

ANNOTATIE

G-grond gegrond? De verstoorde arbeidsverhouding als ventiel van het nieuwe ontslagrecht

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 02-09-2016,
ECLI:NL:GHARL:2016:7100 (AR-2016-1004)*

1. Inleiding

De g-grond – kort gezegd: de verstoorde arbeidsverhouding – is in het nieuwe systeem van de wettelijke ontslaggronden een interessante, nu daarin nog het meeste rek lijkt te zitten voor de rechter. De wet eist dat de werkgever een redelijke grond voor ontslag heeft. Ziet de toetsende instantie (UWV, cao-ontslagcommissie of de rechter) geen voldragen redelijke grond in de zin van artikel 7:669 lid 3 BW, dan krijgt de werkgever geen toestemming voor opzegging of wordt zijn ontbindingsverzoek afgewezen. Anders dan onder het oude recht is nu ook de rechter in een wettelijk keurslijf (van art. 7:669 jo. 7:671b BW) gedrongen. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is niet langer een aan het billijkheidsoordeel van de rechter overgelaten optelsom van – in WWZ-jargon – verschillende meer of minder ‘voldragen’ ontslaggronden, zo nodig aangelengd met een extra scheut ontslagvergoeding.

Juist bij een verstoorde arbeidsverhouding zal het vaak zo zijn dat beide partijen, werkgever en werknemer, schuld hebben. Die schuld kan ook grotendeels bij de werkgever liggen, misschien heeft hij de verstoorde arbeidsverhouding zelfs wel gecreëerd. Hier lijkt rek in het systeem te zitten: namelijk als de rechter in zulke situaties toch ontbindt, onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer.

In deze bijdrage onderzoek ik aan de hand van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie wat de relevante criteria (zouden moeten) zijn bij de toetsing van de rechter aan de g-grond. De focus ligt daarbij op een drietal punten: het criterium dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn, de relevantie van de schuldvraag en de speelruimte die in de g-grond zit.

2. Relevante criteria bij beoordeling g-grond

Volgens artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW is een redelijke grond voor ontbinding ‘een

verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Ook voor deze ontslaggrond geldt dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt (lid 1). De g-grond is, evenals de andere in lid 3 genoemde gronden, ontleend aan het oude Ontslagbesluit en daarbij behorende beleidsregels van het UWV. 'Daarmee komen de ontslaggronden overeen met wat thans geldt, met dien verstande dat omwille van de consistentie, op onderdelen, formuleringen zijn aangepast', aldus de WWZ-wetgever (Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 56 (MvA); zie ook 3, p. 98 (MvT)). Een wijziging van de toetsingscriteria van de verstoorde arbeidsverhouding is dus niet beoogd.

2.1. Criterium 'ernstig en duurzaam verstoord'

Wetsgeschiedenis

Om destijds toestemming van het UWV te krijgen voor opzegging wegens een verstoorde arbeidsverhouding, moest de werkgever aannemelijk maken dat de verstoring ernstig en duurzaam was en dat herstel van de arbeidsrelatie, al dan niet via overplaatsing van de werknemer, niet mogelijk was (art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit (oud) en hoofdstuk 27 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie 2012 (hierna aangeduid als de (oude) beleidsregels).

In de memorie van toelichting bij de WWZ wordt het volgende opgemerkt:

'In het Ontslagbesluit gelden als criteria voor het verlenen van toestemming voor ontslag dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn. Beide criteria gelden in beginsel nog steeds en komen tot uitdrukking in de formulering «zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren». In beginsel, omdat ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst opgezegd moet kunnen worden als de ernst daarvan zodanig is dat voorzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd' (33818, 3, p. 46).

Kennelijk meent de regering dat zij het criterium 'ernstig en duurzaam verstoord' ruimer uitlegt dan onder het oude recht, nu bij een zeer ernstige verstoring ook een minder duurzame verstoring voldoende kan zijn. Ook in de literatuur is opgemerkt dat de ontslaggrond van de verstoorde arbeidsverhouding hiermee 'toch wat (lijkt) te zijn verruimd' ten opzichte van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels UWV (annotatie C.J. Frikkee, *TRA* 2014/89). De vraag is echter of dat wel zo is. Een 'ernstig en duurzaam verstoorde' arbeidsrelatie betekent volgens de oude beleidsregels 'dat de verstoring een dusdanige aard heeft dat herstel van de relatie niet meer mogelijk is'. Daarbij wordt opgemerkt dat een verstoorde arbeidsrelatie 'die vele maanden of langer aanhoudt zonder enig zicht op verbetering' als duurzaam verstoord kan worden bestempeld. 'Anderzijds kan er ook een *recent voorval* zijn geweest tussen de werknemer en de werkgever *dat zó ernstig is, dat niet valt te verwachten dat de arbeidsrelatie nog kan worden hersteld*' (cursivering toegevoegd). Ook dan is toestemming tot ontslag 'in beginsel mogelijk', aldus de beleidsregels (hoofdstuk 27, par. 4 onder c). Het Bossche gerechtshof heeft hier al op gewezen (Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2161, r.o. 3.20).

Het hof spreekt over een ‘nuancering’, ik zie het vooral als een verduidelijking van hoe moet worden beoordeeld of herstel van de relatie mogelijk is. Als zich recentelijk een ernstig voorval heeft voorgedaan, kan uit de zwaarte daarvan worden afgeleid dat de verstoorde relatie niet zal kunnen worden hersteld. De duurzaamheid van de verstoring kan in zulke situaties niet alleen op de al voorliggende, ‘slepende’ feiten worden gebaseerd, maar ook (‘ex ante’) op de gerede *verwachting* dat de ernstige verstoring blijvend zal zijn.

Bij de beoordeling of herstel van de arbeidsrelatie mogelijk is, moet ook worden bekeken welke pogingen werkgever heeft ondernomen om de onderlinge verhoudingen te verbeteren en of overplaatsing binnen de onderneming tot de mogelijkheden behoort (Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, hoofdstuk 27, par. 6). Het ligt voor de hand het eerste criterium – *verbeterpogingen van de werkgever* (bijv. gesprekken gevoerd, mediation beproefd) – te betrekken bij de beoordeling van de *duurzaamheid* van de verstoring. Als werkgever op dat vlak weinig tot niets gedaan heeft, zal het een stuk lastiger voor hem worden aannemelijk te maken dat de verstoring duurzaam is en herstel ‘dus’ in redelijkheid niet mogelijk. In de hierboven bedoelde situatie zal dunkt mij aan dit criterium minder gewicht toekomen. Als na een recent zeer ernstig voorval de verwachting is dat er niets meer te redden valt in de relatie, heeft het ook geen zin om halfwassen pogingen daartoe van werkgever te eisen.

