



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek Rechtspraak Wwz**

Barentsen, B.; Erkens, M.Y.H.G.; Doorn, H.L.

### **Citation**

Barentsen, B., Erkens, M. Y. H. G., & Doorn, H. L. (2017). Kroniek Rechtspraak Wwz. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 2017(6/7), 14-18. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/56379>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/56379>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Kroniek Rechtspraak Wwz

Prof. mr. B. Barentsen & mr. dr. M.Y.H.G. Erkens, m.m.v. H.L. Doorn, datum 23-05-2017

**Datum**

23-05-2017

**Auteur**

Prof. mr. B. Barentsen & mr. dr. M.Y.H.G. Erkens, m.m.v. H.L. Doorn<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

Deze kroniek betreft de Wwz-rechtspraak in de periode februari 2017-maart 2017.

## 1. Wwz-algemeen

### 1.1 Aanzegeplicht

Een werknemer krijgt ruim een maand voor het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mondeling te horen dat hij enkel kan blijven werken indien hij bij een payrollbedrijf in dienst treedt. Hij stemt daarmee in en tekent de overeenkomst met het payrollbedrijf, maar komt hier een maand na indiensttreding op terug. Hij vordert een aanzegvergoeding van de 'oude' werkgever. Hoewel de aanzegging mondeling was, oordeelt de kantonrechter dat voor werknemer geen onduidelijkheid bestond over het (niet) voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Daarom is er geen recht op een aanzegvergoeding.<sup>[2]</sup>

De Kantonrechter Maastricht is van oordeel dat het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst, enkele dagen voor het einde van de lopende arbeidsovereenkomst, de werkgever niet ontslaat van de aanzegverplichting.<sup>[3]</sup> Dat de werknemer zelf geen verlenging van de arbeidsovereenkomst wenst, ontslaat de werkgever daar evenmin van.<sup>[4]</sup> Ook is het niet toegestaan om de aanzegvergoeding van art. 7:688 lid 1 BW te vervangen door loon over één maand (onder vrijstelling van arbeid).<sup>[5]</sup> Er zou betoogd kunnen worden dat in deze drie gevallen ook geen onduidelijkheid bestond over het voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Het is dus de vraag of het door de Haagse kantonrechter in eerstgenoemde zaak gekozen criterium wel zo onderscheidend is.

### 1.2 Transitievergoeding

Het antwoord op de vraag of de uitsluiting van transitievergoeding bij ontslag na AOW-leeftijd (art. 7:673 lid 7 BW) discriminatoir is, blijft nog even onduidelijk. Partijen royeerden hun hoger beroep dat voor het Hof 's-Hertogenbosch reden was om hierover prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad.<sup>[6]</sup>

De werkgever is de transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste *exact* 24 maanden heeft geduurd. En dus niet pas na 24 maanden en één dag. Een PGB-houder is weliswaar een wat apart soort werkgever, maar dient gewoon een transitievergoeding te betalen bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de zorgverlener.<sup>[7]</sup>

In een discussie over de vraag of een cao-bepaling aan te merken viel als een gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b lid 1 BW, is de Kantonrechter Arnhem van oordeel dat beslissend is of er sprake is van gelijkwaardigheid voor de *individuele werknemer*. Het gaat niet om 'globale' gelijkwaardigheid, zoals werkgever stelde.<sup>[8]</sup>

Daarnaast dienden zich deze twee maanden drie zaken aan waarin art. 24 Ontslagregeling centraal stond.<sup>[9]</sup> In geen van deze zaken voldeed de werkgever aan de in art. 24 Ontslagregeling neergelegde criteria om gebruik te maken van de overbruggingsregeling van art. 7:673d BW.

## 2. Wwz-ontbindingsverzoeken

### 2.1 a-grond

In een uitspraak van het Hof Amsterdam staat het begrip 'bedrijfsvestiging' (art. 14 Ontslagregeling) centraal.<sup>[10]</sup> Het Hof komt tot een andere uitleg dan het UWV en de kantonrechter. Zie over deze zaak verder onder Verdieping.

