkt uit fase 1 dat het lid disfunctioneert in de functievereisten. De verzorgende IG functie is nog steeds beschikbaar bij het verzorgingstehuis. Het is geen leidinggevende functie. Daar waar het lid op disfunctioneert. Dan blijft nog wel de vraag over in hoeverre een functie als verzorgende overeenkomt. Wat wel blijkt is dat het lid voordat deze bij diens huidige werkgever in dienst trad, zich als verzorgende tot een verpleegkundige had opgewerkt in een verzorgingstehuis. Nergens uit blijkt dat er vooralsnog een passerende functie voorhanden is. Het is niet alleen een goed aanbod van de werkgever geweest, het lid, als werknemer had zelfs positief op het aanbod moeten ingaan en de functie van verzorgende IG moeten accepteren.