
Juridisch up to Date

2021-0071 - Juridisch up to Date 2021-05 d.d. 04-06-2021

Rubriek: Arbeid

Nieuwe ronde, nieuwe kansen?

Met de invoering van de Wwz is de mogelijkheid ontstaan om na een afwijzing door het UWV van een ontslagaanvraag op grond van bedrijfseconomisch ontslag een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen op de a-grond. In de praktijk wordt deze procedure als een hoger beroep van de UWV-procedure gezien. Volgens de kantonrechter Leeuwarden is dat niet terecht.¹ In deze bijdrage wordt op deze uitspraak nader ingegaan. Ook wordt besproken of het zin heeft om in een dergelijke procedure bij de kantonrechter subsidiair om ontbinding op de g-grond te verzoeken en of een ziekmelding na de UWV-procedure maar voor de ontbindingsprocedure ertoe kan leiden dat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Wat speelde er?

De werkgever heeft een bedrijf dat zich hoofdzakelijk bezig houdt met standbouw. De werknemer is op 1 september 2008 bij de werkgever in dienst getreden als standbouwer. Door het uitbreken van de coronacrisis is de werkgever geconfronteerd met het vrijwel volledig wegvallen van de standbouwactiviteiten, omdat veel evenementen geen doorgang hebben gevonden. Om die reden heeft de werkgever op 22 juni 2020 voor de werknemer bij het UWV een verzoek gedaan om toestemming om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. De werknemer heeft verweer gevoerd. Bij beslissing van 1 oktober 2020 heeft het UWV het verzoek afgewezen. Het UWV heeft de slechte financiële situatie van de werkgever aannemelijk geacht maar desondanks geen toestemming voor het ontslag verleend. Op 13 oktober 2020 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de werkgever en de werknemer. Een dag later heeft de werknemer zich ziek gemeld. Naar aanleiding van een consult heeft de bedrijfsarts de werknemer arbeidsongeschikt geacht. De werkgever richt zich vervolgens met een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot de kantonrechter, primair op de a-grond en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.

De werknemer voert verweer. Hij betwist de a-grond niet. Wel betwist hij de aangevoerde g-grond. Ook voert hij aan hij ziek was op het moment van indienen van het verzoekschrift en dus dat er een opzegverbod geldt en het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst om die reden niet kan worden ingewilligd.

Oordeel rechter

De werknemer heeft het verval van zijn arbeidsplaats als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden alsook dat er voor hem geen herplaatsingsmogelijkheden zijn, niet betwist. De kantonrechter zal dan ook van de juistheid daarvan uitgaan. Aangezien het verzoekschrift tijdig is ingediend, is er geen belemmering om het verzoek tot ontbinding niet te honoreren. De arbeidsongeschiktheid van de werknemer kan daaraan echter wel in de weg staan. Alvorens daarop in te gaan, zal de kantonrechter eerst de g-grond beoordelen. Volgens de werkgever hebben het onjuiste beeld dat de werknemer zou hebben geschetst bij het UWV van de financiële situatie van de werkgever, een discussie rondom de vermindering van uren, de ziekmelding voorafgaande aan de ontbindingsprocedure en het tweemaal niet aanwezig zijn toen de verzuimcontroleur langskwam geleid tot een vertrouwensbreuk. De kantonrechter vindt dit onvoldoende voor een verstoorde arbeidsverhouding. De beslissing van de kantonrechter valt of staat derhalve met de vraag of er sprake is van een opzegverbod. In dat geval staat artikel 7:671b BW aan ontbinding in de weg.