## 2.2 d-grond

Vier maanden biedt volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden onvoldoende verbeterkans voor de werknemer nadat zij in kennis is gesteld van haar disfunctioneren. Weliswaar gaat het om een manager en was er wel al wat discussie over haar werk, maar daarmee is nog niet gezegd dat disfunctioneren voor oktober 2015 duidelijk aan de orde is gesteld.<sup>[11]</sup> In een andere zaak volgt wel ontbinding, nu de werkgever het disfunctioneren goed heeft gesignaleerd en besproken én werknemer genoeg ruimte heeft gegeven voor verbetering.<sup>[12]</sup> Een andere zaak betreft een werknemer die na een reorganisatie in een andere functie was geplaatst. In juli 2014 is het disfunctioneren in die nieuwe functie besproken en is er een verbetertraject van 15 maanden ingezet. Dit is voldoende volgens het Hof 's-Hertogenbosch.<sup>[13]</sup>

De herplaatsingsplicht blijft een lastige hobbel, zeker voor grote werkgevers die aanturen op een disfunctioneringsontslag. In de hiervoor genoemde uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden weegt dat element ook mee. In de uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden van 22 maart 2017 is er een bijna voldragen d-grond: disfunctioneren, tijdige inkennisstelling en een verbetertraject van anderhalf jaar. Gezien de grootte van het bedrijf heeft de werkgever zich echter te passief opgesteld bij herplaatsing. Sollicitaties faciliteren is onvoldoende en dus is er niet voldaan aan de herplaatsingsplicht.<sup>[14]</sup>

In andere zaak was sprake van disfunctioneren met betrekking tot een fractie van de totale werkzaamheden (de administratie was niet op orde). Volgens de kantonrechter rechtvaardigde dit niet een ontbinding op de d-grond.<sup>[15]</sup>

## 2.3 e-grond (verwijtbaar handelen)

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat het handelen van een werknemer lijkt te zijn ingegeven door stress, achterdochtigheid en angst voor ontslag. Op grond daarvan is het hof van oordeel dat dat gedrag niet *toerekenbaar* is en wordt het verzoek op de e-grond afgewezen. In een vorige kroniek bespraken wij in de verdieping dat de persoonlijke omstandigheden soms wel en soms niet worden meegewogen. Er dient daarom duidelijkheid te komen omtrent de relevantie van het meewegen van persoonlijke omstandigheden bij verwijtbaar handelen.<sup>[16]</sup> Een variant is de persoonlijke omstandigheden niet mee te nemen bij de vraag of het ontslag toelaatbaar is, maar alleen bij de vergoeding. Het nemen van een hap uit een donut is ernstig verwijtbaar, maar vanwege de persoonlijke omstandigheden en de gevolgen voor haar van het ontslag kent de kantonrechter alsnog 50% van de transitievergoeding toe.<sup>[17]</sup> Andere rechters betrekken de omstandigheden wel bij de vraag of ontslag toegestaan is. Het Hof Arnhem-Leeuwarden komt met een nieuwe variant daarop, door de persoonlijke omstandigheden mee te nemen bij de vraag of de gedragingen van de werknemer *toerekenbaar* zijn.

