

9. Het feit dat in het loonruimte-akkoord is opgenomen dat de gemaakte afspraken door de Pensioenkamer één op één zullen worden bekrachtigd wordt dus zowel door de rechtbank als door het gerechtshof onvoldoende geoordeeld om te concluderen dat er geen sprake zou zijn van open en reëel overleg. In onze ogen terecht. Kern van de toepassing van open en reëel overleg is immers dat partijen de bereidheid hebben om met elkaar tot een oplossing te komen, waarbij men rekening houdt met elkaars standpunten en positie. In dit geval wordt dit feit ingekleurd door twee aspecten: (1) de omstandigheid dat de ACOP FNV in de informele setting bij het (onderhandelings)traject lange tijd actief betrokken is geweest en (2) de mogelijkheid die aan de ACOP FNV (direct en indirect) is geboden om in de formele setting alsnog inhoudelijk op het akkoord in te gaan. De combinatie van deze aspecten maakt in onze ogen de uitkomst terecht. Het zou anders liggen op het moment dat het informele traject niet of op andere wijze was vormgegeven. Indien de ACOP FNV immers geen positie had gehad in het informele traject zou wellicht de mogelijkheid in de formele setting anders zijn beoordeeld omdat er dan eerder sprake zou kunnen zijn van 'onderhandelingen' waarvan de uitkomst al vaststaat. Kortom, de feiten waren in het nadeel van ACOP FNV.

S.F.H. Jellinghaus en E.G.M. Huisman
De Voort advocaten Mediators

26
Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter) 28 oktober 2015, nr. 4376808 EA VERZ 15-859 ECLI:NL:RBAMS:2015:7786 (mr. Konings) Noot L. van Luipen
Afwijzing ontbindingsverzoek. Disfunctioneren. Verwijtbaar handelen. Verstoorte arbeidsrelatie.
Wijziging juridische grondslag ontbindingsverzoek ter zitting toegestaan. Afwijzing ontbindingsverzoek op basis van d-grond, e-grond, g-grond en h-grond.
[BW art. 7:669 lid 3 onderdeel d, e, g en h, 7:671b]

Werknemer is op 1 maart 2012 in dienst getreden van CIG in de functie van Business Application Consultant. CIG verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel d (ongeschiktheid). Ter terechtzitting heeft CIG aangevoerd dat zij de juridische grondslag wil wijzigen, zodat primair ontbinding wordt verzocht wegens ernstig verwijtbaar handelen en subsidiair op grond van art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel d, dan wel onderdeel e of onderdeel g. Meer subsidiair beroept CIG zich op art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel h. Aan het verzoek legt CIG ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – herhaald onacceptabel gedrag van werknemer, culmineerend in wangedrag bij opdrachtgever ANWB op 10 juli 2015. Het gedrag van werknemer komt er volgens CIG op neer dat werknemer zich negatief uitlaat over de ANWB, dat hij de projectleider van de ANWB op 29 juni 2015 ten overstaan van het projectteam heeft verzocht om de ruimte te verlaten en ergens anders heen te gaan en dat hij op 1 juli 2015 tegen haar tekeer is gegaan en haar heeft beledigd. CIG heeft werknemer al eerder, in 2013, in kennis gesteld

van haar bezwaren tegen zijn functioneren en hem in de gelegenheid gesteld door middel van een verbetertraject en periodieke gesprekken zijn functioneren te verbeteren. Werknemer heeft bezwaar gemaakt tegen de gewijzigde grondslag ter terechtzitting en voert verweer tegen het ontbindingsverzoek.

De kantonrechter laat de wijziging van de juridische grondslag toe. CIG heeft gewezen op het feitencomplex dat ongewijzigd blijft en dat volgens haar ieder van de door haar genoemde gronden kan dragen. Werknemer heeft geen zwaarwegende bezwaren aangevoerd op grond waarvan de gewijzigde gronden buiten beschouwing zouden moeten worden gelaten. De kantonrechter acht de wijziging niet in strijd met de eisen van een goede procesorde. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door CIG naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond op voor ontbinding. De kantonrechter wil aannemen dat werknemer zich ondiplomatiek heeft uitgedrukt jegens X. Dit kan echter niet los worden gezien van de door werknemer ervaren druk en spanning in de periode voorafgaand aan de livegang en de hectiek op de dag zelf, waarbij – zo schrijft ook X in haar aanvullende verklaring – niet alles vlekkeloos verliep. Gelet op zijn uitdrukkelijke betwisting, staat onvoldoende vast dat werknemer X heeft beledigd. Hoewel het natuurlijk betreurenswaardig is dat X te kennen heeft gegeven niet meer te willen samenwerken met werknemer, kan enkel op grond daarvan niet worden geconcludeerd dat werknemer op 29 juni en/of 1 juli 2015 verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de aangevoerde e-grond niet tot ontbinding leidt. Feit is dat hij na het voorval, waarover is geklaagd, nog ruim een maand, tot zijn vakantie, bij de ANWB heeft gewerkt en er over de inhoud van het werk door de ANWB geen klachten zijn geuit. Het door CIG genoemde incident met de ANWB kan ook niet leiden tot ontbinding op grond van de d-grond (ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid). Dat werknemer opvliegend en impulsief is en daar zowel intern als tegenover klanten op ongepaste wijze uiting aan geeft, zoals CIG aanvoert, kan op basis van hetgeen over het incident bij de ANWB op en rond 1 juli 2015 is komen vast te staan, onvoldoende worden vastgesteld. Er is niet gebleken dat het gedrag van werknemer in de periode van september 2013 tot aan het recente voorval met de ANWB, onacceptabel was. Het door CIG aangevoerde feitencomplex leidt evenmin tot ontbinding op grond van de g-grond (een verstoorte arbeidsverhouding). Dat X c.q. de ANWB niet meer met werknemer wil samenwerken staat wel vast, maar dat wil nog niet zeggen dat de arbeidsverhouding met CIG is verstoord. Herplaatsing van werknemer is binnen een redelijke termijn mogelijk. Bij het coachingstraject in het verleden heeft hij laten zien dat hij in korte tijd in staat is zijn gedrag aan te passen. Het is goed mogelijk dat het geschil met X door middel van een goed gesprek kan worden opgelost. Als dat niet mogelijk is, dan kan CIG X op een ander project inzetten. De (meer subsidiair) aangevoerde h-grond leidt ook niet tot ontbinding. De h-grond is niet bedoeld voor het repareren van onvoldoende onderbouwd ontslag op een van de andere gronden. CIG heeft geen andere feiten en omstandigheden aangevoerd die zodanig zijn dat van haar niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

