Juridisch up to Date

2018-0077 - Juridisch up to Date 2018-11 d.d. 08-06-2018
Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

Hoge Raad spreekt zich uit over d-grond (disfunctioneren) en g-grond (verstoor-de arbeidsverhouding)

Inleiding

Op 16 februari 2018 heeft de Hoge Raad op 1 dag twee uitspraken gedaan in WWZ-zaken. In de eerste zaak boog de Hoge Raad[1] zich over de vraag welke beoorde-lingsmaatstaf de rechter moet hanteren bij de beoordeling van disfunctioneren van een werknemer en welke eisen moeten worden gesteld aan het bewijs van de relevante feiten en omstandigheden. In de tweede zaak werd uitspraak gedaan over de verstoorde arbeidsverhouding[2] en meer specifiek over de vraag of voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer en/of werkgever vereist is. De twee arresten worden in dit artikel besproken.

Wat staat er in de wet?

In artikel 7:669 BW staat dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan 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 functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De redelijke gronden zijn verder uitgewerkt in lid 3 van ditzelfde artikel. Onder een redelijke grond wordt onder meer verstaan (artikel 7:669 lid 3 sub d BW): "*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 geteld 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*". In artikel 7:669 lid 3 sub g BW staat: "een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren".

Feiten

In de eerste zaak treedt werknemer op 1 juni 1990 in dienst bij Ducor, laatstelijk in de functie van facilitair manager. In 2015 doet werkgever een voorstel om over te gaan tot herplaatsing in een andere functie, als gevolg waarvan werknemer zich ziek meldt wegens spanningsklachten. Decor vraagt de kantonrechter uiteindelijk de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de d-grond (disfunctioneren) dan wel de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding). De kantonrechter wijst het ontbindingsverzoek af. Het hof komt vervolgens tot een ander oordeel en stelt dat de ontbinding van Decor ten onrechte is afgewezen. Het hof stelt dat Decor voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van ongeschiktheid van werknemer voor zijn functie en dat werknemer voldoende tijd is geboden om zijn functioneren te verbeteren. Herplaatsing ligt niet in de rede. Het hof veroordeelt Decor tot betaling van de transitievergoeding. De door werknemer verzochte billijke vergoeding wordt afgewezen omdat geen sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever als bedoeld in artikel 7:671 c lid 2, onder b, BW. In cassatie bij de Hoge Raad wordt gesteld dat het hof heeft miskend dat op verzoekschriftprocedures als de onderhavige de wettelijke regels van bewijsrecht van toepassing zijn. Daarnaast wordt geklaagd over het feit dat het hof er bij de boordeling van uit is gegaan dat het Ontslagbesluit en het daarop gebaseerde Besluit Beleidsregels Ontslagtaak UWV hun werking hebben behouden na de invoering van de WWZ. Hieruit volgt dat volgens het huidige recht de ontslaggrond niet slechts aannemelijk behoeft te worden gemaakt.

De Hoge Raad verwijst eerst naar de Mediant uitspraak[3] waarin is geoordeeld dat als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing zijn in ontbindingsprocedures. Dit brengt mee dat werkgever de aan het ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door werknemer, zal moeten bewijzen. Het is dan niet steeds vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar kan worden volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden.

De Hoge Raad stelt verder dat de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van artikel 7:669 lid 3 sub d BW dat sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid. Met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis heeft werkgever ten aanzien van deze vraag een zekere mate van beoordelingsruimte. De rechter zal dus moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan of in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer.

Ten aanzien van de tweede geformuleerde klacht mist het voldoende feitelijke grondslag, aldus de Hoge Raad. Het hof

heeft immers onderkend dat de hierboven genoemde regelgeving is komen te vervallen. Hiermee is niet uitgesloten dat de rechter bij zijn oordeelsvorming acht slaat op de in deze oude regelgeving vervatte gezichtspunten. De ontslaggronden zoals deze nu in artikel 7:669 BW zijn opgenomen zijn immers aan de oude regelgeving ontleend en op dit punt is geen wijziging beoogd.

Is er nieuws onder de zon?

Tot 1 juli 2015 gold als hoofdregel dat het bewijsrecht niet van toepassing is in ontbindingsprocedures. Met de Mediant beschikking is dat standpunt al gewijzigd. Hiermee vormde de ontbindingsprocedure dus niet langer een uitzondering op het bewijsrecht. Uit de nieuwe beschikking van de Hoge Raad blijkt nu dat bij disfunctioneren en een verstoorde arbeidsverhouding een aannemelijkheidsmaatstaf geldt waarbij het bewijsrecht wel vol van toepassing is (en bewijsincidenten zijn toegestaan). De werkgever heeft wel een zekere mate van beoordelingsruimte bij de beoordeling van de ongeschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid. De rechter zal echter moeten onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die - zo nodig na bewijslevering - zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer.

