

Arbeidsrecht

187

Rechtbank Amsterdam (Kantonrechter)
13 februari 2017, nr. 5277849 CV EXPL
16-23692
ECLI:NL:RBAMS:2017:5478
(mr. De Waal)
Noot K.G. Kapel en E.M.Y. Sørensen

**Verlof. Vakantie. Nulurencontract. Verval
verlofuren.**

**Vordering tot uitbetaling van vakantiedagen.
Op de werkgever rust niet de verplichting
werknemer met vakantie te sturen, het
opnemen van vakantie is de verantwoorde-
lijkheid van de werknemer.**

[BW art. 7:634, 7:640a, 7:641]

Werkgever drijft een schoonheidssalon in Amsterdam. Werknemers zijn beiden, krachtens een oproepcontract voor bepaalde tijd, bij werkgever in dienst geweest in de functie van algemeen medewerkster. De gemachtigde van werknemers heeft werkgever bij brief van 13 april 2016 verzocht om de door werknemers opgebouwde vakantiedagen te berekenen en uit te betalen. Werkgever is niet tot betaling overgegaan.

De vordering tot uitbetaling van vakantiedagen is gebaseerd op art. 7:641 BW. Tussen partijen is in geschil of de vakantiedagen over 2013 en 2014 zijn vervallen. Gelet op het bepaalde in art. 7:638 BW in samenhang met art. 7:640a BW zijn de aanspraken op de vakantiedagen over 2013 en 2014 komen te vervallen. In art. 7:640a BW is bepaald dat de aanspraak op het minimum, bedoeld in art. 7:634 BW, vervalt zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Daarvan is geen sprake. Op de werkgever rust niet de verplichting werknemer met vakantie te sturen, het opnemen van vakantie is de verantwoordelijkheid van werknemer. De niet-genoten vakantiedagen over 2015 en 2016 moeten wel worden uitbetaald, hetgeen werkgever ook heeft erkend. De kantonrechter is van oordeel dat het niet tijdig uitbetalen van de vakantiedagen over 2015 en 2016 bij het einde van het dienstverband niet aan werkgever kan worden toegerekend. Pas bij brief van 13 april 2016 hebben werknemers daarop aanspraak gemaakt en voldoende is komen vast te staan dat beide partijen zijn uitgegaan van onjuiste veronderstellingen omtrent de opbouw van vakantiedagen. De gevorderde wettelijke verhoging zal daarom worden gematigd tot nihil. De wettelijke rente over de toegewezen bedragen zal wel worden toegewezen.

1. eiseres 1,
 2. eiseres 2,
- beiden wonende te Amsterdam,
eiseressen,
nader ieder afzonderlijk te noemen: 1 en 2,
gemachtigde: mr. J.L.W. Nillesen
tegen
A gedaagde,
wonende te Purmerend,
gedaagde,
nader te noemen: A,
gemachtigde: mr. T.D. Hendriks.

Rechtbank:

Verloop van de procedure

- dagvaarding van 25 juli 2016 met producties
- antwoord met producties;
- instructievonnis;
- dagbepaling comparitie.

De comparitie heeft plaatsgevonden op 11 januari 2017. Eiseressen zijn verschenen, vergezeld door de gemachtigde. Namens A is haar echtgenoot, verschenen, vergezeld door de gemachtigde. Partijen zijn gehoord en hebben vragen van de kantonrechter beantwoord. De giffier heeft aantekeningen gemaakt die aan dit dossier zijn toegevoegd. Ten slotte is vonnis gevraagd en is een datum voor vonnis bepaald.

Gronden van de beslissing

Feiten

1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet (voldoende) weersproken, alsmede op grond van de overgelegde en in zoverre niet bestreden inhoud van de bewijsstukken, staat in dit geding het volgende vast:

1.1. A drijft een schoonheidssalon in Amsterdam.

1.2. 1 en 2 zijn beiden, krachtens een oproepcontract voor bepaalde tijd, bij A in dienst geweest in de functie van algemeen medewerkster. 1 van 5 september 2013 tot 1 maart 2016 en 2 van 1 november 2013 tot 1 maart 2016.