Een ambulanceverpleegkundige verstrekt illegaal via haar man verkregen viagra-pillen aan met impotentie kampende collega's, en wel ambulancechauffeurs. Ze geeft daar geen bijsluiters bij, maar weet dat deze pillen invloed hebben op de rijvaardigheid. Dit gedrag acht het Hof Arnhem-Leeuwarden ernstig verwijtbaar.<sup>[18]</sup> Hetzelfde hof acht in een andere zaak seksuele intimidatie op de werkvloer bewezen, dat levert ook ernstig verwijtbaar handelen op.<sup>[19]</sup> Een andere werknemer heeft zich tijdens vakantie meerdere malen niet gehouden aan de ziekteverzuimvoorschriften en is daar al drie keer voor gewaarschuwd. Daarnaast laat werknemer na, ondanks uitdrukkelijke verzoeken van werkgever, informatie te verstrekken. Dit levert ook ernstig verwijtbaar handelen op.<sup>[20]</sup> Een andere zaak betreft een zorgcoördinator die tijdens gesprekken met jonge vrouwelijke studenten fysiek contact met hen heeft gemaakt (door middel van een val oefening) en hen ook zonder aanleiding persoonlijke vragen met een seksueel karakter stelt. Wegens dit grensoverschrijdende gedrag is ook hier ernstig verwijtbaar handelen aangenomen.<sup>[21]</sup>

Zonder enige uitleg niet meer op het werk verschijnen en onbereikbaar zijn voor de werkgever wordt ernstig verwijtbaar geacht.<sup>[22]</sup> Dit is een primeur: in eerdere uitspraken is in dit soort gevallen niet de e- maar de h-grond gehanteerd.<sup>[23]</sup>

## 2.4 g-grond

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat de schuldvraag bij de verstoorde arbeidsverhouding niet relevant is: 'het hof acht in beginsel niet van belang aan wie de verstoring van de arbeidsrelatie te wijten is, maar slechts of de verstoring ernstig en duurzaam is. Dat kan anders zijn wanneer de verstoring van de verhoudingen is gecreëerd met het uitsluitende doel een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te forceren op de g-grond'.<sup>[24]</sup>

Een zaak bij het Hof Den Haag draait om de afwijzing van een ontbindingsverzoek door de kantonrechter. De verstoring van de relatie is volgens de kantonrechter in overwegende mate aan werkgever te verwijten. In hoger beroep staakt de werknemer zijn verzet tegen de ontbinding, zodat het hof zich niet over de schuldvraag hoeft uit te spreken.<sup>[25]</sup> De Kantonrechter Amsterdam besteedt evenmin aandacht aan de schuldvraag en focust op de vraag of de verhouding ernstig en duurzaam is verstoord. Daarna komt de vraag naar ernstige verwijtbaarheid pas aan bod, bij de billijke vergoeding.<sup>[26]</sup>

Een andere benadering bestaat ook. De Kantonrechter Haarlem acht de arbeidsverhouding niet zodanig verstoord dat

ontbinding gerechtvaardigd is, mede in aanmerking genomen dat de verstoring door werkgever in de hand is gewerkt.<sup>[27]</sup>

De Kantonrechter Maastricht oordeelde dat de arbeidsverhouding in de subjectieve beleving van werkgever verstoord is, maar dat er voor deze verstoring geen objectieve rechtvaardiging in de gedragingen van werknemer te vinden is.<sup>[28]</sup> Interessant aan deze redenering is dat een subjectieve verstoring niet gelijk wordt gesteld met een objectieve verstoring. Een werkgever kan proberen de verwijten aan te dikken, maar dit maakt nog niet dat een kantonrechter hierin mee gaat.

## 2.5 h-grond

De hoven houden de ruimte voor de h-grond klein. Bij het Hof Arnhem-Leeuwarden tracht de werkgever door middel van de h-grond ontbinding te bewerkstelligen, nadat disfunctioneren niet vast is komen te staan. Het hof ziet dit als een poging tot reparatie van de d-grond via de h-grond en wijst het verzoek af. Dat het een hoge manager betreft, maakt het volgens het Hof niet anders.<sup>[29]</sup>