De rechter overweegt ten aanzien van de ziekmelding het volgende. De werknemer heeft zich ziek gemeld op 14 oktober 2020. Het ontbindingsverzoek is op 27 november 2020 door de rechtbank ontvangen, derhalve na het intreden van de arbeidsongeschiktheid. Volgens artikel 7:670 lid 1, aanhef en onderdeel b BW geldt het opzegverbod bij ziekte niet als die is aangevangen nadat het verzoek tot toestemming door het UWV is ontvangen. In geval van een ontbindingsprocedure bepaalt artikel 7:671b lid 7 BW dat het opzegverbod bij ziekte niet indien de ziekte is aangevangen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen. Volgens de kantonrechter is bij de

invoering van de Wwz de indruk gewekt dat de ontbindingsprocedure die op de a-grond kan worden gestart na een afwijzing door het UWV een verlengstuk van de UWV-procedure is, althans een herkansing biedt. Het betreft echter twee los van elkaar staande procedures ten overstaan van twee verschillende instanties die niet kunnen worden vereenzelvigd, waarbij tevens geldt dat de procedure bij de kantonrechter geen hoger beroep tegen de beslissing van het UWV is. Wat betreft het peilmoment met betrekking tot de werking van het opzegverbod in verband met het intreden van de ziekte geldt dat dit in de wet niet uitdrukkelijk op één moment, en wel het moment van de ontvangst van de ontslaanvraag door het UWV, is gefixeerd. Artikel 7:671b lid 7 BW kan naar het oordeel van de kantonrechter niet anders worden begrepen dan de tekst luidt en daaruit volgt dat het opzegverbod wegens ziekte alleen niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst door de kantonrechter van het ontbindingsverzoek. In de Memorie van Toelichting wordt bij de (artikelsgewijze) toelichting van artikel 7:670 lid 1 onder b BW toegelicht dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte is ingetreden na ontvangst door het UWV, waarna wordt vermeld: 'Als er sprake is van een ziekmelding die heeft plaatsgevonden nadat de werkgever een verzoek om ontbinding heeft gedaan, hoeft dit evenmin aan een ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter in de weg te staan'. De kantonrechter leidt hieruit af dat de wetgever daarmee twee peilmomenten onder ogen heeft gezien, maar daaraan voor een situatie als de onderhavige, waarbij de indiening van het ontbindingsverzoek volgt op een afwijzing van een verzoek om een ontslagvergunning en de ziekte van de werknemer is ingetreden tussen de afwijzing van de ontslagvergunning en de ontvangst van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter geen gevolgen heeft verbonden. De kantonrechter volgt de werkgever niet in haar stelling dat geen opzegverbod geldt omdat dit tijdens de UWV-procedure ook niet het geval was. De kantonrechter stelt verder vast dat de wetgever kennelijk ook niet heeft beoogd om ten aanzien van dit opzegverbod op een of andere wijze een uitzondering ten nadele van de werknemer toe te staan. Volgt afwijzing van de ontbinding.

De uitspraak is om verschillende redenen interessant.

Subsidiaire g-grond

Als het UWV toestemming heeft geweigerd, kan de werkgever binnen twee maanden de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter dient het ontslag te toetsen aan dezelfde wettelijke bepalingen en regelingen als het UWV. In de praktijk betekent dit dat de werkgeversadvocaat in het ontbindingsverzoek opnieuw de bedrijfseconomische redenen dient toe te lichten en te onderbouwen. Ook al zijn het twee van elkaar losstaande procedures, zoals de Kantonrechter in Leeuwarden overweegt, toch biedt de procedure bij de kantonrechter een soort beroepsmogelijkheid tegen de beslissing van het UWV en wordt de procedure om begrijpelijke redenen gezien als een verkapt hoger beroep. Net als in een hoger beroep, kan de kantonrechter echter ook nieuwe feiten en omstandigheden meewegen. Dit betekent ook dat de werkgever in de ontbindingsprocedure meer dan een ontslaggrond kan aanvoeren. Vaak wordt subsidiair de g-grond aangevoerd. In de besproken zaak slaagde een beroep hierop niet, maar er zijn uitspraken waarin een subsidiair beroep op de g-grond wel slaagde. Zo oordeelde de Kantonrechter in Amsterdam in februari 2020 dat de felle wijze waarop de werkneemster verweer had gevoerd in de UWV-procedure, onder meer door werkgever te verwijten een onjuiste voorstelling van zaken te hebben geven, ertoe had geleid dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk was.² Ook is er tijd om eventuele tekortkomingen geconstateerd door het UWV te herstellen voordat een ontbindingsverzoek wordt ingediend. De werkgever kan bijvoorbeeld alsnog het initiatief nemen om een herplaatsingsgesprek te voeren.³