Wel zal moeten worden beoordeeld of *overplaatsing* mogelijk (of een vergelijkbare oplossing voorhanden) is; in dat geval hoeft ontslag immers toch niet noodzakelijk te zijn. Asscher heeft over het in artikel 7:669 lid 1 BW opgenomen herplaatsingscriterium opgemerkt: ‘De verplichting geldt als herplaatsing mogelijk is en in de rede ligt. (...) Als er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, geldt de [herplaatsings]verplichting evenmin. Dat ligt alleen anders wanneer het een verstoorde arbeidsrelatie op de werkvloer betreft en niet met de werkgever zelf. In dat geval moet worden gezien of bijvoorbeeld overplaatsing naar een andere plek soelaas kan bieden’ (Handelingen I 2013/14, 54, p. 20). Ik merk hierbij op dat de herplaatsingsplicht natuurlijk wel *geldt*, maar bij een verstoorde arbeidsverhouding meestal ‘niet in de rede’ ligt. Uit de jurisprudentie blijkt overigens dat inderdaad wordt bekeken *met wie* de arbeidsverhouding verstoord is. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7100 (geen g-grondontbinding, nu leidinggevende van werkneemster inmiddels is vertrokken en werkneemster bereid is op andere vestiging te werken) en Ktr. Tilburg 9 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5626 (niet zozeer werkgeefster, maar veeleer leidinggevende lijkt moeite te hebben met werkneemster en die leidinggevende is inmiddels vertrokken).

Jurisprudentie

Welke betekenis hecht de rechter onder de WWZ aan deze criteria – ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsrelatie in combinatie met de door werkgever ondernomen verbeterpogingen – en hoe past hij deze toe?

In de meeste gevallen wordt aan deze criteria, mijns inziens terecht, doorslaggevende betekenis toegekend. Ik noem eerst enkele voorbeelden waarin dit tot afwijzing van het

werkgeversverzoek op de g-grond leidde.

In Ktr. Utrecht 9 september 2016, AR 2016-1016 ging het om een kok die bijna drie jaar in dienst was. Werkgever had aangevoerd dat er (onder andere) ‘iets is gewijzigd in de houding, inzet, betrokkenheid en eigen initiatief’ van werknemer. De kantonrechter oordeelt ‘dat de g-grond het verzoek niet kan dragen. Uit de stellingen van partijen is niet duidelijk geworden dat de arbeidsverhouding verstoord is, *laat staan dat dit duurzaam zou zijn*’ (cursivering toegevoegd). Ook in Hof ’s-Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2161, AR 2016-0592 wordt het ontbindingsverzoek afgewezen. Een bioscoop had een facilitair medewerker op staande voet ontslagen wegens het meenemen van, door bezoekers achtergelaten, PET-flessen om zo het statiegeld te innen. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig geoordeeld en wordt het voorwaardelijke ontbindingsverzoek, onder andere op de g-grond, afgewezen. De door werkgever gestelde vertrouwensbreuk is met name gebaseerd op de gedragingen van werknemer waarvoor hij op staande voet was ontslagen. ‘[V]oor zover [werkgever] als gevolg van deze gedragingen het vertrouwen in [werknemer] heeft verloren, [is] dit onterecht geweest. Het is aan [werkgever] om dit vertrouwen te herstellen. [Werkgever] heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat reeds voor de gedragingen van [werknemer] die hebben geleid tot het ontslag op staande voet sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. Weliswaar is er een incident geweest in 2009, maar nadat het destijds door [werkgever] aan [werknemer] gegeven ontslag op staande voet door de rechter was vernietigd en het voorwaardelijk ontbindingsverzoek was afgewezen, is de verhouding tussen partijen weer genormaliseerd. Onweersproken is dat [werknemer] daarna naar tevredenheid heeft gefunctioneerd.’ Dat laatste laat overigens zien dat het soms – in ieder geval voor deze partijen – zelfs na een ontslag op staande voet-procedure mogelijk is het vertrouwen te herstellen en weer met elkaar verder te gaan. Dit gerechtshof oordeelt ook in een andere zaak dat er onvoldoende ligt om een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding aan te nemen (Hof ’s-Hertogenbosch 26 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2104, AR 2016-0595). De zaak betreft een bewaker annex portier die meermalen slapend was aangetroffen op het werk. Dat oordeel hangt mede samen met het ontbreken van een *serieuze* herstelpoging van de werkgever. Volgens werknemer was werkgever op geen enkel moment uit geweest op herstel van de arbeidsverhouding. Het beëindigen van de arbeidsovereenkomst zou steeds het uitgangspunt van werkgever zijn geweest – ook in de twee mediationtrajecten. Het hof gaat mee in dat verweer en stelt dat werkgever, zelfs nadat zowel het UWV als de kantonrechter in eerste aanleg uitdrukkelijk hadden overwogen dat hij maatregelen moest treffen om tot herstel van de arbeidsrelatie te komen, heeft nagelaten dat te doen. Werkgever had zich meer inspanningen moeten en kunnen getroosten om tot herstel van de arbeidsverhouding te komen. Nu werkgever dat had nagelaten, kon het hof oordelen dat ‘onvoldoende [is] gebleken dat herstel van de verhoudingen onmogelijk is en dus de verstoring van de arbeidsverhoudingen zodanig duurzaam is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd’.

In verschillende zaken strandt het ontbindingsverzoek van werkgever al op het criterium dat er sprake moet zijn van een *ernstige* verstoring, omdat er onvoldoende ernstigs aan de hand is

en/of omdat het gestelde gedrag van werknemer niet of slechts gedeeltelijk aannemelijk is gemaakt door werkgever. Zo oordeelt de kantonrechter te Groningen dat irritaties over en weer tussen werknemer en zijn collega's, onder andere over het te vroeg weg naar huis gaan en het te pas en te onpas koffie halen, onvoldoende is (Ktr. Groningen 24 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2497, AR 2016-0551). Een ander voorbeeld is Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2643, AR 2016-0713, JAR 2016/196 m.nt. Van Tuyll van Serooskerken. Daarin verweet werkgever werkneemster onder meer een 'gebrek aan organisatiesensitiviteit', maar het hof is hiervan niet gebleken en hetzelfde geldt voor de twee andere door werkgever aangevoerde oorzaken voor de verstoorde arbeidsverhouding. Ten slotte Ktr. Assen 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2188, AR 2016-0587. Werkgever probeerde hier een nog geen twee jaar zieke werknemer weg te krijgen, onder andere op de g-grond. Het verbaast niet dat het daarvoor door werkgever aangevoerde – het door werkneemster ('rauwelijks') instellen van een procedure over de wettelijke verhoging (haar loon werd steeds te laat betaald) en het weigeren (tijdens arbeidsongeschiktheid!) om in te stemmen met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst – onvoldoende wordt geacht. Volgens de kantonrechter is door het optreden van werkgever wel een conflict ontstaan, maar werkgever heeft zich onvoldoende ingespannen om de verhouding met werkneemster te herstellen. De stelling van werkgever dat 'het feit dat [werkneemster] arbeidsongeschikt is vanwege arbeidsgerelateerde problemen tevens een sterke aanwijzing [is] dat sprake is van een duurzaam en ernstig verstoorde arbeidsverhouding', laat de kantonrechter maar onbesproken.