1.3. De gemachtigde van eiseressen heeft A bij brief van 13 april 2016 verzocht om de door eiseressen opgebouwde vakantiedagen te berekenen en uit te betalen.

1.4. A is niet tot betaling overgegaan.

1293

Vordering en verweer

2. 1 vordert dat A bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis veroordeeld zal worden tot betaling van:

- a. € 3248,26 bruto;
- b. € 1624,13 aan wettelijke verhoging;
- c. de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 1 april 2016 tot de dag der voldoening;
- d. de proceskosten.

3 vordert dat A bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis veroordeeld zal worden tot betaling van:

- a. € 2204,04 bruto;
- b. € 1102,02 aan wettelijke verhoging;
- c. de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 1 april 2016 tot de dag der voldoening;
- d. de proceskosten.

4. Eiseressen leggen hieraan, samengevat, ten grondslag dat zij gedurende de duur van de arbeidsovereenkomst geen betaalde vakantie hebben genoten. Zij zijn dus evenmin in de gelegenheid gesteld vakantiedagen op te nemen. A heeft de opgebouwde niet genoten vakantiedagen niet uitbetaald. Eiseressen vorderen tevens een vertragsvergoeding ex artikel 7:625 BW van 50% over het verschuldigde bedrag en de wettelijke rente vanaf een maand na einde dienstverband.

5. A voert, samengevat, als verweer dat de vakantiedagen over 2013 en 2014 op grond van artikel 7:640a BW zijn komen te vervallen. Deze dagen zijn niet tijdig opgenomen. Er is ook nimmer aanspraak gemaakt op vakantiedagen. Over 2015 en 2016 moeten de vakantiedagen uitbetaald worden. A verzoekt daarnaast de wettelijke verhoging te beperken tot nihil en de wettelijke rente af te wijzen. Er is geen sprake van onwil maar van betalingsonmacht. De situatie is ontstaan doordat A verkeerd is voorgelicht. Bovendien spelen bedrijfseconomische omstandigheden. Een bedrag aan verhoging/rente leidt ertoe dat A fi-

nanciële problemen ondervindt en de terugbetaling verdere vertraging oploopt.

Beoordeling

6. De vordering tot uitbetaling van vakantiedagen is gebaseerd op artikel 7:641 BW. Tussen partijen is in geschil of de vakantiedagen over 2013 en 2014 zijn vervallen.

7. Gelet op het bepaalde in artikel 7:638 BW in samenhang met artikel 7:640a BW zijn de aanspraken op de vakantiedagen over 2013 en 2014 komen te vervallen.

In artikel 7:640a BW is bepaald dat de aanspraak op het minimum, bedoeld in artikel 7:634 BW, vervalt zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen. Daarvan is geen sprake. Op de werkgever rust niet de verplichting werknemer met vakantie te sturen, het opnemen van vakantie is de verantwoordelijkheid van de werknemer. A heeft onweersproken gesteld dat eiseressen nimmer hebben verzocht om vakantiedagen te mogen opnemen. Zij kunnen A dan ook niet verwijten dat zij niet in de gelegenheid zijn gesteld om vakantie op te nemen.

8. De niet genoten vakantiedagen over 2015 en 2016 moeten wel worden uitbetaald, hetgeen A ook heeft erkend.

9. 1 heeft in haar berekening over 2015 en 2016 in totaal € 1542,96 bruto gevorderd aan nog uit te betalen vakantiedagen. A komt in haar berekening op een iets hoger bedrag uit van in totaal € 1569,20. Het door 1 gevorderde bedrag wordt dan ook toegewezen.