De Kantonrechter Utrecht lijkt de h-grond te hebben aangewend als i-grond, te weten: 'impasse'. Er is in dit geval geen sprake van verwijtbaar handelen of van een verstoorde arbeidsverhouding, maar werknemer en werkgever kunnen simpelweg niet meer met elkaar verder.<sup>[30]</sup> In een andere zaak speelt het opzegverbod tijdens ziekte. De werkgever krijgt geen toestemming voor opzegging, omdat de onderneming nog niet helemaal gestaakt wordt. De laatste winkelvoorraden worden nog verkocht. De Kantonrechter Nijmegen oordeelt dat het verzoek op de h-grond toewijsbaar is. Het opzegverbod geldt niet, omdat de werknemer heeft aangevoerd dat continuering van de arbeidsovereenkomst aan haar herstel in de weg staat.<sup>[31]</sup> Het interessante aspect van deze zaak is dat zowel werknemer als werkgever belang hebben bij ontbinding. De werkgever kan het niet meer opbrengen om de werknemer nog te re-integreren en werknemer kan niet meewerken aan ziek uit dienst gaan op een andere manier zonder een benadelingshandeling in de zin van de Ziektewet te plegen. Een patstelling dus, waarvoor de kantonrechter wellicht een uitweg heeft gevonden.

## 3. Opzegging, inclusief ontslag op staande voet

Een bestuurder wordt ontslagen door de aandeelhoudersvergadering. Daarop stapt deze werknemer naar de rechter voor een billijke vergoeding wegens de inzet van buitensporige onderzoeksmethoden. De rechter oordeelt dat de door werkgever gebruikte opsporingsmiddelen disproportioneel zijn en dat werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De billijke vergoeding is bepaald op € 20.000 (overeenkomstig verzoek werknemer), waarbij de rechter meeweegt dat werknemer tevens aanspraak maakt op de contractuele 'exitregeling' (€ 345.694,54).<sup>[32]</sup>

De Kantonrechter Den Haag stelt de billijke vergoeding vast op € 10.000, waarbij wordt meegewogen dat het een kleine werkgever betreft die het financieel niet heel breed heeft. Daarnaast weegt mee dat de werknemer recht heeft op een aanzienlijke transitievergoeding.<sup>[33]</sup> De Kantonrechter Utrecht stelt de billijke vergoeding ook vast op een rond bedrag (€ 40.000). De rechter redeneert vanuit het punitieve karakter van de billijke vergoeding en beargumenteert dat deze een prikkel moet vormen voor werkgeefster om fout gedrag (niet ingrijpen bij zwartmakerijen) in de toekomst achterwege te laten.<sup>[34]</sup>

De Kantonrechter Roermond betreft de gedragingen van werknemer bij de beoordeling van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De billijke vergoeding wordt vastgesteld op een bruto maandsalaris, waarbij de rechter meeweegt dat werknemer zelf ook niet helemaal brandschoon is.<sup>[35]</sup> In een andere zaak oordeelt Kantonrechter Zutphen dat het beëindigen van de arbeidsovereenkomst geheel aan de werknemer zelf te wijten is, hoewel er in strijd met de geldende voorschriften is opgezegd. De billijke vergoeding wordt daarom vastgesteld op slechts één maandsalaris (€ 3.250) te vermeerderen met de pensioenschade.<sup>[36]</sup> De Kantonrechter Leeuwarden stelt de billijke vergoeding vast op € 1.000 bij een opzegging van een langdurig zieke werknemer zonder toestemming van het UWV. Bij het bepalen van de waarde van de 'alternatieve arbeidsovereenkomst' overweegt de rechter dat de werkgever de toestemming wel zou hebben gekregen indien zij deze had aangevraagd.<sup>[37]</sup> De Kantonrechter Amsterdam ziet de billijke vergoeding opvallend genoeg als verzameling van een aantal bedragen: de eindafrekening, de transitievergoeding en vergoeding voor geleden schade (begroot op de helft van de transitievergoeding) worden in de vergoeding van € 38.500 meegenomen.<sup>[38]</sup>

In het geval van een nietig proeftijdontslag is de rechtsgrond voor 'onregelmatige opzeggingsvergoeding' art. 7:677 BW, en niet art. 7:672 lid 10 BW.<sup>[39]</sup>

