AR ARBEIDSRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Geen balans zonder beweging

mr. dr. J.H. Even

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 25-04-2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301 (AR-2016-0468)

1. Inleiding

De met ingang van 1 juli 2015 ingevoerde nieuwe ontslagregels zijn recentelijk geëvalueerd. Diverse stakeholders hebben in dat verband input gegeven. Uit zogenoemde *position papers* van DAS enerzijds en de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) anderzijds, blijkt dat sinds de invoering van deze nieuwe ontslagregels ontbindingsverzoeken vaker worden afgewezen. In die laatste paper werd opgemerkt dat waar voorheen het aantal afwijzingen op circa 33% lag, dat nu op ongeveer 50% ligt. Ook de Algemene Werkgeversvereniging Nederland merkt in haar *position paper* op dat haar leden hebben geconstateerd dat het ontslaan van werknemers door de WWZ moeilijker is geworden. Dat moeilijke ontslag leidt volgens DAS soms tot het opleggen van 'gedwongen huwelijken'. In de *position paper* van de Rechtbank Rotterdam wordt gememoreerd dat de Raad voor de rechtspraak bedenkingen heeft bij de grote mate van gedetailleerdheid van de ontslaggronden, in vergelijking met het oude rechtssysteem: 'De rechters worden gebonden aan een waslijst van criteria zonder dat duidelijk is waarom dat nodig is.' Dat leidt naar de indruk van de rapporterende kantonrechter Wetzels tot een situatie van meer afgewezen ontbindingsverzoeken. Hij merkt op dat partijen in veel gevallen niet gebaat lijken met de afwijzing van het ontbindingsverzoek. Daarom betreurt hij het gebrek aan ruimte dat de kantonrechter ter beschikking staat om toch te ontbinden in gevallen waar dat het beste lijkt, waarbij de werknemer wordt gecompenseerd door een hogere vergoeding dan de transitievergoeding. Ook in de paper van de VAAN en VvA wordt de behoefte gesignaleerd naar een ontslaggrond in die gevallen waarin overduidelijk is dat partijen uit elkaar moeten, terwijl er geen voldragen grond is. Verhulp geeft in zijn *position paper* duidelijk tegenwicht: het

ontslagsysteem is van een 'waardenloos' systeem – waarin ontbinding zonder redelijke grond mogelijk was door betaling van geld – terecht omgevormd in een systeem dat voor ontslag een redelijke grond eist. Verhulp kreeg bijval in zijn betoog van een groot aantal wetenschappers in een in het NRC Handelsblad van 14 maart 2016 gepubliceerde open brief aan de Tweede Kamer: 'De nieuwe wet heeft wel een einde gemaakt aan de situatie onder het oude recht dat ook in het geval er geen voldoende reden voor een ontslag bestond, de rechter de arbeidsovereenkomst toch kon beëindigen en de onredelijkheid van dat ontslag compenseerde door het toekennen van een (hogere) vergoeding. De ontslagbescherming van werknemers in de procedure voor de kantonrechter was tot op zekere hoogte een te begroten kostenpost geworden. Dat bood rechtszekerheid, maar stimuleerde de werkgever niet om een zorgvuldig personeelsbeleid te voeren.' Er is, kortom, wat aan de hand met de huidige ontbindingspraktijk. Ik wil de in eerste instantie gewezen beschikking van de Kantonrechter Leeuwarden (

De kantonrechter oordeelt bij beschikking van 18 november 2015 dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer. De kantonrechter beoordeelt het geschil vervolgens inhoudelijk. Ik permiteer me in dat verband een lang citaat uit de beoordeling:

'Pol stelt dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van Pol in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De kantonrechter is van oordeel dat deze grond het verzoek niet kan dragen. De kantonrechter overweegt daartoe dat uit de stellingen van partijen en de overgelegde stukken weliswaar blijkt dat er tussen partijen diverse geschilpunten en fricties bestaan en dat er over en weer frustraties zijn, maar zulks betekent naar het oordeel van de kantonrechter niet dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van Pol in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. [De werknemer] stelt om hem moverende redenen alles ter discussie en Pol ervaart dit als uitermate lastig, maar zulks betekent naar het oordeel van de kantonrechter niet dat de arbeidsverhouding duurzaam is verstoord. De kantonrechter overweegt voorts dat, gelijk [de werknemer] heeft aangevoerd en anders dan Pol meent, Pol onvoldoende heeft gedaan om tot een werkbare arbeidsverhouding te komen. Weliswaar hebben partijen in het verleden over de destijds bestaande geschillen tot tweemaal toe een mediationtraject gevolgd, doch zulks betekent niet dat die weg thans niet meer open zou staan met betrekking tot de huidige geschilpunten. Pol heeft getracht door middel van gesprekken tot een gedragsverandering bij [de werknemer] te komen, maar het feit dat zulks niet gelukt is, betekent niet dat op Pol geen verdere inspanningsverplichtingen rusten. Indien [de werknemer] geen inzicht heeft in de ernst van zijn houding en gedrag, zoals Pol heeft gesteld, dan is het aan Pol om die gevolgen voor [de werknemer] inzichtelijk te maken en indien zulks niet mogelijk is door [de werknemer] in gesprekken "een spiegel voor

te houden", dan ligt het op de weg van Pol als werkgever om daarvoor andere instrumenten te zoeken, zoals het inschakelen van professionele hulp voor [de werknemer]. Een en ander klemt temeer nu [de werknemer] thans is uitgevallen wegens spanningsklachten.

3. Beschikking in hoger beroep

Toen ik het voorgaande las viel mijn mond open van verbazing. Als er in de loop der jaren (waarbij de werknemer vanwege ziekte lange perioden afwezig was) vele fricties zijn geconstateerd, als deze niet zijn opgelost ook niet na twee mediationtrajecten, als de werknemer *alles* ter discussie stelt (de letterlijke woorden van de kantonrechter) en de werkgever dit – volkomen begrijpelijk – als uitermate lastig ervaart, als de werkgever de werknemer een spiegel voorhoudt en hem een laatste waarschuwing geeft, terwijl de werknemer al liet weten de assistentie van een therapeut te krijgen, als een kernverwijt is dat de werknemer steeds de schuld bij de werkgever legt in plaats van bij zichzelf, en de werknemer dat ten overstaande van een klant doet na een incident dat evident door hemzelf is veroorzaakt, dan is de conclusie toch onontkoombaar dat er een redelijke grond is voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst? Als dit niet tot de conclusie kan leiden dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, wat moet er dan aan de hand zijn om wel tot die conclusie te komen?

Gelukkig bestaat voor deze gevallen de mogelijkheid tot hoger beroep. Een greep uit het oordeel van het hof. De werknemer is er niet in geslaagd het hof te overtuigen dat hij op 17 augustus 2015 mocht menen dat hij zonder tussentijds overleg met Pol de hele werkdag in de vrachtauto kon wachten totdat het niet meer zou regenen. Hij lijkt zich niet te realiseren welke reacties hij met zulk gedrag oproept. Iets dergelijks geldt ook voor het incident op 2 september 2015. De werknemer lijkt niet te begrijpen dat het geen pas geeft, na zelf een fout te maken, ten overstaan van de klant de schuld hiervan te geven aan zijn werkgever.

De kantonrechter heeft volgens het hof terecht overwogen dat tussen partijen diverse geschilpunten en fricties bestaan, dat werknemer alles ter discussie stelt en dat Pol dit als uitermate lastig ervaart. Volgens de kantonrechter had Pol echter nog niet voldoende gedaan om tot werkbare verhoudingen te komen met de gevolgde mediationtrajecten en de gehouden gesprekken. Pol zou andere instrumenten hebben moeten zoeken, zoals het inschakelen van professionele hulp voor de werknemer. Het hof ziet dit volledig anders. De werknemer gaf in hoger beroep aan dat hij al langere tijd wordt begeleid door een psycholoog en diverse therapieën en cursussen heeft gevolgd. Op de vraag van het hof wat Pol nog méér aan professionele hulp zou kunnen inschakelen ter verbetering van de arbeidsverhouding en de ontstane situatie, moest de werknemer een antwoord schuldig blijven. Naar het oordeel van het hof 'kan niet langer gezegd worden dat Pol instrumenten ten dienste staan die zij als goed

werkgever zou moeten hanteren of aanbieden ter regulering van de voortdurende conflicten als gevolg van de houding en het gedrag van de werknemer. Van een werkgever kan niet zonder meer worden verlangd dat hij regelmatig mediation inzet bij dezelfde werknemer in geschillen omtrent diens rechtspositie, om steeds opnieuw ernstig verstoorde verhoudingen te voorkomen of om deze op te lossen. Het hof ziet geen reden waarom dat in het onderhavige geval anders zou moeten zijn'. Er is volgens het hof sprake van een zodanig ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding dat voortzetting niet langer van Pol gevergd kan worden.