10. 2 heeft in haar berekening de gevorderde bedragen over 2015 en 2016 niet per jaar uitgesplitst. Daaruit blijkt wel dat zij over 2015 en 2016 betaling vordert van 1.993 vakantie uren. A gaat in haar berekening uit van hetzelfde aantal niet opgenomen vakantie uren en een bedrag nog te voldoen van € 1446,43 bruto. Nu 2 de wijze van berekening door A en daarmee voornoemd bedrag niet heeft weersproken, is dit bedrag toewijsbaar.

11. De kantonrechter is van oordeel dat het niet tijdig uitbetalen van de vakantiedragen over 2015 en 2016 bij het einde van het dienstverband, niet aan A kan worden toegerekend. Pas bij brief van 13 april 2016, hebben eiseressen daarop aanspraak gemaakt en voldoende is komen vast te staan dat beide partijen zijn uitgegaan van onjuiste veronderstellingen omtrent de opbouw van vakantiedagen. De gevorderde wettelijke verhoging zal daarom worden gematigd tot nihil. De wettelijke rente over de toegewezen bedragen zal wel worden toegewezen.

12. A heeft nog verzocht om een betalingsregeling. Voor een betalingsregeling dient A zich te wenden tot eiseressen, althans hun gemachtigde, aangezien de kantonrechter eiseressen niet kan verplichten met een betaling in termijnen genoegen te nemen. Hetgeen A heeft aangevoerd met betrekking tot de financiële situatie van haar onderneming, ontslaat haar hier van verplichting om de niet genoten vakantiedagen over 2016 en 2016 uit te betalen.

13. A wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld. Aan eiseressen is een toevoeging verleend. Daarom zijn in deze zaak de exploitkosten door de griffier voorgesloten. Wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag is een kostenveroordeling met de verplichting tot betaling aan de griffier van de voorgesloten exploit- en/of advertentiekosten niet mogelijk.

Beslissing

De kantonrechter:

I. veroordeelt A tot betaling aan 1 van:

– € 1542,96 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 april 2016 tot de dag der algehele voldoening;

II. veroordeelt A tot betaling aan 2 van:

– € 1446,43 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 april 2016 tot de dag der algehele voldoening;

III. veroordeelt A in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van eiseressen begroot op:

€ 79,= aan griffierecht;

€ 350,= aan salaris gemachtigde;

€ 429,= in totaal

Één en ander, voor zover van toepassing, inclusief BTW;

IV. veroordeelt A tot betaling van een bedrag van € 50,00 aan nasalaris, te verhogen met een bedrag van € 68,= onder de voorwaarde dat betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden en A niet binnen 14 dagen na aanschrijving vrijwillig aan het vonnis heeft voldaan, een en ander voor zover van toepassing, inclusief btw;

V. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

VI. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

De kantonrechter heeft in de onderhavige zaak geoordeeld dat het opnemen van vakantiedagen de verantwoordelijkheid is van de werknemer en dat op de werkgever niet de verplichting rust om de werknemer met vakantie te sturen.

Vaststelling vakantie

De overweging dat de werkgever niet verplicht is om de werknemer met vakantie te sturen is, gezien de inhoud van art. 7:638 BW, begrijpelijk. Krachtens dit artikel stelt de werkgever de vakantie vast overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. De wensen van de werknemer staan dus centraal bij de vaststelling van de vakantie. Dit staat haaks op een eventuele verplichting van de werkgever om de werknemer met vakantie te sturen.

De arbeidsovereenkomst of de cao kan een regeling omtrent de vaststelling van de vakantie bevatten. Dit is bijvoorbeeld het geval als binnen de onderneming een collectieve bedrijfspakantie geldt, zoals in de bouw en het onderwijs.

Ook is de werkgever gehouden zich als goed werkgever te gedragen ex art. 7:611 BW. Op grond daarvan dient de werkgever oog te hebben voor het belang van vakantie voor de werknemer en hem te stimuleren om daadwerkelijk vakantie te genieten. Ons inziens strekt het goed werkgeverschap niet zo ver dat de werkgever verplicht is om de werknemer met vakantie te sturen.