Een voorbeeld waarin toepassing van deze criteria tot toewijzing van het werkgeversverzoek op de g-grond (zonder billijke vergoeding voor werkneemster) leidde, is Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4214, AR 2016-0593. Werkneemster was vanaf 2003 frequent en soms langdurig uitgevallen wegens ziekte, waarvan de oorzaak veelal een disbalans tussen werk en privé was. De kantonrechter had geoordeeld dat werkneemster een gesprek over haar ziekteverzuim blokkeerde en dat die houding voortspoot uit een diepgeworteld wantrouwen jegens haar leidinggevende. Zowel de kantonrechter als het hof oordelen dat vooral de houding van werkneemster heeft geleid 'tot de impasse, die meebrengt dat de arbeidsverhouding zo ernstig en ook duurzaam is verstoord dat ontbinding op die grond onvermijdelijk werd' (r.o. 5.4). Hier zien we dat bij de beoordeling of herstel van de arbeidsrelatie mogelijk is, niet alleen de herstpogingen van werkgever, maar ook de houding van werknemer meeweegt. Als die laatste geen bereidheid toont de verhoudingen te herstellen, 'alle inspanningen van [werkgever] ten spijt' (r.o. 4.3), dan houdt het op. Met andere woorden: voor de beoordeling of de arbeidsverhouding duurzaam verstoord is, is de 'herstelhouding' van zowel werkgever – heeft hij voldoende gedaan om het probleem op te lossen – als werknemer – is hij voldoende 'herstelbereid' – van belang.

Ten slotte noem ik Ktr. Rotterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6995, waarin de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werkneemster (met toepassing van art. 7:671b lid 6 onderdeel b BW) wordt ontbonden. De houding van werkneemster, 'guiding penguin' (blokleider) bij DHL, was volgens werkgever in korte tijd veranderd van opbouwend, meedenkend en gedreven, naar negatief, passief en conflictzoekend. Zowel haar collega's als

haar leidinggevende hadden ernstige klachten over de houding en het gedrag van werkneemster geuit, met name naar aanleiding van een incident waarbij werkneemster een 'uitbarsting' had gehad. Zij viel regelmatig ziek uit, deels vanwege psychische klachten (zoals een zware depressie). De kantonrechter ontbindt op de g-grond. Na een weergave van bedoeld incident en een aanvaring met een collega, vervolgt de rechter: 'De kantonrechter constateert dat de verhoudingen tussen [werkneemster] en DHL nog verder op scherp zijn komen te staan nadat [werkneemster] begin 2015 had besloten een dag minder in de week te willen gaan werken en niet langer de rol van "guiding penguin" op zich te willen nemen. Blijkens (...) is DHL kennelijk door deze beslissing teleurgesteld geraakt in de verwachtingen die zij van [werkneemster] had (...).' Na de vaststelling dat tussen partijen een 'uiterst moeizame relatie bestaat' wordt geconcludeerd dat van een 'werkbaar verhouding' geen sprake meer is en dat herstpogingen op niets zijn uitgelopen. Ik geef de kantonrechter na dat de verhoudingen tussen werkgever en deze 'guiding penguin' zeker niet best waren. Uit het feitenrelaas komen elementen van de c-, d-, e- en g-grond naar voren. Een optelsom van deze gronden is echter volgens de wetgever, zoals bekend, uit den boze. Puur kijkend naar de g-grond wordt hier vrij gemakkelijk geconcludeerd dat de verhouding 'niet meer werkbaar' is (waarbij de rechter bovendien het door werkneemster willen terugbrengen van haar arbeidsduur en de daardoor 'teleurgestelde verwachtingen' van werkgever als logische onderbouwing daarvan aanneemt; een kritische opmerking zou daarbij niet hebben misstaan). De kantonrechter noemt keurig het wettelijke criterium ('een verstoorde arbeidsverhouding zodanig dat (...)'), maar noemt noch toetst duidelijk aan de norm van 'ernstig en duurzaam verstoord'. Dat zou ik nu juist graag zien in zaken zoals deze, waarin de rechter, met terzijdestelling van het opzegverbod, een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer.

2.2. Schuldvraag

Vaak zullen beide partijen hebben bijgedragen aan het ontstaan van een verstoorde arbeidsverhouding en daaraan dus mede schuld hebben. Interessant is wat heeft te gelden indien de werkgever als de 'grote schuldige' wordt aangewezen en wellicht de verstoorde arbeidsverhouding zelfs min of meer 'gecreëerd' heeft. Kan de rechter dan toch de arbeidsovereenkomst ontbinden op de g-grond (al dan niet onder toekenning van een billijke vergoeding)?

Wetsgeschiedenis

Zoals gezegd: de g-grond is net zoals de andere ontslaggronden overgenomen uit het oude Ontslagbesluit en de wetgever heeft verschillende keren benadrukt dat die ontslaggronden overeenkomen met wat voorheen gold op basis van het Ontslagbesluit en de bijbehorende beleidsregels. Welnu, blijkens die beleidsregels was de schuldvraag bij de ontslaggrond verstoorde arbeidsrelatie nadrukkelijk géén toetsingscriterium. Dit komt helder naar voren uit de wijziging van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV in 2012. Tot dan toe bepaalden die regels dat bij een verstoorde arbeidsverhouding 'de schuldvraag bij deze ontslaggrond voor UWV in beginsel geen toetsingscriterium is'. Dat 'in beginsel' werd in 2012 geschrapt en dat werd als volgt toegelicht:

‘Met de zinsnede “in beginsel” wordt aangegeven dat UWV de schuldvraag onder omstandigheden kan meewegen bij de beslissing op de ontslagaanvraag. Bij nader inzien laat artikel 5:1 lid 4 van het Ontslagbesluit daartoe echter geen ruimte. Als aannemelijk is dat de arbeidsrelatie ernstig en duurzaam is verstoord en herplaatsing redelijkerwijs niet mogelijk is, dan is voldaan aan het toetsingskader en moet een ontslagvergunning worden verleend. (...) *Het is niet aan UWV om bij de beslissing te betrekken of bijvoorbeeld de werkgever in overwegende mate schuld heeft aan het ontstaan of in stand houden van de ernstig verstoorde arbeidsrelatie.* Daartoe kan de werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten bij de kantonrechter’ (aldus Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, *Stcrt.* 2012, nr. 16614, p. 4 (cursivering toegevoegd)).

Nu de WWZ-wetgever deze oude toetsingscriteria – zo nadrukkelijk – tot de zijne heeft gemaakt, kan slechts worden geconcludeerd dat volgens hem de schuldvraag geen criterium is bij de beoordeling of aan de g-grond is voldaan (aldus ook K. Hakvoort, “Up or out” onder de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2015/16, p. 13). De parlementaire geschiedenis bevestigt deze conclusie nog op een andere manier, namelijk via de voorbeelden in de memorie van toelichting van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (33818, 3, p. 34). Frikkee heeft hier al eerder op gewezen (*TRA* 2014/89). Maar liefst vier van de vijf genoemde voorbeelden hebben in feite betrekking op een verstoorde arbeidsverhouding, veroorzaakt door grote schuld of zelfs opzet van de werkgever. De wetgever wil hiermee laten zien op welk gedrag van de werkgever een additionele billijke vergoeding moet worden geplakt; de voorbeelden laten echter tegelijkertijd zien dat de wetgever ervan uitgaat dat in die gevallen de arbeidsovereenkomst wordt (of kan worden) *ontbonden* – óók op verzoek van die zeer laakbaar handelende werkgever zelf. Het gaat om de volgende voorbeelden (cursiveringen toegevoegd):

- ‘de situatie waarin werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als *enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren* en ontslag langs die weg te realiseren’;
- als werkgever *discrimineert*, werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een *onwerkbaar situatie ontstaat* en niets anders rest dan ontslag’;
- ‘als *werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt* die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een *verstoorde arbeidsverhouding ontstaat*’;
- ‘als er *als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan* (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag’.