Omdat de werkgever bij de kantonrechter voor verschillende en andere ankers kan gaan liggen, lijkt het erop dat een ontbindingsprocedure de werkgever een iets grotere kans op ontbinding geeft. Lukt ontbinding op de a-grond niet, dan kan in elk geval worden geprobeerd om ontbinding op de g-grond of een combinatie van gronden te krijgen. Zoals uit de uitspraak van de Kantonrechter in Amsterdam blijkt, kunnen zelfs de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan tijdens de UWV-procedure, zoals de houding en opstelling van de werknemer, een rol spelen. Aan de andere kant kan het de werkgever ook parten spelen dat het UWV heeft beslist tot weigering van de gevraagde toestemming. De werkgever heeft iets extra's uit te leggen aan de kantonrechter. In elke geval zie ik de ontbindingsprocedure na een afwijzing door het UWV wel als een nieuwe ronde met nieuwe kansen.

Ziekmelding na UWV-procedure maar voor ontbindingsprocedure

De Kantonrechter in Leeuwarden oordeelt dat lid 7 van artikel 7:671b BW niet anders kan worden begrepen dan de

tekst luidt en dat daaruit volgt dat het opzegverbod wegens ziekte alleen niet geldt als de ziekte is aangevangen na ontvangst door de kantonrechter van het ontbindingsverzoek. Een strikte uitleg waarbij ik mijn vraagtekens zet. Er zijn twee stromingen in de literatuur en jurisprudentie. De ene stroming gaat uit van de *ex tunc* toetsing.⁴ Die houdt in dat de ontbindingsprocedure een verlengstuk van de UWV-procedure is. Het moment van ontvangst van de UWV-ontslagaanvraag is bepalend. Dit betekent dat er geen rekening moet worden gehouden met een opzegverbod als daarvan ook geen sprake was in de UWV-procedure. De andere stroming gaat uit van de *ex nunc* toetsing.⁵ Op grond hiervan zijn er twee peilmomenten, de dag waarop de UWV-ontslagaanvraag is ontvangen en de dag waarom het ontbindingsverzoek is ontvangen. Deze stroming wordt gevolgd door de Kantonrechter in Leeuwarden. Voor beide stromingen is wat te zeggen, maar mij lijkt de *ex tunc* toetsing logischer. Als het UWV wel toestemming zou hebben verleend, had de werkgever al kunnen opzeggen ondanks een eventuele ziekmelding na de ontvangst van de UWV-ontslagaanvraag door het UWV. De werkgever die geen toestemming krijgt om op te zeggen en geconfronteerd wordt met een werknemer die zich ziek meldt voor de ontbindingsprocedure wordt dubbel gestraft. Ik geloof niet dat dit de bedoeling van de wetgever is geweest. Ik ben benieuwd naar de hogere rechtspraak over dit vraagstuk.

Ter afsluiting

De ontbindingsprocedure nadat het UWV toestemming om te mogen opzeggen heeft geweigerd biedt een tweede kans, waarbij ook andere ontslaggronden dan bedrijfseconomische redenen kunnen worden aangevoerd. Werkgevers moeten er vooralsnog wel alert op zijn dat een ziekmelding voor indiening van het ontbindingsverzoek tot afwijzing van de ontbinding gegrond op bedrijfseconomische redenen kan leiden.

Noten :

1. Rb. Noord-Nederland 5 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:385.
2. Rb. Amsterdam 25 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1101. Zie verder bijv. 's-Hertogenbosch 29 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4917.
3. Rb. Noord-Holland 15 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9758.
4. Bijv. Rb. Gelderland 6 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5388; Rb. Limburg 30 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:947.
5. Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2820; Rb. Limburg 29 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6201.

Auteur(s): Mr. M (Margot) van Herwerden werkzaam bij Houthoff, Amsterdam