Belang van vakantie

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het doel van vakantie, recuperatie is. Dat wil zeggen dat de werknemer de tijd heeft om te herstellen en uit te rusten van zijn verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst. De regering acht het van belang dat alle werknemers met het oog op de veiligheid en gezondheid, gestimuleerd worden om met regelmaat vakantie op te nemen.¹ Vanwege de recuperatiefunctie van vakantie en het belang daarvan voor de gezondheid van de werknemer en daarmee voor de veiligheid op het werk, is voor de wettelijke vakantiedagen per 1 januari 2012 een vervalttermijn van zes maanden ingevoerd.² Dit stimuleert werknemers tijdig hun vakantiedagen op te nemen, om te voorkomen dat deze komen te vervallen.³

1 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2010/11, 32465*, 6, p. 5 en 8; *Kamerstukken II 2009/10, 32465*, 3, p. 5-7; *Kamerstukken II 1997/98, 26079*, 3, p. 4, 6 en 11.

2 Art. 7:640a BW.

3 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2010/11, 32465*, 6, p. 1 en 6; *Kamerstukken II 2009/10, 32465*, 3, p. 1, 6 en 9.

Ook dit wijst erop dat het initiatief tot het opnemen van vakantie bij de werknemer en niet bij de werkgever ligt.

Verantwoordelijkheid tijdige opname vakantiedagen

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het de verantwoordelijkheid van de werknemer is om daadwerkelijk vakantie op te nemen. Een verplichting voor de werknemer om vakantie op te nemen past niet bij het uitgangspunt dat de werknemer en de werkgever de ruimte moeten hebben om afspraken te maken over het opnemen van vakantiedagen. In zijn algemeenheid zullen zich geen problemen voordoen en zullen werkgever en werknemer in goed overleg afspraken maken. De situatie kan zich echter voordoen dat de werknemer geen vakantie op wil nemen. Als er geen collectieve of schriftelijk afspraken zijn gemaakt en het niet opnemen van vakantiedagen ten koste gaat van het functioneren van de werknemer, kan de werkgever de werknemer aanspreken op zijn goed werknemerschap ex art. 7:611 BW. Het hangt van de bijzondere omstandigheden van het geval af of de werkgever hierin zal slagen.⁴

Behalve dat de werknemer door geen vakantie op te nemen in strijd kan handelen met het goed werknemerschap, kan dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁵ De werkgever is niet verplicht om de werknemer met vakantie te sturen. Dit is, behoudens bijzondere omstandigheden,⁶ ook niet mogelijk aangezien de werkgever niet eenzijdig kan bepalen dat en wanneer een werknemer vakantie dient op te nemen.⁷ De werkgever is ook niet verplicht het initiatief hiervoor te nemen.⁸ Indien de werkgever wél de werknemer zou mogen verplichten om vakantie op te nemen, ontstaat de situatie dat een vrijstelling van werk of een op non-actiestelling niet voor rekening en risico van de werkgever komt, maar voor rekening van de werknemer. In zo'n situatie zou de werkgever de werknemer immers kunnen verplichten om vakantie op te nemen.⁹

Wettelijke verhoging

De kantonrechter heeft de wettelijke verhoging gematigd tot nihil, omdat het niet betalen van de vakantiedagen niet aan de werkgever kan worden toegerekend. Dit omdat de werknemers pas ruim een maand na het einde van de arbeidsovereenkomst aanspraak maakten op de vakantiedagen en beide partijen ervan uitgingen dat geen vakantiedagen werden opgebouwd. De werkgever dient enkel de wettelijke verhoging te betalen indien het niet betalen aan hem is toe te rekenen. Niet nodig is dat hem iets valt te verwijten. Voldoende is dat de niet-betaling binnen de risicosfeer van de werkgever ligt.¹⁰ Dat de werkgever geen opzet heeft gehad, is onvoldoende om over te gaan tot matiging.¹¹ De wettelijke verhoging dient als sanctie, die de werkgever moet stimuleren het loon op tijd te betalen.¹² De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid en kan de