## 4. Procesrecht

De voorwaardelijke ontbinding blijft een *hot topic*, zo blijkt uit de tweede Wwz-beschikking die de Hoge Raad op 31 maart wees.<sup>[40]</sup> Hierin wordt het oordeel uit de Mediant-beschikking herhaald en verhelderd.<sup>[41]</sup> Als de rechter in eerste aanleg oordeelt dat het ontslag op staande voet standhoudt, mag er geen voorwaardelijke ontbinding worden uitgesproken met het oog op mogelijk herstel in hoger beroep. De appelrechter moet zijn bevoegdheid in volle omvang kunnen uitoefenen.

Daarnaast merkt de Hoge Raad op dat ook de appelrechter een voorwaardelijke ontbinding kan uitspreken. De Kantonrechter Utrecht acht een uitzondering op de (normaliter) strikte handhaving van de vervaltermijn uit art. 7:686a lid 4 BW gerechtvaardigd.<sup>[42]</sup> Het betrof een uitzonderlijke situatie, waarin werkneemster als gevolg van onduidelijke correspondentie van de zijde van de werkgever (en gelieerde vennootschappen) haar verzoekschrift tegen de moedervenootschap (tijdig) had ingediend in plaats van tegen de dochtervenootschap die de werkgever was.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat een switch van vernietiging naar een billijke vergoeding wegens een ondeugdelijk ontslag in hoger beroep niet is toegestaan, indien deze switch buiten de vervaltermijn plaatsvindt (art. 7:686a lid 4 BW).<sup>[43]</sup>

#### 4.1 De rechterlijke lijn: opvolgend werkgeverschap

Met de Wwz is het begrip van opvolgend werkgeverschap in art. 7:668a BW ingrijpend gewijzigd. Ook zonder 'zodanige banden' tussen de oude en de nieuwe werkgever dat deze laatste inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, kan er sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. De eis van 'zodanige banden' is afkomstig uit het *Van Tuinen*-arrest<sup>[44]</sup>, maar daarvan is in het nieuwe art. 7:668a BW uitdrukkelijk afscheid genomen. Voldoende is als de werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als de opvolgend werkgever kan worden beschouwd.

In verschillende zaken rees de vraag op basis van welk criterium het opvolgend werkgeverschap nu vastgesteld dient te worden: het oude *Van Tuinen*-criterium of het criterium zoals dat sinds 1 juli 2015 in de wet staat. Art. XIIIe Wwz voorziet in overgangsrecht voor de gewijzigde maximale termijn voor tijdelijke contracten en voor de minimale tussenpozen, maar niet voor opvolgend werkgeverschap.

Het Hof Arnhem Leeuwarden oordeelt dat het recht zoals dat gold op het moment dat de opvolging zou hebben plaatsgevonden moet worden gehanteerd.<sup>[45]</sup> Het Hof 's-Hertogenbosch sluit zich hierbij aan en acht beslissend of de werkgever al voor 1 juli 2015 redelijkerwijs geacht moet worden opvolgend werkgever te zijn.<sup>[46]</sup> Die vraag dient volgens het hof beantwoord te worden aan de hand van het recht dat gold vóór inwerkingtreding van de Wwz, dus aan de hand van het *Van Tuinen*-criterium. Aan art. 7:668a lid 2 BW is geen terugwerkende kracht verleend. Het hof gaat uit van de hoofdregel van overgangsrecht, *onmiddellijke werking*. Dat houdt in dat het nieuwe recht terstond van toepassing is op dat wat ten tijde van de inwerkingtreding *bestaat* en op hetgeen zich *na* inwerkingtreding voordoet. Of er voor inwerkingtreding opvolgend werkgeverschap bestaat moet daarom aan de hand van de destijds geldende regels worden beoordeeld. Dit ligt in lijn met de regel dat de geldigheid van rechtshandelingen aan de hand van het ten tijde van die handelingen geldende recht moet worden beoordeeld.