de besloten vennootschap Customer Interaction Group B.V.
gevestigd te Amsterdam
verzoekster
nader te noemen: CIG
gemachtigde: mr. B.J.R.M. van Spaendonck
tegen
[verweerder]
wonende te [plaats]
verweerder
nader te noemen: [verweerder]
gemachtigde: mr. Ph. A. de Koningh

Kantonrechter:*Verloop van de procedure*

CIG heeft op 14 augustus 2015 een verzoek met bijlagen ingediend dat strekt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [verweerder].

[verweerder] heeft een verweer met bijlagen tevens (deels voorwaardelijk) tegenverzoek ingediend.

De verzoeken zijn mondeling behandeld op 7 oktober 2015. Voor CIG zijn verschenen [naam 1] ([functie]) en [naam 2] ([functie]), vergezeld door de gemachtigde. [verweerder] is verschenen, vergezeld door zijn echtgenote en bijgestaan door de gemachtigde. Partijen hebben hun standpunten aan de hand van pleitaantekeningen toegelicht. Na verder debat is een datum voor beschikking bepaald.

*Gronden van de beslissing**Uitgangspunten*

1. Er wordt uitgegaan van het volgende:

1.1. [verweerder], geboren op [datum], is op 1 maart 2012 voor zes maanden bij CIG in dienst getreden in de functie van Business Application Consultant. Zijn werkzaamheden bestaan uit het installeren en opleveren van software bij klanten van CIG en het instrueren van medewerkers van de klant in het gebruik van de software.

1.2. Vanaf 1 september 2012 is hij in vaste dienst.

1.3. Het salaris van [verweerder] bedraagt thans € 3700,- per maand, exclusief vakantietoeslag en emolumenten.

1.4. Naar aanleiding van een gesprek met [verweerder] op 27 februari 2013 heeft CIG op 6 maart 2013 met [verweerder] afspraken gemaakt en vastgelegd in een brief met als kenmerk: 'verbetertraject'. Daarin staat:

(...) Elke twee weken zal er een voortgangsgesprek plaatsvinden tussen jou en ondergetekende. Tijdens dit gesprek zal er worden teruggekeken op de voorgaande twee weken. Hierbij wordt er besproken welke zaken jou hebben doen wankelen, wat daar eventueel door ons aan kan worden bijgedragen om dit tegen te gaan en zal jouw reactie op deze voorbeelden worden geëvalueerd. Vanuit dit overleg zullen actiepunten en/of ontwikkelpunten worden gedefinieerd waar jij, maar ook wij, mee aan de slag zullen gaan om tot verbetering te komen. Tevens zal er driewekelijks een gesprek plaatsvinden tussen jou en [naam 3] (...). Dit gesprek zal een coachingsgesprek zijn waarbij de voorgaande weken als referentiemateriaal zal worden gebruikt. Daarnaast zal ook ondergetekende elke drie weken een coachingsgesprek hebben met [naam 3]. Begin juni zullen we wederom in de setting van 27 februari bijeen komen (...). [naam 3] (...) zal vanuit zijn coachingsrol een aanbeveling geven. Daarnaast zullen ook jij en CIG op dat moment bepalen of we een hernieuwde basis zien om op door te bouwen met elkaar. (...).

1.5. [verweerder] heeft enkele gesprekken gevoerd met de coach.

1.6. In een gespreksverslag van 12 maart 2013, ondertekend door [verweerder] en de manager Consultancy staat dat de communicatie open is en het spanningsveld is weggenomen, dat er meer begrip voor elkaar is gekomen waardoor onderlinge communicatie en taakverdeling soepeler verloopt en dat [verweerder] zich niet meer gek laat maken, de overmatige stroom van communicatie van de klant beter weet te relativeren, wat er voor zorgt dat hij de rust bewaart.

1.7. Begin september 2013 heeft CIG met [verweerder] gesproken over een andere functie. In een brief van 11 september 2013 heeft CIG aan [verweerder] een 'laatste en officiële waarschuwing' gestuurd, inhoudende:

De afgelopen tijd hebben tussen jou, je manager en ondergete-

kende gesprekken plaatsgevonden naar aanleiding van escalaties danwel botsingen met collega's of leidinggevende. De onderbouwing waar het fout gaat komt neer op de volgende hoofdoorzaken: – Je reageert ongenueanceerd op momenten dat je geagiteerd bent. De redelijkheid verdwijnt daarin, je uit je vijandig en dreigt met opstappen; – je vergelijkt jouw optreden met die van anderen en geeft aan je "net zo" te zullen gedragen, in negatieve zin; – je wilt op die momenten niet in gesprek treden en wanneer je het wel doet reageer je nonchalant en schouderophalend. Je optreden zoals hierboven beschreven verslechtert de onderlinge communicatie en samenwerking in projecten en heeft een negatieve uitwerking op je directe collega's, hetgeen een onaanvaardbare situatie is. In mei zijn we een coachingstraject ingegaan om jou te helpen te verbeteren. Hoewel een opgaande lijn zichtbaar is en je te kennen hebt gegeven dat je blij bent met de geboden steun, is recentelijk weer de spreekwoordelijke bom gebarsten. Je hebt werk geweigerd en werd onredelijk boos. Wij hebben vrijdag 6 september een gesprek gehad waarin wij alle bovenstaande zaken hebben besproken en waarin ik jou heb meegedeeld dat dit de allerlaatste keer is. Indien er nog één keer sprake is van niet functioneren conform onderstaande punten zullen we helaas genoodzaakt zien je arbeidsovereenkomst te beëindigen.

De brief eindigt met een viertal punten die – samengevat – inhouden dat [verweerder] nuance moet aanbrengen in wat hij zegt of schrijft, pro-actief de samenwerking met collega's moet zoeken en een voorbeeldrol dient te vervullen, positiviteit moet uitstralen en alle werkzaamheden dient te verrichten die CIG redelijkerwijs van hem kan verlangen.

1.8. Bij brief van 1 oktober 2013 heeft [verweerder] aan CIG laten weten het niet eens te zijn met de 'waarschuwing'. Hij schrijft dat hij tijdens het gesprek niet blij was met de hem voorgestelde nieuwe functie, maar dat hij die wel gaat uitvoeren. Hij betwist dat hij onredelijk boos is geweest.

1.9. Vanaf januari 2015 werkte [verweerder] voor CIG als consultant bij de ANWB aan de opdracht om het bestaande communicatieplatform om te zetten naar een nieuw systeem. Het nieuwe systeem ging op 1 juli 2015 'live'.

1.10. Bij e-mail van 10 juli 2015 heeft [naam 4], [functie], aan CIG geschreven (voor zover hier van belang):

Helaas moet ik me tot je wenden om een klacht bij je neer te leggen omtrent het functioneren van [verweerder] ([verweerder]). Hij is in de lead voor de functionele inrichting van het Communicatieplatform maar dit is de afgelopen weken verre van vlekkeloos verlopen. (...) Wat ik niet kan begrijpen en niet kan tolereren als verantwoordelijk voor het project dat hij continue zich negatief blijft uitlaten over de anwb. (...) Op 29 juni daags voor livegang geeft hij me ten overstaan van het projectteam te kennen dat hij wil dat ik de ruimte verlaat omdat hij helemaal gek wordt van mij. Ik vraag wat hij bedoelt maar hij blijft doorgaan in de trant van ik wordt echt helemaal gek van jou en iedereen hier ga ergens anders heen. (...) Op woensdag 1 juli starten we met de helpdesk in de nieuwe omgeving. Na het eerste half uur-tje druk keren we gezamenlijk terug in de vergaderzaal en vraag ik aan [verweerder] hoe het gaat op de vloer en of er nog punten die zijn die opgelost moeten worden? Daarna zal hij opnieuw tekeer gaan en beledigen door te zeggen, jij met je kSproject denkt dat alles voor elkaar is maar mooi niet het is een klerezooi hier. Dan zijn we compleet met het hele team bij elkaar inclusief een aantal mt leden vanuit IT. Ik vraag hem wat het probleem is en hij geeft aan dat er headsets ontbreken en mensen niet kunnen inloggen en hij nog medewerkers heeft moeten trainen. Daarna blijft hij doorgaan met jij met je kSproject etc. Ik zeg alleen pardon tegen hem je gaat nu echt veel te ver. Daarna is het nog niet over moet jij zeggen met te ver gaan, jij denkt

dat je alles kunt maken etc. (...) De manier waarop [verweerder] denkt met mij om te kunnen gaan is onprofessioneel, ongepast en ongewenst en geen basis voor verdere samenwerking. Ik verzoek je derhalve om voor ANWB een andere consultant in ons traject aan te bieden (...).

1.11. [verweerder] is op 3 augustus 2015 met vakantie gegaan.

1.12. Bij terugkeer van zijn vakantie op 19 augustus 2015 is [verweerder] door CIG op non actief gesteld.

Verzoek

2. CIG verzoekt de arbeidsovereenkomst met [verweerder] te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 aanhef onder d (ongeschiktheid). Ter terechtzitting heeft CIG aangevoerd dat zij de juridische grondslag wil wijzigen, zodat primair ontbinding wordt verzocht wegens ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder], hetgeen meebrengt dat op grond van artikel 7:673 lid 7 BW geen transitievergoeding is verschuldigd, en subsidiair op grond van artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder d, danwel onder e of onder g. Meer subsidiair beroept CIG zich op artikel 7:699 lid 3 aanhef en onder h.

3. Aan het verzoek legt CIG ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – herhaald onacceptabel gedrag van [verweerder], culminerend in wangedrag bij opdrachtgever ANWB op 10 juli 2015. Het gedrag van [verweerder], waarover ANWB heeft geklaagd, komt er volgens CIG – samengevat – op neer dat [verweerder] zich negatief uit over de ANWB, dat hij de projectleider van de ANWB op 29 juni 2015 ten overstaan van het projectteam heeft verzocht om de ruimte te verlaten en ergens anders heen te gaan en dat hij op 1 juli 2015 tegen haar tekeer is gegaan en haar heeft beledigd. CIG heeft [verweerder] al eerder, in 2013, in kennis gesteld van haar bezwaren tegen zijn functioneren en hem in de gelegenheid gesteld door middel van een verbetertraject en periodieke gesprekken zijn functioneren te verbeteren. Ook is hij gewaarschuwd voor de consequenties, indien hij in herhaling zou vallen.