4. Terugkoppeling naar de WWZ

Natuurlijk kan het zo zijn dat twee rechters (of gerechtelijke instanties) op basis van hetzelfde feitencomplex tot tegengestelde uitspraken komen. Toch is mijn analyse van deze zaak kort: als partijen evident niet met elkaar door één deur kunnen vanwege de houding van de werknemer die alles ter discussie stelt, en die op geen enkele wijze bereid en in staat lijkt te reflecteren op zijn eigen gedrag en de schuld voor de situatie steeds bij een ander (de werkgever) legt, terwijl de werknemer zelf niet eens weet wat de werkgever nog zou kunnen doen om deze situatie ten gunste te keren, dan lijkt het mij evident dat die relatie tot een einde moet komen. Dat een derde mediationtraject in zo'n verband wel erg veel is gevraagd van een werkgever, ben ik van harte eens met het gerechtshof. De kantonrechter legde de lat wel erg hoog voor de werkgever.

Het is goed mogelijk dat de kantonrechter die lat zo hoog legde omdat de wetgever bij introductie van de nieuwe ontslagregels de rechters 'streng' heeft toegesproken: 'De rechter zal toetsen of de werkgever beschikt over de redelijke grond, bedoeld in artikel 7:669 BW, waarop hij zich beroept om het ontbindingsverzoek te onderbouwen. De rechter zal bij deze beoordeling de criteria uit voornoemd artikel alsmede de eventuele nadere invulling daarvan in een onderliggende ministeriële regeling betrekken' (C.G. Boot e.a., *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid, deel 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 467). Die 'geëiste' strenge toetsing van de gelimiteerde ontslaggronden zou best reden kunnen zijn voor het gesignaleerde verstarren van het ontslagrecht.

Moeten dan, indachtig de inleiding, de gronden voor ontbinding weer ten volle open worden gegooid? Moeten we bijvoorbeeld weer terug naar de oude en vertrouwde ontbindingsprocedure? Nee, dat geloof ik niet. Los van het feit dat het gewoon te vroeg is om verstrekkende conclusies te trekken over het wel of niet werken van de WWZ, voel ik mee met Verhulp en de auteurs van de open brief dat een aanvaardbaar ontslagstelsel een redelijke ontslaggrond behoort te eisen. Een arbeidsovereenkomst is immers bijzonder en vaak van cruciaal belang voor de werknemer. Dit is fraai geformuleerd door Loonstra en Zondag, die

wijzen op de dubbele kwetsbaarheid van de werknemer jegens zijn werkgever: hij is juridisch ondergeschikt aan en economisch afhankelijk van zijn werkgever, een combinatie die men bij geen enkele andere overeenkomst aantreft (A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 34). De werknemer verdient om die reden bescherming, ook en misschien wel met name bij ontslag. Dit is overigens niet 'zo maar' een lokale opvatting. Het is er een die breed en internationaal wordt gedeeld. Dit blijkt misschien wel het beste uit IAO-Verdrag C158. Artikel 4 hiervan bepaalt: 'The employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service.' Dat gaat mijns inziens verder dan de loutere bescherming van de werknemer bij kennelijk onredelijk ontslag, welke bescherming artikel 30 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voorschrijft. De andere kant van de medaille is natuurlijk dat een werkgever, die daarvoor een redelijke grond heeft, in staat moet zijn die arbeidsovereenkomst te beëindigen. Een gedwongen slecht huwelijk, om min of meer met de woorden van DAS te spreken, is dan geen goed idee. Dat lijkt mij bovendien in strijd met de vrijheid van ondernemerschap, die wordt beschermd in artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Dit grondrecht beschermt de vrije uitoefening van een economische of handelsactiviteit en de contractsvrijheid. De kernvraag is dan ook of de WWZ enerzijds zorgt dat ontslag niet mogelijk is zonder redelijke grond, terwijl de wet anderzijds wel mogelijk maakt dat bij aanwezigheid van zo'n grond de werkgever op een voldoende efficiënte manier tot een einde van de arbeidsovereenkomst kan komen. Heeft de WWZ in dat verband een goede balans geslagen?