De Kantonrechter Enschede boog zich eerder over de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap bij doorstart uit faillissement (na pre-pack). De rechter oordeelde in lijn met bovenstaande uitspraken. Toepassing van het nieuwe art. 7:668a lid 2 BW op een opvolging voor 1 juli 2015 met een beroep op onmiddellijke werking zou feitelijk leiden tot terugwerkende kracht. Dat is in strijd is met de rechtszekerheid. De rechter past daarom wederom de 'Van Tuinen-toets' toe.<sup>[47]</sup>

#### 4.2 De verdieping: bedrijfseconomisch ontslag

Een werkgever moet zich tot het UWV richten wanneer hij een werknemer wil ontslaan vanwege bedrijfseconomische redenen. Voor de inwerkingtreding van de Wwz was er geen beroep mogelijk tegen een beslissing van het UWV.

Sinds 1 juli 2015 kan een werkgever, wanneer de toestemming voor ontslag niet is verleend, zich op grond van art. 7:671b lid 1 sub b BW tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van bedrijfseconomische redenen. Heeft het UWV toestemming verleend en is de werknemer van mening dat dat niet terecht was, dan kan hij op grond van art. 7:682 lid 1 onder a BW aan de kantonrechter vragen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De rechter toetst aan dezelfde criteria als het UWV – of een bij cao ingestelde ontslagcommissie. Dat betekent, dat ook de kantonrechter het UWV-regelkader gaat toepassen en invullen. Dat biedt kansen voor rechtzoekenden en uitdagingen voor de rechtspraak. Uit de rechtspraak tot nu toe blijkt niet dat de rechter het oordeel van het UWV terughoudend toetst. en het ontslag in het algemeen toelaatbaar of juist toegestaan acht op grond van de door het UWV verrichte beoordeling. Het is overigens ook goed mogelijk dat de rechter anders oordeelt, omdat het UWV niet over voldoende gegevens beschikte en partijen dat pas 'in beroep' herstellen.<sup>[48]</sup>

De kantonrechter die zich uit moet spreken na een UWV-beslissing kan ook gevraagd worden om *zelf* de gehanteerde begrippen toe te passen en uit te leggen. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van het Hof Amsterdam van 14 maart 2017, waarin het hof zich buigt over de vraag of sprake was van verval van werkzaamheden en een zelfstandige bedrijfsvestiging. In tegenstelling tot de kantonrechter en het UWV, oordeelt het hof dat van verval van werkzaamheden geen sprake is en dat evenmin kan worden gesproken van zelfstandige bedrijfsvestigingen. Omdat herstel van de arbeidsovereenkomst 'niet in de rede ligt', wijst het hof een billijke vergoeding (van € 25.000 bruto) toe.

De belangrijkste vraag bij beoordeling van de a-grond is of er een bedrijfseconomische noodzaak is voor het beoogde

ontslag. De werkgever moet deze noodzaak aantonen. Bij de toetsing moet de rechter – evenals het UWV – een zekere mate van terughoudendheid in acht nemen, omdat er voor de werkgever/ondernemer ruimte moet zijn om de beslissing tot het verval van arbeidsplaatsen te nemen. Gelet op zijn ondernemersvrijheid is het aan de werkgever om te beslissen hoe hij de werkzaamheden in zijn bedrijf organiseert en welke werkzaamheden er verricht dienen te worden.<sup>[49]</sup>

Bij het toetsen van de bedrijfseconomische noodzaak van het ontslag gelden de regels uit de Ontslagregeling en de daarop gebaseerde uitvoeringsregels. De ondernemer dient een vaste ontslagvolgorde aan te houden door toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Selecteren op kwaliteit is bij bedrijfseconomisch ontslag nagenoeg onmogelijk.