Verweer en tegenverzoeken

4. [verweerder] heeft bezwaar gemaakt tegen de gewijzigde grondslag ter terechtzitting en aangevoerd dat CIG genoeg tijd heeft gehad om de grondslag voor haar verzoek te bepalen. [verweerder] heeft voorts verweer gevoerd tegen het verzoek. Tevens heeft [verweerder] voorwaardelijk (indien het verzoek van CIG zou worden toegewezen) verzocht om het non-concurrentiebeding en relatiebeding uit de arbeidsovereenkomst op te heffen danwel geheel of gedeeltelijk te beperken en om CIG te veroordelen tot betaling van

- een transitievergoeding van € 4662,= bruto
- een billijke vergoeding van € 47.952,= bruto en
- een schadevergoeding op grond van artikel 7:611 danwel 7:686 BW van € 28.771,=.

5. Op de standpunten van partijen wordt in het navolgende nader ingegaan.

Verweer van CIG tegen de tegenverzoeken

6. CIG is bereid [verweerder] te ontheffen van zijn concurrentiebeding, maar niet van het relatiebeding. Zij meent dat er geen grond is voor toekenning van enige vergoeding aan [verweerder].

Beoordeling van het verzoek

Gewijzigde grondslag

7. De kantonrechter laat de wijziging van de juridische grondslag toe. CIG heeft gewezen op het feitencomplex dat ongewijzigd blijft en dat volgens haar ieder van de door haar genoemde

gronden kan dragen. [verweerder] heeft geen zwaarwegende bezwaren aangevoerd op grond waarvan de gewijzigde gronden buiten beschouwing zouden moeten worden gelaten. De kantonrechter acht de wijziging niet in strijd met de eisen van een goede procesorde.

8. Uit artikel 7:671 b jo. Artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is. In artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 (Stcrt. 2015/12685) zijn nadere regels gesteld (Ontslagregeling).

9. De kantonrechter stelt allereerst vast dat geen sprake is van een opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 BW of een vergelijkbaar opzegverbod.

10. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door CIG naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond op voor ontbinding. Daartoe wordt het volgende overwogen.

11. De kantonrechter begrijpt de gewijzigde grondslag voor de ontbinding aldus, dat CIG daarvoor de d-, e- en g- grond van artikel 7:669 lid 3 BW aanvoert en subsidiair de h-grond. Ernstig verwijtbaar handelen is immers geen zelfstandige grond voor ontbinding. Daarnaast voert zij aan dat op grond van ernstig verwijtbaar handelen er geen vergoeding aan [verweerder] is verschuldigd.

12. [verweerder] heeft over het incident op 1 juli 2015 bij de ANWB het volgende naar voren gebracht. Volgens [verweerder] heeft hij meermalen te kennen gegeven dat het project te groot was voor slechts één consultant, maar zijn verzoeken om ondersteuning werden genegeerd. Hij had de dagen voor de 'livegang' tot 's avonds laat gewerkt en lange dagen gemaakt. Op de dag zelf moest er nog van alles gebeuren en stonden er al 10 klanten in de wacht, die op dat moment niet fatsoenlijk konden worden geholpen, omdat de ANWB een en ander niet goed had voorbereid. In het gesprek met [naam 4] heeft hij zijn irritaties geuit, maar van uitschelden of beledigen was geen sprake. Hij ontkent dat hij zich negatief heeft uitgelaten over de ANWB of zich van schuttingtaal heeft bediend. [naam 5], mede-directeur van CIG, was bij het gesprek met [naam 4] aanwezig. [verweerder] heeft hem nog gevraagd of het raadzaam was om nog eens met [naam 4] te praten, maar [naam 5] gaf als antwoord dat [naam 4] wel zou afkoelen tijdens haar aanstaande vakantieperiode. [naam 4] noch CIG hebben nadien met [verweerder] over het voorval gesproken. Hij heeft tot en met 3 augustus 2015, toen hij met vakantie ging, met onverminderde inzet en werkplezier op het ANWB-project gewerkt en heeft geen enkel signaal gekregen dat er geen basis meer zou zijn voor samenwerking. [verweerder] werd bij terugkeer van zijn vakantie geconfronteerd met een reeds ingediend ontbindingsverzoek en een non-actiefstelling, zonder dat hem om een reactie is gevraagd.

13. CIG baseert haar stellingen met betrekking tot het incident bij de ANWB op de klacht die [naam 4] over [verweerder] aan haar heeft gestuurd en een aanvullende verklaring die zij op 30 september 2015 heeft opgesteld, waarin zij een en ander nog eens bevestigt. Vast staat dat CIG [verweerder] niet om een reactie op de brief van [naam 4] heeft verzocht. Toen hij terugkwam van vakantie was het ontbindingsverzoek al ingediend en is hij onmiddellijk op non-actief gesteld. Mede-directeur van CIG [naam 5], die op 1 juli 2015 ook aanwezig was, is evenmin gevraagd naar zijn bevindingen van die dag. Ook van de teamleden en leden van het mt, die volgens de e-mail van [naam 4] bij het incident aanwezig waren, is geen verklaring gevraagd, althans die is niet overgelegd. CIG heeft genoeg tijd gehad om haar beschuldiging aan het adres van [verweerder] te onderbou-

