

---

## Juridisch up to Date

---

2015-0133 - Juridisch up to Date 2015-21 d.d. 19-11-2015

Rubriek: Sociaal recht

### De herplaatsingsverplichting onder de WWZ

#### Inleiding

Onder de Wet Werk en Zekerheid ("WWZ") mag de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer alleen opzeggen als de werkgever daarvoor een redelijke grond heeft. Deze redelijke gronden zijn opgesomd in artikel 7: 669 lid 3 BW. Voordat door de kantonrechter of het UWV een redelijke grond kan worden aangenomen, dient de werkgever te onderzoeken of de werknemer is te herplaatsen in een andere passende functie al dan niet na scholing. Als de redelijke grond is gelegen in het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, geldt de herplaatsingsverplichting logischerwijze niet. In de door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid opgestelde ontslagregeling<sup>1</sup> zijn nadere regels uitgewerkt met betrekking tot de herplaatsing van de werknemer. In dit artikel wordt aandacht besteed aan de inhoud van de ontslagregeling. Tevens wordt een eerste uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam<sup>2</sup> in kort geding over de reikwijdte van de herplaatsingsverplichting besproken.

#### De Ontslagregeling

Artikel 9 van de ontslagregeling gaat over de herplaatsingsverplichting van de werkgever. Op het eerste oog gaat het om een beperkt aantal bepalingen. Voorop staat dat van een passende functie sprake is als de passende functie aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Het gaat dan in de regel om functies die aansluiten bij het niveau van de werkzaamheden die een werknemer verricht, zo vermeldt de toelichting op de ontslagregeling. Hierbij is wel een waarschuwing op zijn plaats. Het hoeft namelijk niet steeds om het niveau te gaan van de laatst uitgeoefende functie. De toelichting op de ontslagregeling noemt als voorbeeld het disfunctioneren van een werknemer. Bij disfunctioneren kan al eerder sprake zijn van een passende functie wanneer deze functie ligt onder het functieniveau van de functie die feitelijk wordt vervuld.

Met betrekking tot scholing vermeldt de ontslagregeling dat de optie van scholing wel is gekoppeld aan het bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing. Dat betekent dat een werkgever niet verplicht kan worden om een werknemer te scholen als er geen zicht is op herplaatsing in een passende functie. De duur en de kosten van scholing zijn bepalend voor de vraag welk scholingsaanbod bij een mogelijk geschikte functie van werkgever gevegd kan worden, waarbij de financiële positie van de onderneming ook relevant kan zijn.

Uitgangspunt is verder dat bij de beoordeling of er een passende functie beschikbaar is, arbeidsplaatsen worden betrokken:

- a. Waarvoor een vacature bestaat, of waarvoor binnen de redelijke termijn in artikel 10 van de ontslagregeling een vacature zal ontstaan. De redelijke termijn van artikel 10 van de ontslagregeling is gelijk aan de opzegtermijn, zoals bedoeld in artikel 7: 672 lid 2 BW;
- b. Van werknemers of personen die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst of op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, of die, anders dan door een payrollwerkgever door een derde ter beschikking zijn gesteld, voor zover op die arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard worden verricht gedurende ten hoogste 26 weken. Dit betekent dat als een passende functie wordt bezet door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, door ingeleend personeel (niet zijnde payrollwerknemers) of door een oproepkracht, deze functie, indien die als passend kan worden aangemerkt, bij het beoordelen van de mogelijkheden tot herplaatsing van een werknemer moet worden betrokken. Dit kan dus tot gevolg hebben dat genoemde werknemers plaats moeten maken voor een werknemer van wie de arbeidsplaats komt te vervallen. Dit sluit aan bij de inhoud van artikel 7: 671 a lid 7 BW, op grond waarvan toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden slechts wordt verleend als een werkgever de arbeidsrelatie met tijdelijke werknemers heeft beëindigd. Nogmaals, dit geldt niet als het werkzaamheden betreft van niet-structurele aard.

Vervolgens moeten bij de beoordeling ook arbeidsplaatsen worden betrokken van andere in de groep behorende ondernemingen, indien en voor zover de werkgever deel uitmaakt van een groep van ondernemingen. Kortom, de zoektocht naar andere passende functies strekt zich verder uit dan de entiteit van werkgever zelf. Alhoewel dit punt in de oude Beleidsregels UWV ook al werd genoemd, is dit punt nu expliciet in de ontslagregeling opgenomen. Het vergt van een werkgever dan ook een vergaand onderzoek naar de vraag of er passende functies binnen de groep van ondernemingen waartoe de werkgever behoort aanwezig zijn.