In zijn voordracht tijdens het symposium van 21 januari 2014 van de VAAN, Wetsvoorstel werk en zekerheid '33818 in de praktijk gebracht', liet Heerma van Voss weten dat de limitatieve lijst van ontslaggronden van artikel 7:669 lid 3 BW in principe wel alle benodigde beëindigingsgronden leek te bevatten. De gronden zijn geformuleerd op een manier die past bij het Ontslagbesluit: aan de ene kant is sprake van een vage formulering, terwijl aan de andere kant ook wordt geprobeerd strikt aan te geven wat wel en niet naar voren moet worden gebracht. 'Voormelde wijze van formuleren was in het Ontslagbesluit volgens Heerma van Voss begrijpelijk. Dat besluit was immers geschreven voor ambtenaren die strak moesten worden gehouden en niet te veel eigen beleidsruimte moesten krijgen. In het nieuwe systeem zijn de regels evenwel bedoeld voor kantonrechters. Die worden dus aan een strak regime gebonden, oorspronkelijk bedoeld voor het UWV, en zullen daarbinnen moeten zoeken naar de flexibiliteit waar de kantonrechter vroeger zo bekend om was. Heerma van Voss vraagt zich af of de arbeidsmarkt hier nu mee gediend is.' Zie het samenvattend verslag van dat symposium, beschikbaar op de VAAN-website, p. 18.

De rechter in een strak regime, of, zoals Duk dat formuleerde (*TRA* 2014/25), de rechter als 'bureaucraat', als slaafse opvolger van de tekst van artikel 7:669 lid 3 BW. Duk signaleert in die bijdrage terecht problemen in de toepassing van artikel 7:669 lid 3 BW, met name in die gevallen waarin een combinatie van ontslaggronden aan de orde is, die los van elkaar wellicht onvoldoende zijn, maar samen wel degelijk een redelijke grond voor ontbinding vormen. In zo'n situatie mag de rechter volgens de wetgever echter niet ontbinden (zie Boot e.a. 2015, p. 496). Dat is mijns inziens een tekortkoming in de WWZ, en een onderschatting van de kunde van onze rechterlijke macht. Rechters moeten toch in staat worden geacht te beoordelen of zo'n mix in redelijkheid een ontslaggrond vormt? De regering vond dat niet. Als het gaat om een zo'n belangrijk onderwerp als de ontslagbescherming, behoort het naar het oordeel van de regering tot de verantwoordelijkheid van de wetgever hier in wet- en regelgeving zo concreet mogelijk invulling aan te geven en niet te volstaan met open normen zoals onder het oude recht het geval was (Boot e.a. 2015, p. 488). Deze redenering komt op mij over als een overschatting van wat kan worden bereikt met specifieke wetgeving en een onderschatting van de rechterlijke macht. Deze – in mijn beleving – tekortkoming van de WWZ door het mixen van ontslaggronden te verbieden maakt het ontslagrecht onnodig stroef en werkt naar mijn mening ook niet eerlijk uit. Waarom kan de arbeidsovereenkomst van iemand die net niet goed functioneert en waarvan een voldragen dossier is wél, en van iemand die niet goed functioneert zonder voldragen dossier, maar die ook lichtelijk verwijtbaar handelt en met wie de werkgever een zeer stroeve relatie heeft ontwikkeld niet worden beëindigd? Hier zie ik ruimte voor verbetering, bijvoorbeeld door toch toe te staan deze situatie onder artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW te scharen. Ik snap dat oprekking van onderdeel h afdoet aan de wens het ontslagsysteem eenvoudiger te maken – een doel van de WWZ, zie Boot e.a. 2015, p. 7 – maar rechtvaardigheid (of eerlijkheid, ook een doel genoemd door de wetgever) en een werkend systeem wegen hier in mijn overtuiging zwaarder.