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt daar nog een vijfde voorbeeld aan toegevoegd. Daarin wordt gesteld dat de rechter een ontbindingsverzoek van de werkgever wegens disfunctioneren, zonder dat werknemer in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren, zal moeten afwijzen op de d-grond. ‘In het verlengde daarvan geldt dat *als door het weigeren van een werkgever een werknemer in de gelegenheid te stellen zijn functioneren te verbeteren een zodanig verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan* dat het in stand houden van de

arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt, er aanleiding kan zijn tot het toekennen van een billijke vergoeding' (33818, 7, p. 133 (cursivering toegevoegd)).

In alle hiervoor genoemde voorbeelden is er een verstoorde arbeidsverhouding ontstaan als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever (in het vijfde voorbeeld zou dat mogelijk ook 'slechts' verwijtbaar gedrag kunnen zijn). Zulke door schuld of zelfs opzet van de werkgever veroorzaakte 'onwerkbaar situaties' kunnen dus – misschien wel juist – uitmonden in een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond, maar veelal onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer. De voorbeelden wijzen erop dat de werkgever een g-grondontbinding niet alleen kan 'krijgen' als hij (grote) schuld heeft aan de verstoorde arbeidsverhouding, maar zelfs als hij haar heeft uitgelokt. Daarmee wordt in ieder geval voorkomen dat de rechter bij zijn beslissing al dan niet te ontbinden een grens moet trekken tussen schuld hebben aan de verstoring – 'veroorzaken' – en het moedwillig creëren ervan – opzet. Dat zou bepaald geen sinecure zijn.

De door werkgever gecreëerde verstoorde arbeidsverhouding is, zoals bekend, bij behandeling in de Eerste Kamer aan de orde geweest. Naar aanleiding van het voorbeeld van 'een langdurig onvoldoende functionerende werknemer van wie de werkgever het dossier niet op orde heeft en waarbij de arbeidsverhouding inmiddels vertroebeld is', zei minister Asscher het volgende. 'Indien in de praktijk de werkgever niet een reële kans heeft geboden aan de werknemer, en die ook niet meer kan worden geboden omdat bijvoorbeeld de arbeidsverhouding al dusdanig is beschadigd, kan sprake zijn van een verstoorde verhouding. Als om die reden tot beëindiging zou worden overgegaan, neemt de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een risico dat hij zal incalculeren' (G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 502-503). Kennelijk meent Asscher dat, als door zulk slecht gedrag van werkgever een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan, er wél een 'redelijke grond voor ontbinding' kan zijn ontstaan, maar dat werkgever (mogelijk) ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dus een billijke vergoeding zal moeten betalen. Dit voorbeeld is de 'Asscher-escape' gedoopt. Mijns inziens is 'escape' hier echter niet de juiste term. Het is niet zo dat Asscher hiermee de werkgever (of rechter) een buitenwettelijke mogelijkheid biedt om aan het systeem van de redelijke ontslaggronden te ontsnappen. Wat hij zegt is in lijn met de wet en de daarbij gegeven toelichting. Zijn voorbeeld komt overeen met die gegeven in de memorie van toelichting, zoals hierboven weergegeven. Die voorbeelden gaan juist uit van een ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding, ontstaan door zuiver 'creërgedrag' of ander zeer laakbaar gedrag van de werkgever. Een ontbinding onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – precies wat Asscher zegt.

Sagel was hierover kritisch in zijn oratie (S.F. Sagel, 'Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules', 2014, p. 11-12). Als de verstoring komt door het streven van werkgever om tot ontslag op een onvoldragen grond te komen (bijv. een slecht onderbouwd disfunctioneren), dan mag niet snel worden geoordeeld dat 'in redelijkheid niet van werkgever

kan worden geleverd' de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Als werkgever zelf een onwerkbaar situatie creëert, dan mag hij daarvan niet te snel profiteren door een g-grondontbinding te krijgen. Daarnaast vreest Sagel voor verwatering of vermenging van de ontslaggronden. Als een werkgever door misbruik van een van de andere ontslaggronden alsnog een g-grondontbinding kan afdwingen, dan zou er van het ontslagstelsel met limitatieve gronden weinig overblijven.

Ik sta beduidend positiever tegenover de 'Asscher-uitleg' van de g-grond. Naar mijn mening is deze uitleg niet onverenigbaar met het wettelijke criterium van de redelijkheid, noch met het strakke systeem van de ontslaggronden. Ik werk dat hieronder uit.

'Redelijkheid'

Artikel 7:669 BW eist een 'redelijke grond' en lid 3 onderdeel g spreekt over een verstoorde arbeidsverhouding zodanig dat 'van de werkgever in redelijkheid niet kan worden geleverd' de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Niettemin *kan* de g-grond voldragen zijn, zelfs als de verstoring van de arbeidsverhouding geheel aan de werkgever te wijten is. Dus óók als het handelen van werkgever niet redelijk was en een ontbinding niet 'billijk voelt'. Het gaat erom vast te stellen of het einde van de arbeidsovereenkomst *noodzakelijk* is. Dat einde is noodzakelijk als de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam is verstoord. En precies daarop ziet het criterium in onderdeel g van het in redelijkheid niet van werkgever geleverd kunnen worden de arbeidsovereenkomst te continueren (33818, 3, p. 46, zie par. 2.1). Een voldragen g-grond wil dus bepaald niet zeggen dat de werkgever redelijk of netjes heeft gehandeld. Integendeel, hij kan zelfs ernstig verwijtbaar hebben gehandeld. Het verbaast daarom niet dat veel van de additionele billijke vergoedingen die zijn toegekend g-grondgevallen betreffen. Er is dan een redelijke grond voor ontbinding, niet omdat de werkgever zich redelijk heeft opgesteld, maar omdat het eindigen van de arbeidsovereenkomst gelet op de verziekte verhoudingen noodzakelijk is. Ontbinding is redelijk als voortzetting geen zin heeft.