Wel zegt de ontslagregeling dat het aan werkgever is om te beoordelen welke werknemer het meest geschikt is voor het vervullen van eventuele vacatures. De werkgever moet echter wel zijn keuze kunnen verantwoorden als die keuze ter discussie wordt gesteld. Wat in de ontslagregeling wordt benadrukt is hoe om te gaan met een situatie waarin een categorie van uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een

andere (niet met de vervallen functie uitwisselbare) functie. De ontslagregeling vermeldt dan dat 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. De werkgever moet dan dus de omgekeerde afspiegeling toepassen. Dit principe zie je ook terug in de in artikel 19 van de ontslagregeling genoemde wederindiensttreedingsvoorwaarde na groepsontslag. Ook dan dient de werkgever de werknemer wiens arbeidsovereenkomst als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding, als eerste in de gelegenheid te stellen om zijn vroegere werkzaamheden te hervatten.

De vraag is wel hoe ver de herplaatsingsverplichting in de praktijk nu werkelijk reikt. Deze vraag was aan de orde in een zaak die door een werkneemster (na 1 juli 2015) aan de kantonrechter Amsterdam in kort geding werd voorgelegd.

**Kantonrechter Amsterdam 22 oktober 2015**

In deze zaak stond de vraag centraal in hoeverre de werkgever voldoende invulling heeft gegeven aan de herplaatsingsverplichting zoals opgenomen in artikel 7: 669 BW. Tussen partijen stond vast dat terugkeer in de huidige functie van operation project manager niet mogelijk was. In de procedure vorderde een werkneemster in kort geding van werkgever dat een plan zou worden opgesteld waardoor zij bij binnen afzienbare tijd zou kunnen worden herplaatst binnen de organisatie van werkgever.

De rechter wees de vordering tot het opstellen van een concreet herplaatsingsplan af, maar was wel van mening dat niet aannemelijk was geworden dat de werkgever de herplaatsingsverplichting in de afgelopen periode voldoende invulling had gegeven. De kort geding rechter overwoog dat er weliswaar geen resultaatsverbintenis is, maar een inspanningsverplichting zoals door werkgever terecht naar voren is gebracht. Dat de werkgever op dit gebied enige (relevante) inspanning heeft geleverd voor werkneemster, is niet voldoende aannemelijk geworden in de procedure. Van werkgever mag worden verwacht dat zij werkneemster actief begeleidt, initiërend te werk gaat en wellicht ook, voor zover redelijk, eventueel aanwezige belemmeringen voor een nieuwe functie wegneemt. Dat kan zijn door aan werkneemster concrete opleidingsmogelijkheden te bieden, maar ook door bij de openstaande vacatures te bekijken in hoeverre problemen met een eventueel niet direct aansluitend CV voor de vacature opgelost kunnen worden en dan in gesprek met werkneemster en leidinggevendenden naar concrete oplossingen te zoeken. De vordering van werkneemster, die werkgever verplicht een plan op te stellen waardoor werkneemster binnen afzienbare tijd kan worden herplaatst binnen de organisatie van werkgever, gaat echter verder dan de hiervoor geschetste inspanningsverplichting nu hiermee een feitelijke herplaatsing wordt beoogd. Deze vordering werd niet toewijsbaar geacht. Weliswaar mag van werkgever verwacht worden dat zij inspanningen levert die ertoe strekken om herplaatsing van werkneemster mogelijk te maken, maar een afdwingbare veroordeling op verbeurte van een dwangsom is, zeker ingeval een concrete herplaatsingsmogelijkheid ontbreekt, niet mogelijk.

#### **Conclusie**

Als het op punt van de herplaatsingsverplichting niet goed gaat, leidt dat in de praktijk tot de conclusie dat de werkgever zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld. Het UWV zal bij een bedrijfseconomisch ontslag in zo'n geval dan geen toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst kunnen verlenen. Een rechter zal dan niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan. Alhoewel de eerste uitspraak "slechts" een uitspraak is van een kort geding rechter bevestigt de inhoud van de uitspraak wel dat de rechter zeer kritisch is op de door de werkgever geleverde herplaatsingsinspanningen. Het is dan ook zaak dat - nog meer dan onder het oude recht- de mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer steeds serieus worden onderzocht.

- Noten :
1. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-00001022990, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), Stcrt. 11 mei 2015, nr. 12685.
  2. Kantonrechter Amsterdam 22 oktober 2015, AR 2015-1068.

Auteur(s): mw. mr. W. Hafkamp- Van der Zwaard, Houthoff Buruma, Rotterdam

---

© Euroforum Uitgeverij BV NL