wettelijke verhoging op ieder bedrag (dus ook op nihil) vaststellen.¹³ Hierbij kunnen bijvoorbeeld het motief van de werkgever en zijn financiële omstandigheden een rol spelen.¹⁴ De rechter mag omstandigheden die niet relevant zijn bij de beoordeling of de niet-tijdige betaling die aan de werkgever is toe te rekenen, meewegen bij zijn oordeel of de verhoging moet worden gematigd. Bijvoorbeeld kan meewegen of partijen verwijtbaar hebben gehandeld.¹⁵

Ondanks dat het niet uitbetalen van de vakantiedagen in de risicosfeer van de werkgever ligt, kan de kantonrechter de wettelijke verhoging dus matigen tot nihil. De werkgever wordt daarmee feitelijk beloond voor zijn gebrek aan kennis van de wettelijke rechten van de werknemer. Op grond van de wet bouwen werknemers, dus ook werknemers met een oproepcontract, vakantiedagen op.¹⁶ De werkgever is verplicht de opgebouwde vakantiedagen bij te houden.¹⁷ Dat de werkgever hiervan (evenals de werknemers) niet op de hoogte was, zou dan ook voor zijn rekening en risico moeten komen.

Uit vaste rechtspraak van het HvJ EG volgt dat het recht op vakantie met behoud van loon een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht betreft.¹⁸ Echter, hoeft een werkgever hier blijkbaar niet van op de hoogte te zijn, althans hij kan voordeel hebben van onwetendheid. In deze zaak werd de wettelijke verhoging gematigd mede vanwege de omstandigheid dat beide partijen van een onjuiste veronderstelling uitgingen. Dat de wettelijke verhoging in deze zaak is gematigd tot nihil is echter geen unicum. In de periode 2009-2011 werd ongeveer één op de vijf wettelijke verhoging-vorderingen geweigerd of tot nihil gematigd.¹⁹

Kennelijke verschrijving

Volledigheidshalve merken wij op dat punt 10 van het vonnis een kennelijke verschrijving bevat. Aangegeven wordt dat het over 2015 en 2016 om 1993 vakantie-uren gaat. Echter, dit zou betekenen dat de werknemers meer dan honderd vakantiedagen per jaar zouden hebben.

Conclusie

De werkgever kwam er in deze zaak goed vanaf. Niet alleen waren de vakantiedagen van de werknemers over 2013 en 2014 reeds vervallen, ook werd de wettelijke verhoging gematigd tot nihil.

Ons inziens is het juist dat op de werkgever niet de verplichting rust om de werknemer met vakantie te sturen. Het is immers aan de werknemer om aan te geven wanneer hij vakantie wil

4 Kamerstukken I 1999/2000, 26079, 176, p. 8 en 11.

5 Ktr. Rotterdam 20 februari 2007, NJF 2007/150.

6 Bijvoorbeeld als het niet opnemen van vakantie in de specifieke situatie ten koste gaat van de gezondheid van de werknemer.

7 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Utrecht 12 mei 2010, «JIN» 2010/488.

8 Zie ook: HR 25 maart 1994, «JAR» 1994/93 (concl. A-G Koopmans). Dat het voor de werknemer belangrijk is om vakantiewensen bij de werkgever kenbaar te maken blijkt ook uit Rb. Noord-Nederland, 6 september 2016, Prg. 2016/309.

9 Zie ook: Ktr. Utrecht 12 oktober 2011, «JAR» 2011/307.

10 HR 3 januari 1997, NJ 1997/435 (Stg. Zorggroep Oost-Gelderland/Gerrits).

11 Hof Amsterdam 9 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL6636.

12 HR 5 januari 1979, NJ 1979/207 (Swaen/Van Hees); HR 6 maart 1998, NJ 1998/527.

13 HR 13 december 1985, NJ 1986/293 (Nieuwkoop/Van Drunen).

14 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 30 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10193. Anders: Rb. Zeeland-West-Brabant 18 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5258.