Om toch te kunnen selecteren, is de zogenoemde stoelendans-methode ontwikkeld. Die houdt kort gezegd in dat de werkgever een functie opheft en vervangt door een nieuwe functie. De werknemers die in de opgeheven functie werkten, kunnen solliciteren naar de nieuwe, net gecreëerde functie. Daarbij kan de werkgever selecteren op basis van de criteria die hem goeddunken. De vraag die daarbij opkomt, is of de nieuwe functie uitwisselbaar is met de oude. Wanneer dat het geval is, moet de werkgever het afspiegelingsbeginsel toepassen bij het herplaatsen van de werknemers van wie de oude functie is vervallen. Hij kan dan dus niet selecteren op kwaliteit. Is er werkelijk sprake van een nieuwe functie, dan kan de stoelendans beginnen.

Over die stoelendans-methode gingen twee uitspraken die in de beschreven periode werden gepubliceerd.<sup>[50]</sup> In beide zaken waren de werknemer respectievelijk de vakbonden het niet eens met de herindeling van de functies door de werkgever. In het ene geval werd bij Monuta de functie 'uitvaartverzorger' vervangen door de functie 'uitvaartverzorger nieuwe stijl'. In het andere geval maakten bij KLM de functies Teamleider en Manager Passenger Services plaats voor de nieuwe functie van Shiftleader. De werknemer en vakbonden waren van mening dat de nieuwe functies uitwisselbaar waren met de oude en dat daarom de ontslagvolgorde conform het afspiegelingsbeginsel moest worden bepaald. Nu het in beide zaken ging om een kort geding, waarin alleen een voorlopig oordeel kan worden gegeven, bleven beide rechters weg van het beantwoorden van de vraag naar uitwisselbaarheid. In een bodemprocedure zou die vraag wél in volle omvang voorliggen bij de rechter. De uitspraken vormen wel een sterke aanwijzing dat de stoelendansmethode ook onder de Wwz mogelijk is.<sup>[51]</sup>

Het bijzondere van deze zaken is ook dat opschorting van de reorganisatie of de sollicitatieprocedure gevorderd wordt. Ook daar willen de kantonrechters niet aan. In de *Monuta*-zaak rechtvaardigt de onzorgvuldige sollicitatieprocedure volgens de kantonrechter niet de stopzetting van de reorganisatie, en ontbreekt daarvoor ook het spoedeisend belang. In de zaak tegen de KLM overweegt de rechter dat het stopzetten van de sollicitatieprocedure diep zal ingrijpen in de uitvoering van de reorganisatieplannen, zeker tegen de achtergrond dat de eisers zelf lang hebben gewacht met het aanspannen van een procedure.

Uit de Ontslagregeling (en uitvoeringsregels) volgt dat 'in een situatie waarin een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere niet-uitwisselbare functie, het in de rede ligt dat de werknemer die hiervoor geschikt is en op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen, als eerste in de gelegenheid wordt gesteld deze functie – na sollicitatie – te aanvaarden'.<sup>[52]</sup> Precies in dit sollicitatie-aspect zit de crux: de werkgever kan nog steeds bepalen wie geschikt zijn en wie niet.

Naar onze mening zit de toegevoegde waarde van het 'beroep' op de kantonrechter na een UWV-beslissing met name in de toepassing en uitleg van de gehanteerde begrippen uit de Ontslagregeling. UWV-beslissingen daarover zijn (en waren onder het oude ontslagrecht) beperkt kenbaar én toetsbaar. De rechter mag – moet – een eigen afweging maken over de toelaatbaarheid van het ontslag.

Een meer 'marginale positie' neemt de voorzieningenrechter in. Om in kort geding aan een reorganisatie een halt toe te roepen, moet de werknemer van zeer goeden huize komen. Daarvoor zal hij immers moeten kunnen aantonen dat 'met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat de functies uitwisselbaar zijn', aldus de Kantonrechter Amsterdam. Hoewel het de vraag is of elke kantonrechter een dermate strenge maatstaf aanlegt, zal het ook bij een minder absoluut geformuleerde norm lastig zijn met een kort geding reorganisatieplannen van de werkgever te doorkruisen.