Feiten tweede zaak

In de tweede zaak gaat het om een werknemer die op 8 april 2009 in dienst is getreden van werkgever. Ook hier ging het om een werknemer die in de loop van het dienstverband een andere functie is gaan verrichten. In dit geval had de wijziging van functie tot gevolg dat werknemer niet langer kon beschikken over een auto van de zaak. Hierover schrijft werknemer diverse e-mailberichten waarop werkgever - onder meer - schrijft: "ik heb het nu helemaal met jou gehad, jouw aanhoudend gezeur over de auto en de wartaal in jouw e-mails. Echt, ik ben er helemaal klaar mee. Iedere keer als er een afspraak wordt gemaakt, dan is het een paar weken, maanden of een jaar later weer anders. (...)". Werkgever constateert vervolgens dat werknemer bedrijfsinformatie naar zijn privé mail-adres stuurt en deze e-mails vervolgens heeft verwijderd. Werkgever vraagt hierop ontbinding primair op grond van verwijtbaar handelen (e-grond) en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond). De kantonrechter wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af. Het hof wijst vervolgens het op de e-grond gebaseerde verzoek af, maar ontbindt de arbeidsovereenkomst op de subsidiair gestelde g-grond onder toekenning van de wettelijke transitievergoeding. De door werknemer verzochte billijke vergoeding wordt afgewezen.

In de tweede zaak gaat het om een werknemer die op 8 april 2009 in dienst is getreden van werkgever. Ook hier ging het om een werknemer die in de loop van het dienstverband een andere functie is gaan verrichten. In dit geval had de wijziging van functie tot gevolg dat werknemer niet langer kon beschikken over een auto van de zaak. Hierover schrijft werknemer diverse e-mailberichten waarop werkgever - onder meer - schrijft: "ik heb het nu helemaal met jou gehad, jouw aanhoudend gezeur over de auto en de wartaal in jouw e-mails. Echt, ik ben er helemaal klaar mee. Iedere keer als er een afspraak wordt gemaakt, dan is het een paar weken, maanden of een jaar later weer anders. (...)". Werkgever constateert vervolgens dat werknemer bedrijfsinformatie naar zijn privé mail-adres stuurt en deze e-mails vervolgens heeft verwijderd. Werkgever vraagt hierop ontbinding primair op grond van verwijtbaar handelen (e-grond) en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond). De kantonrechter wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af. Het hof wijst vervolgens het op de e-grond gebaseerde verzoek af, maar ontbindt de arbeidsovereenkomst op de subsidiair gestelde g-grond onder toekenning van de wettelijke transitievergoeding. De door werknemer verzochte billijke vergoeding wordt afgewezen.

Het eerste onderdeel klaagt over het feit dat de werknemer van de verstoring van de arbeidsverhouding geen verwijt kan worden gemaakt en dat voor ontbinding op de g-grond geen plaats is indien de werkgever van het verstoord raken van de arbeidsverhouding of het voortduren van de verstoring een verwijt kan worden gemaakt. De klachten falen. Dat het hof heeft geoordeeld dat de g-grond zich voordeed geeft in het licht van de vaststaande feiten geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Voor de toepassing van deze ontbindingsgrond is niet vereist dat sprake is van enige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. De omstandigheid dat de werkgever van het ontstaan of voortbestaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt, staat op zichzelf evenmin aan ontbinding op de g-grond in de weg.

Nieuws onder de zon?

De Hoge Raad laat met deze uitspraak duidelijk weten dat voor toepassing van de ontbindingsgrond verstoorde arbeidsverhouding niet vereist is dat er sprake is van enige verwijtbaarheid aan de kant van werknemer. Ook verwijtbaarheid aan de kant van werkgever is niet een voorwaarde. Verwijtbaarheid zou dan alleen nog een rol kunnen spelen bij de toepassing van de zogenaamde "Asscher escape". Het gaat dan om de situatie dat de arbeidsverhouding is verstoord doordat de werkgever ten onrechte getracht heeft de werknemer op een andere, niet voldragen ontslaggrond, te ontslaan. De rechter zou dan tot ontbinding over kunnen gaan met toekenning aan de werknemer van een billijke vergoeding. Met deze beschikking geeft de Hoge Raad weer wat meer duidelijkheid over de toepassing van de Wet Werk & Zekerheid die in de praktijk nog steeds veel vragen oproept. Niet voor niets is het Wetsvoorstel Arbeidsmarkt in Balans ingediend dat door de praktijk toch wel is te beschouwen als reparatie van de Wet Werk en Zekerheid. In dit voorstel worden weer tal van nieuwe maatregelen voorgesteld, zoals bijv. de introductie van een

cumulatiegrond. De internetconsultatie van dit wetsvoorstel is net achter de rug. Of het uiteindelijke doel van de wetgeving namelijk "vereenvoudiging van het ontslagrecht" zal worden behaald, zal moeten blijken. Voorlopig zullen we het met de praktische handreikingen van de Hoge Raad moeten doen, die meer dan welkom zijn.

Noten :

1. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (werknemer/Decor Handelmaatschappij B.V.).
2. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.
3. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998.

Auteur(s): mw. mr. W. Hafkamp-van der Zwaard, Houthoff, Amsterdam

© Euroforum Uitgeverij BV NL