wen met meer dan alleen de verklaring van [naam 4]. De kantonrechter wil aannemen dat [verweerder] zich ondiplomatiek heeft uitgedrukt jegens [naam 4]. Dit kan echter niet los worden gezien van de door [verweerder] ervaren druk en spanning in de periode voorafgaand aan de livegang en de hectiek op de dag zelf, waarbij – zo schrijft ook [naam 4] in haar aanvullende verklaring – niet alles vlekkeloos verliep. Gesteld noch gebleken is dat [verweerder] een verwijt kan worden gemaakt over de tegenslagen waar hij op 1 juli 2015 mee werd geconfronteerd. [verweerder] erkent dat hij geërgerd heeft gereageerd. Gelet op zijn uitdrukkelijke betwisting, staat echter onvoldoende vast dat hij daarbij [naam 4] heeft beledigd. Hoewel het natuurlijk betreurenswaardig is dat [naam 4] te kennen heeft gegeven niet meer te willen samenwerken met [verweerder], kan enkel op grond daarvan niet worden geconcludeerd dat [verweerder] op 29 juni en/of 1 juli 2015 verwijtbaar heeft gehandeld, zodat de aangevoerde e-grond niet tot ontbinding leidt. Feit is dat hij na het voorval waarover is geklaagd nog ruim een maand, tot zijn vakantie, bij ANWB heeft gewerkt en er over de inhoud van het werk door ANWB geen klachten zijn geuit.

14. Het door CIG genoemde incident met de ANWB, kan ook niet leiden tot ontbinding op grond van de d-grond (ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid). Het gaat hier volgens CIG om persoonlijke eigenschappen van [verweerder], die – mede gelet op zijn leeftijd – zich niet lenen voor correctie. Dat [verweerder] opvliegend en impulsief is en daar zowel intern als tegenover klanten op ongepaste wijze uiting aan geeft, zoals CIG aanvoert, kan op basis van hetgeen over het incident bij de ANWB op en rond 1 juli 2015 is komen vast te staan, onvoldoende worden vastgesteld.

15. CIG heeft nog aangevoerd dat sprake is van herhaald onacceptabel gedrag, onder verwijzing naar incidenten in 2013 en daarna. Volgens CIG is het gedrag van [verweerder] schadelijk voor de relatie met haar klanten en daarmee schadelijk voor de onderneming. Zij stelt dat zij [verweerder] al in 2013 in kennis heeft gesteld van de bezwaren tegen zijn functioneren en gelegenheid heeft geboden het functioneren te verbeteren, onder meer door een verbetertraject. [verweerder] betwist dat het verbetertraject te maken had met incidenten of feitelijke omstandigheden die erop wijzen dat zijn houding niet correct zou zijn. Er is volgens hem nooit formeel iets vastgelegd waaruit blijkt dat dat het geval was. Op grond van de overgelegde stukken uit 2013 kan worden vastgesteld dat het gedrag van [verweerder] in 2013 een punt van zorg en aandacht is geweest. [verweerder] heeft in het kader van een 'verbetertraject' van maart tot en met mei 2013 enkele gesprekken gevoerd met een coach. Zowel [verweerder] als CIG waren tevreden over het verloop en het resultaat daarvan. In september 2013 is er een voorval geweest dat heeft geleid tot een waarschuwing. Er hebben sindsdien echter geen functioneringsgesprekken met [verweerder] plaatsgevonden. De door CIG gestelde incidenten in 2014 en 2015 naar aanleiding waarvan gesprekken met [verweerder] zouden zijn gevoerd, worden door [verweerder] betwist en daarover is niets vastgelegd. Er is dan ook niet gebleken dat het gedrag van [verweerder] in de periode van september 2013 tot aan het recente voorval met de ANWB, onacceptabel was. De waarschuwing uit 2013 kan thans niet zo zwaar wegen dat in het licht daarvan de gebeurtenissen op en voorafgaand aan 1 juli 2015 alsnog verwijtbaar handelen opleveren. Evenmin kan op grond daarvan worden geoordeeld dat [verweerder] ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid. CIG heeft ter zitting naar voren gebracht dat zij over de inhoudelijke werkzaamheden van [verweerder] tevreden is.

16. Het door CIG aangevoerde feitencomplex leidt evenmin tot ontbinding op grond van de d-grond (een verstoorde arbeids-

verhouding). Dat [naam 4] c.q. de ANWB niet meer met [verweerder] wil samenwerken staat wel vast, maar dat wil nog niet zeggen dat de arbeidsverhouding met CIG is verstoord. [verweerder] betwist dat dat het geval is. Hoewel volgens CIG als gevolg van escalaties de relatie met de een na de andere collega volledig is verstoord en hij zich bij alle collega's onmogelijk heeft gemaakt, heeft zij dit in het geheel niet onderbouwd. Dat de verhouding zodanig is verstoord dat van CIG in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren kan dan ook niet worden aangenomen.

17. De kantonrechter is verder van oordeel dat herplaatsing van [verweerder] binnen een redelijk termijn mogelijk is. Bij het coachingstraject in het verleden heeft hij laten zien dat hij in korte tijd in staat is zijn gedrag aan te passen. Het is goed mogelijk dat het geschil met [naam 4] door middel van een goed gesprek kan worden opgelost. Als dat niet mogelijk is, dan kan CIG [verweerder] op een ander project inzetten.

18. De (meer subsidiair) aangevoerde h-grond leidt naar het oordeel van de kantonrechter ook niet tot ontbinding. De h-grond is niet bedoeld voor het repareren van onvoldoende onderbouwd ontslag op een van de andere gronden. CIG heeft geen andere feiten en omstandigheden aangevoerd die zodanig zijn dat van haar niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

19. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van de werkgever zal afwijzen en dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden ontbonden. Daarmee behoeven de voorwaardelijk ingediende tegenverzoeken geen bespreking meer.