De g-grond is wat dat betreft een buitenbeentje. Het uitgangspunt van het nieuwe ontslagrecht is (wat ik naar Duits voorbeeld noem) '*Bestandsschutz*': voortzetting van de arbeidsverhouding is de hoofdregel; beëindiging onder betaling van een ontslagvergoeding is uitzondering. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst, zonder medewerking van de werknemer, slechts beëindigen als daar een redelijke grond voor is (art. 7:669 lid 3 aanhef BW). Daarbij is gedacht aan een *redelijk handelende werkgever die een deugdelijke reden heeft* om niet meer met deze werknemer verder te willen of kunnen. Die werknemer heeft bijvoorbeeld zeer verwijtbaar gehandeld of blijft disfunctioneren ondanks serieuze verbeterpogingen van de werkgever. Bij de g-grond wordt dat uitgangspunt van '*Bestandsschutz tenzij we een redelijk handelende werkgever zien die op goede grond ontslag nastreeft*' losgelaten. Een g-grondontbinding is ook mogelijk als we weliswaar een goede ontslaggrond zien – een niet te herstellen verziekte arbeidsrelatie – maar het tegendeel van een redelijk handelende werkgever.

Het feit dat de wetgever dit niet zelf onderkent en dus nergens benoemt, maakt het er niet

inzichtelijker op. Als hij het wel had gezien, dan had hij ongetwijfeld de terminologie in lid 3 onderdeel g hierop beter laten aansluiten. We moeten nu in de woorden ‘zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’ lezen dat (1) dit ziet op een ‘ernstige en duurzame verstoring’ én dat (2) hier niet beoordeeld wordt of de werkgever redelijk heeft gehandeld. Het verdient aanbeveling de woorden ‘ernstige en duurzame verstoring’ en ‘herstel van de relatie redelijkerwijs niet mogelijk is’ in de wettekst op te nemen.

Overigens sluit de door mij voorgestane behandeling van een verstoorde arbeidsverhouding aan bij die onder het oude recht: ook toen kreeg werkgever toestemming van het UWV (ex art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit) als sprake was van een door hemzelf verziekte arbeidsrelatie, ondanks de voor het UWV geldende algemene toetsingsmaatstaf van artikel 3:1 Ontslagbesluit (‘Het UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is’). Voor het geval sprake was van een aperte (‘kennelijke’) onredelijkheid, dan kon dat zich, mede op aanwijzing van het UWV, vertalen in een kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Onder de WWZ kan zich dat in een billijke vergoeding vertalen (zie hierna).

Systeem van de ontslaggronden

De uitleg van Asscher is mijns inziens dus geen noodgreep om aan het systeem te ontsnappen. Ja, werkgevers met gebrekkige ontslagdossiers kunnen uiteindelijk een g-grondontbinding krijgen, waarschijnlijk onder betaling van een billijke vergoeding. Dat kun je zien als het op indirecte wijze financieel dichten van het gebrek in de oorspronkelijke grond (Sagel 2014, p. 11). Je kunt ook zeggen dat dit inherent is aan de g-grond. Die kan naar zijn aard nu eenmaal voldragen zijn, ook als werkgever meer of minder opzichtige pogingen doet om op een gebrekkige d-grond een einde aan de arbeidsovereenkomst te maken. En hetzelfde geldt als werkgever het nog veel bonter maakt en bijvoorbeeld via een treitercampagne bewust een onwerkbaar situatie heeft gecreëerd.

Zulk gedrag van een werkgever verdient uiteraard geen schoonheidsprijs noch een beloning. Een ontbinding van de arbeidsrelatie op de g-grond kan in dit soort gevallen wel als een beloning voelen: werkgever krijgt immers waar hij op uit was. Toch beoordeel ik de ontbindingsmogelijkheid in die gevallen als positief. De g-grond is mijns inziens het ventiel dat het nieuwe ontslagrecht met zijn rigide systeem van ontslaggronden nodig heeft. Als de druk in de arbeidsrelatie – om wat voor reden dan ook – zeer hoog oploopt en dat proces niet te stoppen is, opent het veiligheidsventiel van de g-grond. Dat die druk soms zo hoog oploopt wegens de werkgever (zeer) verwijtbare redenen, is de realiteit. Het heeft dan geen zin om, *omdat* werkgever zo verwijtbaar heeft gehandeld, de verziekte arbeidsverhouding in stand te houden – als vorm van ontslagbescherming.

Essentieel is dat in deze gevallen *ontslagbescherming in andere vorm* wordt gerealiseerd. De ontslagbescherming die de WWZ-wetgever voor ogen stond – ‘Bestandsschutz ofwel instandhouding van het dienstverband, tenzij een redelijk handelende werkgever op goede grond ontslag nastreeft’ – wordt dan losgelaten. De ontslagbescherming moet dan worden

geboden in de vorm van een *substantiële billijke vergoeding*. In dergelijke gevallen kan de berekening van de vergoeding niet conform de (kern)aanwijzingen van de wetgever geschieden. Die aanwijzingen zijn kort gezegd afstemming op de ernst van het verwijtbare gedrag van de werkgever (om de werknemer te compenseren voor het ernstig verwijtbaar handelen en om richting werkgever preventief en bestraffend te werken), maar – vooral – géén afstemming op de (financiële) gevolgen van het ontslag voor de werknemer. Ik laat die aanwijzingen nu even voor wat ze zijn (ik heb daarover zeer kritisch geschreven: ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: onttaardt het door de wetgever geregisseeerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, AR 2016-0200; zie daarover in andere zin: P. Kruit, ‘De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?’, AR 2016-0742).

Waar het mij nu om gaat is dat die aanwijzingen zijn geformuleerd rond het uitgangspunt van het nieuwe systeem: ontslagbescherming in de vorm van ‘Bestandsschutz (tenzij)’. Bij de g-grond kan, zoals betoogd, ook sprake zijn van een ‘redelijke grond’ voor ontbinding als de werkgever zich zeer onredelijk jegens werknemer heeft gedragen. De redelijkheid zit dan in de noodzaak, de onontkoombaarheid, van het einde van het dienstverband. Bij een dergelijke, van het uitgangspunt afwijkende, beëindiging van het dienstverband hoort een daarop afgestemde billijke vergoeding. Die vergoeding moet de doorbreking van het uitgangspunt van Bestandsschutz afdekken. *De werknemer raakt zijn dienstverband kwijt als direct gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever*. De ‘Bestandsschutz-vervangende’ billijke vergoeding dient de door het verloren gaan van de dienstbetrekking geleden schade van de werknemer te vergoeden. Die vergoeding dient primair daarop te worden afgestemd en daarnaast kan de rechter uiteraard ook preventieve en punitieve aspecten laten meewegen. De Graaf bepleit iets soortgelijks in zijn noot bij JAR 2016/26. Hij concludeert (schoorvoetend) dat de schuldvraag niet relevant is bij de beoordeling van de verstoorde arbeidsrelatie, en stelt dat (de onredelijkheid van) het handelen van de werkgever ten volle terug moet komen in de billijke vergoeding. Overigens kunnen in de door de wetgever gegeven aanwijzingen (tegenstrijdig als zij zijn) hiervoor wel aanknopingspunten worden gevonden. De wetgever stelt daarin namelijk ook dat het niveau van de vergoeding moet aansluiten op ‘de uitzonderlijke omstandigheden van het geval’. Ik heb hierboven betoogd dat bij bedoelde g-grondontbindingen er bij uitstek sprake is van ‘uitzonderlijke omstandigheden’.