15 Hof 's-Hertogenbosch 1 mei 2012, «JAR» 2012/168; Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7239.

16 Art. 7:634 BW.

17 Dit volgt bijvoorbeeld uit art. 7:641 lid 2 BW; Hof Den Bosch 27 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0760; Hof Den Bosch 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6628; HR 12 september 2003, NJ 2003/604; Rb. Zeeland-West-Brabant 18 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5258; Hof 's-Hertogenbosch 11 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1579.

18 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, r.o. 22 (Sultz-Hoff) en HvJ EG 6 april 2006, C-124/05, r.o. 28 (FNV). Het recht op vakantie staat in art. 7 van de Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PbEG 2003, L 299/9).

19 E.M. Kuipers-Schoonderwoerd, 'Toepassing van de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW in de rechtspraak', TAP 2013/1, p. 11-16.

opnemen en het wettelijke systeem is erop gericht om werknemers te stimuleren om daadwerkelijk vakantie op te nemen.

K.G. Kapel en E.M.Y. Sørensen
Sørensen Advocaten

188

Rechtbank Gelderland (Kantonrechter)
15 juni 2016, nr. 5037140 HA VERZ 16-77
ECLI:NL:RBGEL:2016:7161
(mr. Heessels)
Noot C.A. Ozinga

Ontbinding. Disfunctioneren. H-grond. Eenzijdige functiewijziging.

Dat werknemer niet voldoet aan eenzijdig verzwaarde functie-eisen rechtvaardigt niet de conclusie dat sprake is van disfunctioneren. De eisen voldoen niet aan concrete en objectieve maatstaven. Afwijzing ontbinding op de d-grond en h-grond.

[BW art. 7:669 lid 1 en lid sub d en sub h, 7:671b]

1296

Werknemer is met ingang van 17 april 1990 in dienst getreden van Schut Packaging B.V. (hierna: Schut) in de functie van algemeen medewerker Afwerking en Operator. Schut exploiteert een onderneming die zich bezighoudt met de fabricage van en handel in verpakkingen en aanverwante producten. In 2015 heeft Schut besloten het kwaliteitsniveau van acht Operators – waaronder werknemer – zodanig te verhogen dat zij daarmee de efficiëntie van de afdeling Afwerking aanzienlijk kon verbeteren. Zij heeft daartoe een 'Plan van Aanpak' opgesteld. Een belangrijk deel daarvan bestond uit het door middel van een praktijkexamen testen of de Operator zich op het vereiste werkniveau bevond. De Operators dienden bij het examen aan een drempelscore van 3,0 op een schaal van 4,0 (equivalent aan een 7,5 op een schaal van 10) te voldoen. Werknemer heeft deze score tot driemaal toe niet weten te behalen; zijn hoogst behaalde score was een 2,9. Naar aanleiding van de ondermaatse resultaten verzoekt Schut thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren. Indien geoordeeld zou worden dat hiervan geen sprake is, dient de arbeidsovereenkomst te worden ontbonden op grond van overige omstandigheden (h-grond). Werknemer verzoekt op zijn beurt een veroordeling tot tewerkstelling, op straffe van een dwangsom. Bij ongeschiktheid in het kader van de d-grond komt het er in de eerste plaats op aan of de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat de werknemer in onvoldoende mate voldoet aan de gestelde functie-eisen. Dat houdt in zijn algemeenheid in dat de prestaties niet voldoen aan de verwachtingen die de werkgever daarvan heeft (p. 17 Beleidsregels ontslagtaak UWV). Een ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren moet in zijn algemeenheid aan zware eisen voldoen. In de overweging wordt het volgende betrokken. Werknemer werkt al langere tijd als Operator en de beoordeling van zijn functioneren is steeds voldoende geweest, zodat het door Schut in 2015 geëiste niveau niet gelijk is aan de vóór die tijd aan werknemer gestelde minimumeisen. Schut heeft de nieuwe eisen aan het werkniveau meer precies uitgewerkt door te eisen dat minimaal een score van 3,0 behaald diende te worden. Op deze wijze heeft Schut de functie-eisen zodanig verzwaard, dat van een normaal