20. De proceskosten worden gecompenseerd in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Beslissing

De kantonrechter:

Inzake het verzoek van CIG

- wijst de verzochte ontbinding af;
- bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;
- wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

Hoewel we nooit zullen weten hoe de rechter onder het oude recht over deze zaak zou hebben beslist, is deze afwijzende ontbindingsbeschikking wederom een voorbeeld van hoe strikt art. 7:669 BW wordt toegepast. Ondanks dat de werknemer volgens de werkgever twee jaren lang had gedysfunctioneerd en ondanks de ruime keuze die de werkgever de rechter had gelaten in ontbindingsgronden – er waren er vier aangevoerd – oordeelde de rechter dat geen van de gronden bewezen was.

De werkgever had het schriftelijke ontbindingsverzoek gebaseerd op art. 7:669 lid 3 sub d, ongeschiktheid voor de functie. Ter zitting heeft hij dit mondeling gewijzigd in primair verwijtbaar handelen (de e-grond), dan wel subsidiair ongeschiktheid voor de functie (d-grond), dan wel meer subsidiair een verstoorde arbeidsrelatie (de g-grond) dan wel uiterst subsidiair een vertrouwensbreuk (de h-grond). Deze wijziging betrof dus enkel een uitbreiding van de gronden voor ontbinding; aan het feitencomplex dat aan het ontbindingsverzoek ten grondslag was gelegd veranderde niets. Hoewel de verweerder uitdrukkelijk bezwaar maakte tegen de wijziging van de grondslag in dit late stadium van de procedure heeft de rechter de wijziging toegestaan. Dit is wettelijk nu eenmaal mogelijk en in kantonzaken kan dit ook mondeling ter zitting.¹ De

¹ Art. 130 jo. 82 lid 2 Rv.

grondslagwijziging was niet in strijd met de eisen van een goede procesorde. Ook in andere ontbindingszaken is een grondslagwijziging ter zitting, zonder al te veel omhaal van woorden, toegestaan.²

Zoals bekend, is het doel van het nieuwe ontslagrecht het voorkomen van juridisering van ontslag en het bevorderen van de rechtszekerheid, door zo concreet mogelijke normen in de wet op te nemen om te beoordelen of er een redelijke grond is voor ontslag.³ Uit de wet volgt dat er sprake kan zijn van ten minste één enkele redelijke grond waaraan volledig voldaan moet zijn. De wet spreekt immers van *een* redelijke grond, waarna een limitatieve opsomming volgt. Een andere aanwijzing is dat de wet niet voorziet in een 'veegbepaling', waardoor delen van meerdere, elk onvoldragen, ontslaggronden alsnog een voldoende grond kunnen vormen.⁴ Een verzoekschrift kan dus gebaseerd zijn op meerdere gronden, die elk voldragen zijn. Vaak zal dat echter niet voorkomen in de praktijk. Daarnaast is denkbaar dat het verzoekschrift gebaseerd is op meerdere alternatieve gronden, in een aangegeven rangorde, voor een ontbinding op basis van hetzelfde feitencomplex. Dit is al voor de invoering van de WWZ door Swelheim⁵ gesteld en is inmiddels een vertrouwd beeld in ontbindingsprocedures.⁶ Zo ook in deze, waarin de werkgever vier alternatieve ontbindingsgronden aandraagt.

In deze zaak overweegt de rechter allereerst nadrukkelijk dat uit de wet volgt dat hij een arbeidsovereenkomst alleen kan ontbinden als er sprake is van een in de wet aangegeven, en in de Ontslagregeling nader geregelde, redelijke grond. Vervolgens beoordeelt hij de feiten. Door het strakke keurslijf van de onderscheidenlijke ontslaggronden die volledig bewezen moeten worden, is het feitenonderzoek ter zitting onder het nieuwe ontslagrecht belangrijker geworden dan voorheen. Door een gedegen feitenonderzoek ter zitting waarbij beide partijen aan de tand worden gevoeld, of door een bewijsopdracht, kan een niet volledig bewezen ontslaggrond alsnog bewezen worden. Het optreden van de rechter en de advocaten en de uitspraken van de procespartijen ter zitting kunnen meer dan onder het oude ontslagrecht het verschil maken tussen een afgewezen en een toegewezen ontbinding.

De werkgever heeft het ontbindingsverzoek gebaseerd op een incident van begin juli 2015, heeft voorts aangevoerd dat er in 2013 reeds een verbetertraject was geweest, dat met voldoende resultaat was afgesloten. Een halfjaar na het verbetertraject heeft de werknemer een andere functie gekregen en kort daarna een schriftelijke "laatste en officiële waarschuwing" wegens zijn gedrag. De werkgever heeft gesteld dat er ook in 2014 en 2015 problemen met het functioneren van de werknemer waren. Van het incident van begin juli 2015 zijn in de procedure twee bewijsstukken voorhanden. Het eerste bewijsstuk is een klacht die een medewerker na het incident per e-mail bij de werkgever had ingediend. De klacht hield in dat de werknemer zich negatief bleef uitlaten over de opdrachtgever waar hij als consultant tewerkgesteld was en dat hij meerdere keren tegen de medewerker was tekeergegaan ten overstaan van meerdere collega's. De medewerker geeft in haar klachtmail voorts aan dat zij niet meer met de werknemer wil samenwerken. Het tweede bewijsstuk is een verklaring van dezelfde medewerker over

dezelfde feiten, welke verklaring is opgesteld na de indiening van het ontbindingsverzoek. De werknemer heeft in de procedure erkend dat hij zich geërgerd heeft uitgelaten, en gesteld dat dit werd veroorzaakt doordat het project waaraan hij werkte buiten zijn schuld niet vlekkeloos verliep. De rechter constateert dat de werkgever behalve de twee aangegeven stukken geen verklaringen heeft overgelegd van personen die ook bij het incident aanwezig waren geweest. De rechter wil wel aannemen dat de werknemer zich ondiplomatiek jegens de klaagster heeft uitgelaten, maar niet dat hij haar heeft beledigd. Verder staat vast dat de werkgever de werknemer na het incident meer dan een maand heeft laten doorwerken en hem niet uitdrukkelijk op het incident heeft aangesproken.