Er is nog een andere reden om de billijke vergoeding in zulke gevallen bijzonder hoog vast te stellen. Voorkomen moet worden dat de g-grond werkgevers met gebrekkige ontslagdossiers als het ware verleidt tot het verzieken van de arbeidsrelatie ofwel tot slecht werkgeverschap (waar Sagel beducht voor was in zijn oratie, 2014, p. 12). Bij de vaststelling van de hoogte van een ‘Bestandsschutz-vervangende’ billijke vergoeding zal de rechter de algemene preventieve werking die daarvan uit dient te gaan moeten betrekken. De notoir asociale werkgevers zullen daarmee niet worden bereikt, maar het kan wel een rem zetten op bewust vluchtgedrag ‘in g’.

Ten slotte merk ik op dat dit aansluit bij de oude beleidsregels (Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, hoofdstuk 27). In paragraaf 8, getiteld ‘Schuldvraag’ werd nog opgemerkt: ‘Hoewel de schuldvraag bij de beoordeling van de ontslagaanvraag zoals gezien, geen rol speelt, kan UWV hieraan in de ontslagbeschikking wel aandacht besteden. Indien de verstoring immers in

overwegende mate aan werkgever te wijten zou zijn, kan op die wijze de werknemer een handreiking krijgen in het kader van een eventuele kennelijk onredelijk ontslagprocedure.’ In het stappenplan in paragraaf 9 wordt hier nog als volgt naar verwezen: ‘Is inzake de verstoorde arbeidsrelatie sprake van een zodanige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever dat hier aandacht aan moet worden besteed in de beschikking om daarmee de werknemer een handvat te bieden voor een eventuele kennelijk onredelijk ontslagprocedure? Indien aannemelijk en/of terecht, daarover zo mogelijk een opmerking toevoegen.’ Onder de WWZ kan de rechter dit op dezelfde manier vormgeven (aldus ook Hakvoort, 2015, p. 13). Als hij oordeelt dat werkgever in overwegende mate schuldig is aan de verstoorde arbeidsverhouding, dan kan hij de arbeidsovereenkomst ontbinden onder toekenning van een – substantiële – billijke vergoeding aan werknemer.

Jurisprudentie

Wat doet de rechter met de schuldvraag? Ik geef enkele voorbeelden die illustratief zijn voor de besproken problematiek.

In Ktr. Maastricht 3 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3816, AR 2016-0496 gaat het om een werknemer die al langere tijd volgens werkgever onvoldoende presteert. Werkgever heeft al twee beëindigingsvoorstellen aan werknemer gedaan, die beide door werknemer zijn afgewezen. Werknemer is uiteindelijk arbeidsongeschikt uitgevallen. Werkgever verzoekt ontbinding op de d-grond en subsidiair op de g-grond. De kantonrechter wijst beide gronden af en overweegt ten aanzien van de g-grond als volgt (cursiveringen toegevoegd). R.o. 4.9: *‘Nog daargelaten of er daadwerkelijk sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, miskent [werkgeefster] dat zij door het niet opzetten van een verbetertraject en het reeds in januari 2015 aansturen op een einde van de arbeidsovereenkomst, die (vermeende) verstoring in overwegende mate zelf heeft veroorzaakt. Evenmin is gesteld of gebleken welke substantiële en concrete inspanningen [werkgeefster] heeft verricht om de (vermeende) verstoring van de arbeidsverhouding op te lossen.’* Met de uitkomst kan ik goed leven, met de motivering minder. Zoals de kantonrechter terecht aangeeft (in r.o. 4.8) moet de werkgever in de eerste plaats aannemelijk maken dat de verstoring van de arbeidsrelatie ernstig en duurzaam is. Dit is het primaire toetsingscriterium. De kantonrechter laat een beoordeling daarvan ten onrechte daar, vanwege de schuld van de werkgever aan de (vermeende) verstoring. Daarmee wordt de afwijzing te zeer op de schuldvraag gebaseerd. Overigens zou bij de beoordeling van de ernst en duurzaamheid van de verstoring een opmerking over de schuld van werkgever daaraan niet misstaan. In twijfelgevallen zoals deze – waarin de werkgever wel erg snel aanstuurt op beëindiging zonder dat sprake is van zodanig wangedrag dat daar geen ontkomen meer aan is – kan de mate van schuld van de werkgever er mijns inziens wel toe leiden dat de rechter bij zijn beoordeling van de situatie de werkgever niet het voordeel van de twijfel gunt.

Het zal naar het voorgaande niet verbazen dat ik de volgende opmerking uit Ktr. Utrecht 21 december 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:9189, AR 2015-1306, JAR 2016/26 m.nt. De Graaf) onjuist acht (r.o. 4.3): ‘is voldoende gebleken dat er sprake is van een verstoorde

arbeidsverhouding. Dit gegeven is echter sedert de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (...) niet zonder meer voldoende om van een verstoorde arbeidsverhouding te spreken (...). Daarvoor is vereist dat van [werkgever] redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. *Aan dit wettelijke vereiste zal in beginsel niet zijn voldaan indien de werkgever ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate een verwijt treft* (cursivering toegevoegd). Ook in die casus had de kantonrechter tot hetzelfde resultaat (afwijzing van de ontbinding) kunnen komen door te beargumenteren dat de verstoring niet ernstig en duurzaam is. Zoals de rechter zelf zegt, was weliswaar gebleken dat werknemer een kritische werknemer is, maar dit betekent nog niet dat er daarmee ‘als vanzelf’ sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding, dat van werkgever niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Voorts had werkgever (een grote bank) niet aannemelijk gemaakt dat er geen herplaatsingsmogelijkheden elders binnen de organisatie waren. De uitkomst blijft dezelfde, namelijk dat er geen voldragen g-grond is.

Andere rechters ontbinden wél, ook al is werkgever ter zake van de verstoorde verhoudingen (ernstig) verwijtbaar. Ik noem kort enkele voorbeelden waarin de rechter in bedoelde situatie de arbeidsovereenkomst ontbond op de g-grond (veelal als subsidiaire grond aangevoerd door werkgever), terwijl werknemer (primaair) als verweer aanvoerde dat geen sprake was van een voldragen g-grond. Twee voorbeelden uit het Haagse, in de eerste plaats Ktr. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404, AR 2016-0376. Na een eerdere weigering, onder het oude recht, van het UWV om een ontslagvergunning te verlenen, heeft de (kleine) werkgever geen enkele poging gedaan om alsnog een deugdelijk verbetertraject te doorlopen. Werkgever is in plaats daarvan wederom overgegaan tot een langdurige, niet gemotiveerde op non-actiefstelling én heeft in de tussentijd van vrijwel alle medewerkers verklaringen opgevraagd ter onderbouwing van zijn standpunt. Daarmee heeft werkgever feitelijk een terugkeer van werknemer naar het werk onmogelijk gemaakt. De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsverhouding dusdanig is beschadigd dat deze moet worden ontbonden op de g-grond, onder toekenning van een billijke vergoeding van € 35.000 aan werknemer.