van een werknemer te vergen 'meegroeien in de functie' niet meer kan worden gesproken. In de tweede plaats is volgens Schut het disfunctioneren reeds aangetoond op grond van de omstandigheid dat werknemer tot driemaal toe het examen niet heeft behaald. De kantonrechter volgt haar daarin niet. Werknemer heeft in de periode tussen 1990 en 2014 naar behoren gefunctioneerd. Daarnaast is het eenzijdig instellen van een examen, zoals Schut heeft gedaan, in het algemeen niet zonder meer een adequaat en redelijk middel om te beoordelen of een werknemer wel of niet op voldoende niveau functioneert, aldus dat dit bij een negatieve uitslag een disfunctioneren kan opleveren. Indien de werkgever door het verscherpen van de functie-eisen in het kader van een kwaliteits- en efficiëntieslag de lat hoger wil leggen, is een dergelijke eenzijdige functiewijziging enkel binnen de grenzen van goed werkgever- en werknemerschap mogelijk. Daarbij dient te worden voldaan aan de in de Taxi Hofman- en Stoof/Mammoet-arresten geformuleerde criteria. Voorts heeft Schut niet voldaan aan de eis van objectieve maatstaven bij het afnemen van een examen en is het arbitrair om te eisen dat alleen een 3,0 voldoende zou zijn om te slagen voor het examen, temeer nu een examiner heeft verklaard dat een 2,9 in het geval van werknemer voldoende is. De door werknemer behaalde resultaten leiden dus niet tot de conclusie dat hij daarmee een onvoldoende resultaat heeft behaald, nog daargelaten of hij daarmee 'ongeschikt' zou zijn. Ten slotte is niet voldoende geobjectiveerd welke feitelijke factoren naast het niet behalen van het examen moeten leiden tot de conclusie dat werknemer na een lang dienstverband sinds kort onvoldoende functioneert. Daarbij speelt nog mee dat van hem bekend is dat hij de afgelopen jaren kampt met problemen in de privésfeer.

Het verzoek tot ontbinding op de h-grond leidt evenmin tot ontbinding, omdat deze enkel dient te worden toegepast in de zeer bijzondere categorie gevallen waarin de feiten die aan de ontbinding ten grondslag worden gelegd niet voldoen aan de vereisten voor een van de andere gronden a tot en met g. De door Schut aangevoerde feitelijke grond dat de werknemer niet voldoet aan verzwaarde functie-eisen kan derhalve niet alsnog een redelijke grond voor ontbinding via de h-grond opleveren. Schut heeft zich verzet tegen een veroordeling tot tewerkstelling met dwangsom. Schut heeft in dit verband aangevoerd dat zij bij afwijzing van het ontbindingsverzoek, werknemer zal toelaten tot zijn werkzaamheden als Operator, zodat het opleggen van een dwangsom voorbarig is. De kantonrechter passeert deze stelling en gebiedt de verzochte tewerkstelling. Gelet op de expliciete toezegging van Schut vertrouwt de kantonrechter erop dat Schut aan dit gebod gevolg zal geven, zodat hij het thans opleggen van een dwangsom niet nodig acht. Het gebod wordt voorts uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Schut Packaging B.V., gevestigd te Eerbeek, hierna te noemen "Schut", gemachtigde: mr. F.J. van Wijk, tegen [gedaagde], wonende te [woonplaats], hierna te noemen "[gedaagde]", gemachtigde: mr. B.A. Roosenboom.

Rechtbank:

1 Het verloop van de procedure

Dit verloop blijkt uit:

– het verzoekschrift, ingekomen ter griffie op 29 april 2016;