In deze zaak kan ook het feitenonderzoek ter zitting de werkgever niet baten. De rechter oordeelt dat op grond van het enkele feit dat een medewerker te kennen heeft gegeven niet meer met de werknemer te willen samenwerken niet geconcludeerd kan worden dat aan de (primair aangevoerde) e-grond voldaan is. Het recente incident kan ook niet kan leiden tot ontbinding op de (subsidiar aangevoerde) d-grond. Daarna bespreekt de rechter de andere feiten, van een eerdere datum, die ook aan het ontbindingsverzoek ten grondslag zijn gelegd en concludeert dat deze feiten niet een zodanig ander licht werpen op het recente incident dat het incident alsnog tot ontbinding op de e-grond zou kunnen leiden. Ook kunnen de oudere feiten niet leiden tot een ontbinding op de d-grond. Wat opvalt is dat de rechter de feiten splitst in twee delen (recente feiten en oudere feiten) en de aangevoerde gronden vervolgens apart aan die delen toetst. De e-grond is enkel getoetst aan het recente incident, en vervolgens nogmaals, maar dan gekleurd, aan de oudere feiten. De d-grond is eerst aan het recente incident getoetst en daarna aan de oudere feiten.

Naar mijn mening is dit niet geheel juist. Indien meerdere gronden in een bepaalde volgorde aan een ontbindingsverzoek op basis van hetzelfde feitencomplex ten grondslag zijn gelegd dienen allereerst alle aangevoerde feiten te worden beoordeeld en vervolgens dient het vaststaande volledige feitencomplex langs de aangedragen ontslaggronden (uiteraard voor zover relevant voor de betreffende grond) te worden gehouden. Dit betekent dat de rechter eerst had moeten beoordelen of het bewijs voor de primair aangevoerde e-grond geleverd is door de voor die grond aangevoerde relevante en vaststaande feiten (de oudere feiten en het recente incident tezamen). Indien de e-grond niet bewezen was, diende de subsidiar aangevoerde d-grond beoordeeld te worden op grond van het volledige daarvoor relevante feitencomplex, enzovoort.

De rechter acht ook de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) onvoldoende bewezen. Bovendien kan de werknemer naar het oordeel van de rechter binnen een redelijke termijn herplaatst worden.

Met betrekking tot de uiterst subsidiar aangevoerde h-grond overweegt de rechter dat deze grond niet bedoeld is voor het repareren van onvoldoende onderbouwd ontslag op een van de andere gronden en dat deze in dit geval dan ook niet bewezen is. Dit is in lijn met de bedoeling van de wetgever.⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is weliswaar voorgesteld om een "veeggrond" te introduceren, zoals ook de VAAN had voorgesteld, maar dat is door de minister resoluut afgewezen. De minister heeft bij die gelegenheid aangegeven dat bij de evaluatie van de wet wederom naar dit punt gekeken zal worden.⁸ Zeer kritisch hierover is Sagel.⁹ Hij stelt dat de rechter door de WWZ

157

2 Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

3 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43.

4 Zie ook de oratie d.d. 5 september 2014 van S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules*.

5 A.J. Swelheim 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51.

6 Zie o.a. Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564 en Rb. Overijssel 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4663.

7 *Handelingen I*, 2013/14, 33818, 32, p. 10.

8 *Handelingen I*, 2013/14, 33818, 32, punt 14, p. 11.

9 S.F. Sagel, *t.a.p.*, p. 7 en 8.

oogkleppen opgezet heeft gekregen en geen recht meer kan doen op basis van alle omstandigheden van het geval. Voorts wijst hij erop dat men bij de behandeling in de Eerste Kamer heeft stilgestaan bij de mogelijkheid dat een rechter meent dat er ontbonden moet worden, terwijl de feiten niet binnen een van de wettelijke ontslaggronden te brengen zijn, maar men niet heeft willen aangeven dat de rechter dan toch mag ontbinden. Een groot deel van de Eerste Kamer had op dit punt dus twijfel of de wet zou gaan werken, maar had niet het lef om de minister terug te sturen naar de tekentafel, aldus Sagel.

Volgens de wetgever is voldaan aan de h-grond als er sprake is van bijvoorbeeld detentie, illegaliteit van de werknemer en het niet-beschikken over een tewerkstellingsvergunning. Daaraan is later toegevoegd het geval van de trainer van een voetbalteam dat tegenvallende resultaten heeft geboekt en de manager die een verschil van inzicht met de werkgever heeft over het te voeren beleid. Inmiddels is de eerste ontbinding op basis van een voldragen h-grond gepubliceerd.¹⁰ In de onderhavige zaak zat een ontbinding er ook op de uiterst subsidiair aangevoerde h-grond niet in. Er waren daarvoor ook geen specifieke feiten aangevoerd, anders dan de feiten die ten grondslag gelegd waren aan de, naar is gebleken, onvolledig bewezen andere gronden. Het ontbindingsverzoek is afgewezen. Zonder dat de rechter dit motiveert, veroordeelt hij de verzoeker niet in de proceskosten en bepaalt hij dat iedere partij de eigen kosten draagt. En alles blijft, na een ontbindingsprocedure van tweeënhalve maand, zoals het was. Tenzij in een eventuele beroepsprocedure anders wordt beslist, blijft de werknemer in dienst en zal de werkgever waarschijnlijk een verder dossier tegen hem vormen. Met dit onprettige vooruitzicht zullen de partijen mogelijk gaan overleggen over een beëindiging via minnelijke weg. De hogere vergoeding, die de rechter onder het oude recht met toepassing van de correctiefactor waarschijnlijk zou hebben toegekend, komt dan waarschijnlijk via die weg alsnog bij de werknemer terecht.