Daarnaast Hof Den Haag 23 augustus 2016, AR 2016-0989. Het hof oordeelt dat de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam verstoord is geraakt en geeft daarbij hetzelfde toetsingskader aan als ik hiervoor heb geschetst: ‘Dat de verstoring zeker ook aan [werkgever] te wijten is, staat hieraan naar het oordeel van het hof niet in de weg. In de Beleidsregels UWV over de verstoorde arbeidsverhouding – waaraan deze ontslaggrond (...) is ontleend – is geen aanwijzing te vinden dat het verzoek om toestemming tot ontslag zou moeten worden geweigerd indien de verstoring (grotendeels) aan de werkgever te wijten is. Integendeel. In onderdeel 8 van hoofdstuk 27 van de Beleidsregels UWV wordt met zoveel woorden opgemerkt dat de *schuldvraag* bij de ontslaggrond verstoorde arbeidsrelatie geen toetsingscriterium is, omdat deze geen element vormt blijkens het Ontslagbesluit. Ook in de wetsgeschiedenis van de WWZ is geen aanwijzing te vinden dat de omstandigheid dat de verstoring van de arbeidsrelatie grotendeels aan de werkgever te wijten is, een [g]rond zou kunnen zijn voor afwijzing van het ontbindingsverzoek.’

Dezelfde lijn is te zien in Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2016,

ECLI:NL:GHARL:2016:6882, 2016-0965. De arbeidsverhouding tussen werkgever en werkneemster, hoofd vastgoedbeheer, wordt als ernstig en duurzaam verstoord aangemerkt (ondanks het feit dat werkneemster dat betwistte). Het hof oordeelt: 'In de situatie dat de arbeidsverhoudingen duurzaam en grondig zijn verstoord kan van een werkgever in beginsel niet worden geveerd dat hij de arbeidsverhouding nog langer voortzet; een basis voor een vruchtbare verdere samenwerking (ook na eventuele herplaatsing (...)) ontbreekt in dat geval. In beginsel rechtvaardigt die situatie bijgevolg een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het hof is niet gebleken van omstandigheden om daar in dit geval anders over te oordelen.' Dit terwijl het hof, anders dan de kantonrechter, de verstoring toeschrijft aan ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever: 'Het tegen haar wil (blijven) lastig vallen van een zieke, mentaal kwetsbare, werknemer met voorstellen tot beëindiging van de arbeidsverhouding, waardoor [werkgever] ook de re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd, acht het hof een ernstig verwijtbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van een werkgever jegens zijn werknemer. Nu aannemelijk is dat dit ook een belangrijke oorzaak is geweest voor het ontstane arbeidsconflict, is daarmee (...) voldaan aan de criteria voor toekenning van een billijke vergoeding.'

3. Zit in deze grond de meeste rek?

Houweling en Kruit hebben onderzoek gedaan naar de kans van slagen van een ontbindingsverzoek van de werkgever vóór en na invoering van de WWZ en hoe die kans per ontslaggrond is (A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar de gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016/264). Hun analyse van niet-gepubliceerde rechtspraak (de gepubliceerde rechtspraak geeft op dit punt geen betrouwbaar beeld, aldus de onderzoekers) laat bijna een verviervoudiging van het aantal afwijzingen zien sinds de invoering van de WWZ (van 9 naar 38%). Wat betreft het aantal toe- en afwijzingen per ontslaggrond zijn hier de 'directe ontbindingsgronden' artikel 7:669 lid 3 onderdeel c t/m h BW relevant. De cijfers (wederom: niet-gepubliceerde rechtspraak) van de c- en f-grond kunnen worden weggestreept, nu het daar slechts enkele zaken betreft. Dan blijven naast de g-grond over de gronden disfunctioneren (d), verwijtbaar handelen werknemer (e) en de 'rest-grond' (h). De d-grond blijkt verreweg de lastigste te zijn voor werkgever. Een ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren werd slechts in 16% toegewezen. De h-grond wordt conform de wens van de wetgever beperkt toegepast: 29% van de verzoeken werd toegewezen. De e- en g-grond bleken vaker tot succes te leiden voor werkgever, die kans is namelijk bijna 50% (hier ontlopen de cijfers uit de gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak elkaar overigens nauwelijks). Worden de pro forma's (veelal op de g-grond) eruit gefilterd, dan daalt het aantal toewijzingen op de g-grond tot 43%.

Het verbaast niet dat de g-grond tot de kansrijkste (directe) ontbindingsgronden voor de werkgever behoort. Ter beoordeling of sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat voortdurend van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs niet van werkgever kan worden geveerd, kan de rechter in vergelijking met de andere gronden in de ruimste zin op redelijkheid toetsen. De beleidsregels van het UWV noemden de verstoorde arbeidsrelatie, in vergelijking met de andere persoonsgebonden gronden, niet voor niets 'een

restgrond met geheel eigen toetsingsmaatstaven' (hoofdstuk 27, par. 1). Er kan sprake zijn van *incompatibilité d'humeur*, van een geschonden vertrouwensband of een optelsom van verschillende gebeurtenissen. Volgens de beleidsregels komt bij de beoordeling van deze ontslaggrond 'de redelijkheid in volle omvang naar voren en (worden) alle omstandigheden van het geval meegewogen' (par. 7). Daarbij kunnen vele verschillende factoren relevant zijn. Aan werknemerszijde bijvoorbeeld de duur van het dienstverband, zijn staat van dienst, leeftijd en arbeidsmarktpositie. Aan werkgeverszijde onder andere de omvang van de onderneming en van het personeelbestand en de ernst van de gevolgen van de verstoorde arbeidsrelatie voor de bedrijfsvoering. Voorts de herstpogingen (mediation, gesprekken) die werkgever heeft beproefd en de herplaatsingsmogelijkheden (alternatieve functie, andere afdeling) die er zijn.

Hoewel de wetgever het individuele maatwerk zo veel mogelijk uit het nieuwe ontslagrecht heeft gesloopt, biedt juist de g-grond de rechter daar nog ruimte voor. Niet alleen omdat de rechter bij deze grond nog de breedste blik lijkt te mogen werpen op de zaak, maar ook omdat de rechter – in zaken waarin werkgever 'de grote schuldige' aan de verstoring is – twee mogelijkheden heeft om ontslagbescherming te bieden aan werknemer. De rechter heeft immers de keuze tussen ofwel afwijzen van het ontbindingsverzoek ofwel toewijzen onder toekenning van een substantiële ('Bestandsschutz'-vervangende) billijke vergoeding.