Voetnoten

[1]

B. Barentsen, Y. Erkens en H. Doorn zijn alle drie verbonden aan de afdeling Sociaal recht van de Universiteit Leiden. De eersten als respectievelijk hoogleraar en universitair hoofddocent, de laatste als student-assistent. B. Barentsen is raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag, Y. Erkens is kantonrechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Limburg.

[2]

Ktr. Den Haag 7 maart 2017, *AR-Updates* 2017-0321.

[3]

Ktr. Maastricht 6 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2050.



[4]

Ktr. Maastricht 20 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1518.

[5]

Ktr. 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, *AR-Updates* 2017-0227.

[6]

Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954.

[7]

Ktr. Maastricht 9 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2220.

[8]

Ktr. Arnhem 8 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079.

[9]

Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:858; Ktr. Maastricht 16 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2400; Ktr. Rotterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1931.

[10]

Hof Amsterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:842.

[11]

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2284, zie ook Ktr. Gouda 21 februari 2017, *AR-Updates* 2017-0272.

[12]

Hof Amsterdam 14 maart 2017, *AR-Updates* 2017-00340, zie voor duidelijk traject ook: Ktr. Zwolle 8 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:795.

[13]

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

[14]

Ktr. Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNE:2017:973.

[15]

Ktr. Leeuwarden 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566.

[16]

Zie onze eerdere kroniek in *TRA* 2017/27, onder 3.

[17]

Ktr. Zaanstad 20 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2592

[18]

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984.

[19]

Hof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1561.

[20]

Ktr. Den Haag 16 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2625.

[21]

Ktr. Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1415.

[22]

Ktr. Den Haag 2 maart 2017, *AR-Updates* 2017-0309.

[23]

Zie Ktr. Maastricht 23 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2084, Ktr. Utrecht 22 december 2016, *AR-Updates* 2016-0709.

[24]

Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:958.

[25]

Hof Den Haag 14 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:566.

[26]

Ktr. Amsterdam 10 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1599.

[27]

Ktr. Haarlem 6 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:291.

[28]

Ktr. Maastricht 24 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1927.

[29]

Hof Arnhem Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2284.

[30]

Ktr. Utrecht 15 maart 2017, *AR-Updates* 2017-0331.

[31]

Ktr. Nijmegen 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1076.

[32]

Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015.

[33]

Ktr. Den Haag 7 maart 2017, *AR-Updates* 2017-0259.

[34]

Ktr. Utrecht 22 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:543.

[35]

Ktr. Roermond 20 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2517.

[36]

Ktr. Zutphen, 8 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1245.

[37]

Ktr. Leeuwarden, 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:568.

[38]

Ktr. Amsterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1945.

[39]

Hof 's Hertogenbosch 16 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:537.

[40]

HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571.

[41]

HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, *AR-Updates* 2016-1482, m.nt. Kruit.

[42]

Ktr. Utrecht 22 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:543.

[43]

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2283.

[44]

HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2010:BW9603.

[45]

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977.

[46]

Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859.

[47]

Ktr. Enschede 19 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5248; Ktr. Enschede 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232.

[48]

Zie bijv. Ktr. Amsterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7734 en Ktr. Den Haag 24 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14618.

[49]

*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 31; [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7](#), p. 95.

[50]

Ktr. Apeldoorn 30 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:559, *JAR* 2017/43, m.nt. C.G.M. Fruytier en Ktr. Amsterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:893, *JAR* 2017/41, m.nt. C.G.M. Fruytier.

[51]



Zie ook Ktr. Amsterdam 1 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5654 en de noot van Fruytier in *JAR* 2016/236.

[\[52\]](#)

Art. 9 lid 1 sub a Ontslagregeling en Ontslagregeling toelichting p. 15 en 16, zie ook de UWW Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, p. 67.