L. van Luipen
SørensenVanLuipen

zusterervenootschappen, vennootschap A en vennootschap B. Deze vennootschappen hebben dezelfde aandeelhouder, holding X. De twee vennootschappen houden zich bezig met de reconditionering van textiel, opslag, transport en textiel. Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: SNCU) vordert, kort samengevat, dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Logiflex zal veroordelen tot naleving van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds op straffe van verbeurte van een dwangsom en voorts Logiflex zal veroordelen tot nabetaling aan de betrokken werknemers van € 322.296,=, alsmede tot betaling van € 55.085,= aan SNCU zelf wegens schadevergoeding alsook buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten. SNCU stelt daartoe dat Logiflex een onderneming drijft die werknemers ter beschikking stelt aan derden om onder leiding en toezicht van deze derden arbeid te verrichten. Op deze onderneming is de CAO Uitzendkrachten van toepassing, voor zover deze algemeen verbindend is verklaard. Dit geldt ook voor de CAO Sociaal Fonds. SNCU baseert deze stelling (mede) op de uitkomsten van onderzoeken door de onderzoeksbureaus VRO en Providius.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op de werkingssfeerbepalingen van de CAO Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds is het de vraag of de door Logiflex met de werknemers gesloten overeenkomsten kwalificeren als uitzendovereenkomsten en of Logiflex een uitzendonderneming voert. Onweersproken is dat aan de 50%-eis uit de werkingssfeerbepaling is voldaan. Genoemde vraag dient, gezien art. 1 onderdeel u van de CAO Uitzendkrachten, te worden beantwoord aan de hand van de in art. 7:690 BW gegeven definitie van de uitzendovereenkomst. Het staat vast (1) dat Logiflex arbeidsovereenkomsten heeft gesloten (thans heeft zij geen werknemers meer in dienst) en dat zij haar werknemers ter beschikking heeft gesteld aan haar beide zusterervenootschappen. Logiflex betoogt dat van derden geen sprake is omdat X eigenaresse is van zowel Logiflex als de beide zusterervenootschappen. Die enkele stelling, een nadere toelichting ontbreekt, is onvoldoende om Logiflex en de zusterervenootschappen (in dit verband) te vereenzelvigen. De kantonrechter betreft hierbij de regeling van art. 7:691 BW. In art. 7:691 BW is – onder meer – bepaald dat in een uitzendovereenkomst schriftelijk kan worden bedongen dat deze van rechtswege eindigt als aan de terbeschikkingstelling van de werknemer aan de 'derde' een einde komt; het zogeheten uitzendbeding. In lid 6 is bepaald dat art. 7:691 BW niet van toepassing is op de uitzendovereenkomst waarbij de uitzendwerkgever en de derde in, kort gezegd, een vennootschapsrechtelijke groep (concern) met elkaar zijn verbonden dan wel de één een dochtermaatschappij van de ander is. Hieruit volgt dat intra-concern uitzenden mogelijk is. De zusterervenootschappen zijn dus elk als derde (2) in de zin van art. 7:690 BW aan te merken. Het bedrijf, de onderneming, van Logiflex bestond uit het ter beschikking stellen van haar werknemers aan de zusterervenootschappen (3). Tevens staat voldoende vast dat de zusterervenootschappen Logiflex opdracht gaven tot deze terbeschikkingstelling (4). Dit blijkt uit de eigen stellingen van Logiflex. Tussen partijen staat ten slotte voldoende vast dat de arbeid (door de ter beschikking van de zusterervenootschappen gestelde werknemers van Logiflex) werd verricht onder leiding en toezicht van de zusterervenootschappen (5). Aan de in art. 7:690 BW gegeven definitie van een uitzendovereenkomst is dus voldaan.

Tussen partijen is in geschil of (daarnaast) vereist is dat Logiflex een zogeheten allocatiefunctie vervulde bij het ter beschikking stellen van haar werknemers aan de zusterervenootschappen en zo ja, of dat het geval is. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:690 BW wordt in jurisprudentie (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari, ECLI:NL:GHARL:2015:670) en literatuur geconcludeerd dat die eis geldt. Hof Amsterdam heeft daarentegen in een tweetal eerdere uitspraken geoordeeld dat deze eis niet geldt (zie Hof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616 en Hof Amsterdam

27	
Rechtbank Gelderland (Kantonrechter) 4 november 2015, nr. 3997734 \ CV EXPL 15-5067 \ 475 ECLI:NL:RBGEL:2015:6807 (mr. Engberts) Noot E.M. Bevers en J.A.C. Brouwer	
Uitzendovereenkomst. Allocatiefunctie. Naleving cao.	
Naleving CAO voor Uitzendkrachten en CAO Sociaal Fonds. Voldaan aan definitie art. 7:690 BW. Onderneming vervult allocatiefunctie bij het ter beschikking stellen van haar werknemers aan zusterervenootschappen.	
	[BW art. 7:690]

Logiflex is in 2002 opgericht en exploiteert of exploiteerde een onderneming waarin zij haar werknemers inzet ten behoeve van twee

¹⁰ Rb. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600.