4. Conclusie

Hét toetsingscriterium voor de g-grond is of sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie. De verstoring moet een dusdanige aard hebben dat herstel van de relatie niet meer mogelijk is. Het 'probleem' in de relatie moet voldoende ernstig (objectief en/of subjectief) zijn. Zo kan een mondige en 'dus' lastige werknemer door de werkgever als stoorzender worden ervaren, maar daarmee is er nog geen ernstig verstoorde arbeidsverhouding. Ingeval er wél een ernstige verstoring is, is de vraag of die duurzaam is. Behoort herstel in redelijkheid nog tot de mogelijkheden? De duurzaamheid van de verstoring kan op twee manieren aannemelijk worden gemaakt. De verstoring is al langere tijd aanwezig en werkgever heeft al heel wat – serieuze – 'herstpogingen' gedaan. De houding van werknemer – heeft deze zich voldoende 'herstelbereid' getoond? – speelt daarbij ook een rol. Daarnaast kan – als zich recentelijk een ernstig voorval heeft voorgedaan – uit de zware ernst daarvan worden afgeleid dat de verstoorde relatie niet zal kunnen worden hersteld. De duurzaamheid van de verstoring kan dan ook worden gebaseerd op de gerede verwachting dat de ernstige verstoring blijvend zal zijn. Als de verwachting is dat er niets meer te redden valt, is het niet nodig de werkgever nog het verplichte nummer 'verbeterpogingen' te laten opvoeren. Wel zal steeds moeten worden beoordeeld of overplaatsing mogelijk (en van werkgever te vergen) is. In dat geval hoeft ontslag immers niet noodzakelijk te zijn. De bescherming van de werknemer zit vooral in dit toetsingskader. Een correcte en goed gemotiveerde toepassing door de rechter van de criteria 'ernstig' en 'duurzaam' is dus cruciaal.

De schuldvraag speelt volgens de wetgever geen rol bij de beoordeling of er een voldragen g-grond is. Dit leid ik af uit zijn – zeer nadrukkelijke – verwijzingen naar de oude

toetsingscriteria van het UWV, waarin dit expliciet was vermeld. De voorbeelden die de WWZ-wetgever geeft van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever bevestigen deze conclusie. Dit betekent dat de g-grond een voldragen ‘redelijke grond’ voor ontbinding kan opleveren, ook als de werkgever juist niet redelijk heeft gehandeld. Mogelijk heeft hij zelfs ernstig verwijtbaar gehandeld. Het ‘redelijke’ van deze ‘redelijke ontslaggrond’ (zie de aanhef van art. 7:669 lid 3 BW) zit dus niet in de redelijkheid van het optreden van de werkgever, maar in het gegeven dat een verziekte en (naar verwachting) niet te herstellen arbeidsrelatie niet hoeft te worden gecontinueerd. Als voortzetting van de arbeidsrelatie zinloos en het einde onontkoombaar is, is ontbinding redelijk. De g-grond is wat dat betreft een vreemde eend in de bijt. Het uitgangspunt van het nieuwe ontslagrecht is ‘Bestandsschutz, tenzij een redelijk handelende werkgever op goede grond ontslag nastreeft’. Een g-grondontbinding is echter ook mogelijk als we weliswaar een goede ontslaggrond zien – een niet te herstellen verziekte arbeidsrelatie – maar het tegendeel van een redelijk handelende werkgever. De wetgever heeft dat zelf niet onderkend.

Het gaat er uiteindelijk om, aan de hand van alle omstandigheden, vast te stellen of *herstel van de relatie in redelijkheid mogelijk is*. Het hoeft geen betoog dat juist als werkgever doelbewust op een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie heeft aangestuurd, de kans op herstel klein is. Het is jammer dat de WWZ-wetgever niet nauwer bij de formulering uit artikel 5:1 lid 4 Ontslagbesluit heeft aangesloten. In de nieuwe formulering van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW – namelijk dat het laten voortduren van de arbeidsovereenkomst ‘van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd’ – lijkt de redelijkheid gericht op *wat van werkgever te vergen valt*. Dat jaagt de rechter natuurlijk het harnas in: een treiterende werkgever kan ontbinding wel op zijn buik schrijven, van hem kan het uiterste worden gevergd! Dit terwijl de wetgever met deze woorden iets anders heeft bedoeld. Hij stelt immers in de memorie van toelichting dat in deze formulering de criteria ‘ernstig en duurzaam verstoord’ tot uitdrukking komen. Zijn woordkeuze is echter ongelukkig en hangt meen ik samen met het feit dat hij bovenbedoeld punt niet onderkent. Het verdient aanbeveling de g-grond te herformuleren. Ik stel voor: ‘een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie, zodanig dat herstel van de relatie, al dan niet door overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, redelijkerwijs niet mogelijk is’. Daarmee is het kerncriterium genoemd én is de redelijkheid duidelijk gericht op het al dan niet bestaan van een herstelmogelijkheid.

De beoordeling of herstel in redelijkheid mogelijk is, moet dus in principe geschieden los van de vraag wie de (hoofd)schuldige is aan de verstoring van de arbeidsverhouding. Naar mijn mening kan de schuldvraag wel een – bescheiden – rol spelen bij de beoordeling, indien de rechter op basis van het feitenmateriaal twijfelt aan de ernst en/of duurzaamheid van de verstoring. In dat geval kan hij, als hij de werkgever als belangrijkste veroorzaker ziet, besluiten de werkgever niet ‘het voordeel van de twijfel’ te geven en de arbeidsrelatie (vooralsnog) in stand te laten.

Ik zie de g-grond als veiligheidsventiel in het rigide systeem van ontslaggronden. Dat ventiel opent zich als de druk in de arbeidsrelatie – om wat voor reden dan ook – te hoog is opgelopen en dat proces onomkeerbaar lijkt. Dat die druk soms zo hoog oploopt wegens de

werkgever zeer verwijtbare redenen, is de realiteit. In die g-grondgevallen moet het uitgangspunt van het nieuwe ontslagrecht – ontslagbescherming in de vorm van ‘Bestandsschutz (tenzij)’ – noodgedwongen worden losgelaten.

Het is essentieel dat de ontslagbescherming van de werknemer dan in andere vorm wordt gerealiseerd. Dat is mogelijk als de rechter oordeelt dat werkgever niet ‘slechts’ verwijtbaar, maar *ernstig* verwijtbaar heeft gehandeld. Dat etiket zal de rechter steeds op het handelen van de werkgever kunnen (en moeten) plakken, als die laatste wordt aangewezen als de ‘grote schuldige’ aan de verstoorde arbeidsverhouding (denk aan *an sich* zeer laakbaar gedrag (zoals discriminatie, intimidatie), bewust aansturen op of creëren van de verstoorde arbeidsverhouding). De ontslagbescherming van de werknemer moet dan worden geboden in de vorm van een *substantiële* billijke vergoeding. In die billijke vergoeding dient tot uitdrukking te komen dat de werknemer zijn *dienstverband kwijt is geraakt als direct gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever*. Zij zal, naast een preventief en punitief element – waarbij op (het gedrag van) de werkgever wordt afgestemd – de doorbreking van het uitgangspunt van ‘Bestandsschutz (tenzij)’ moeten afdekken. Dat laatste betekent dat deze billijke vergoeding primair op de (schade van) werknemer moet worden afgestemd. De door de wetgever gegeven (tegenstrijdige) aanwijzingen voor de hoogte van de billijke vergoeding bieden hiervoor overigens een aanknopingspunt: het niveau van de vergoeding moet volgens de wetgever aansluiten op ‘de uitzonderlijke omstandigheden van het geval’. Het lijkt mij dat bij de bedoelde g-grondontbindingen er bij uitstek sprake is van dergelijke ‘uitzonderlijke omstandigheden’.