Hiermee zeg ik *niet* dat we terug moeten naar het 'oude systeem' van artikel 7:685 (oud) BW. De voorwaarde dat een 'redelijke ontslaggrond' noodzakelijk is voor ontbinding vind ik nuttig – het is bovendien een door de sociale partners ondersteunde politieke wens die reeds om die reden in beginsel moet worden aanvaard – en als gezegd passen in een internationale context. De invulling van de oude 'gewichtige redenen' was destijds niet steeds gelijk te stellen aan de toets of er een redelijke ontslaggrond was, misschien wel mede omdat compensatie in geld mogelijk was. Daarmee werd het gebrek aan ontslaggrond in feite afgekocht en daarmee was die oude toets potentieel 'waardenloos'. *Wel* zeg ik met het bovenstaande dat de huidige (deels door de wetgever expliciet gewenste) interpretatie van de redelijke ontslaggronden soms te strak is. Hierdoor wordt soms niet ontbonden, terwijl niettemin een redelijke ontslaggrond aanwezig is, bijvoorbeeld bij een ontslaggrond die bestaat uit het (door de wetgever 'verboden') mixen van ontslaggronden.

Ik zou het gegeven het voorgaande nuttig vinden dat de wetgever iets flexibiliteit toevoegt aan artikel 7:669 lid 3 BW, bijvoorbeeld door aan te geven dat de h-grond mag worden opgerekt (die ruimte heeft de wetgever zichzelf gegeven door aanvaarding van de motie-Backer, *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, F). Die oprekking kan betekenen dat een mix van gronden (toch) tot een redelijke ontslaggrond kan leiden. Hierbij hoeft de wetgever de voorwaarde dat een redelijke ontslaggrond moet bestaan om een ontbinding te rechtvaardigen niet los te laten. De rechter krijgt alsdan meer ruimte om materieel te toetsen of een redelijke ontslaggrond aanwezig is. De vraag is daarbij of het nuttig is dat bij het toepassen van deze 'opgerekte' grond ook de mogelijkheid van het 'makkelijker' toekennen van een additionele vergoeding aan de werknemer (boven op de transitievergoeding) moet worden geïntroduceerd. Dat is een gedachte die is geopperd in de *position paper* van de VAAN en de VvA: 'Er gaan vrij veel stemmen op om naar analogie van het ambtenarenrecht deze restcategorie ruimer toepassing te geven en vergezeld te laten gaan van een additionele billijke vergoeding (hierna ook: billijke vergoeding).' Hierbij zou de 'lat' voor het toekennen van zo'n vergoeding volgens de VAAN kunnen worden verlaagd van 'ernstig verwijtbaar handelen' door de werkgever naar het slechts 'verwijtbaar handelen' door hem. Ik verwijs naar het voorstel voor een vereenvoudigd ontslagrecht bij invoering Wet werk en zekerheid van 2 en 30 juni 2014, p. 20, zoals gepubliceerd op de website van de VAAN. Voor mij is de invoering van een dergelijke lichtere toetst niet noodzakelijk, *mits* binnen de door de politiek gekozen grenzen van de aanwezigheid van een redelijke grond wordt gebleven. Immers, als de rechter meer ruimte krijgt om vast te stellen of er sprake is van een werkelijk 'redelijke ontslaggrond' én hij constateert dat die grond er is, hoeft er geen andere vergoedingssystematiek te worden geïntroduceerd. Als de redelijke grond ontbreekt, zal afwijzing van het verzoek moeten volgen.

Maar staat de rechter in de tussentijd klem? Is het grote aantal afwijzingen juridisch naar de huidige stand van zaken noodzakelijk? Nee, dat geloof ik niet. Rigide opvolging van de wet is gezien de veelal gebruikte open en vage termen in de ontslaggronden, zoals Duk in zijn al genoemde bijdrage ook opmerkt, geen gegeven. Rechters hebben daar ruimte voor flexibiliteit. En in de flexibiliteit die de termen in de wet geven moet de rechter de eerdergenoemde balans zoeken. Hij moet werkelijk op zoek gaan naar de aan- of afwezigheid van de redelijkheid van het ontslag. Desgewenst moet de open norm van onderdeel h worden ingezet, *mits* de ontslaggrond redelijk is. En bij gebreke van zo'n redelijke grond is het afwijzen. Kortom, de rechter moet werken aan het vinden van balans. Dat vereist ten opzichte van het oude systeem beweging, nu niet meer kan worden teruggevallen op de oude vertrouwde gewichtige redenen van artikel 7:685 (oud) BW. En hier lijken kantonrechters soms in de kramp te schieten. Ik heb echter vertrouwen in de souplesse en de kunde van de meeste kantonrechters – en zeker in die van de hoven – om het nieuwe systeem werkbaar te houden. Het liefst zie ik dit aangevuld met enige ondersteuning van de wetgever, zoals vermeld.