JAR 2016/26 Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht, 21-12-2015, 4576301 UE VERZ 15-541, 4656734 UE VERZ 15-593 mc/936, ECLI:NL:RBMNE:2015:9189

Afwijzing ontbindingsverzoek, Werkgever treft verwijt verstoorde arbeidsverhouding, Niet voldaan aan herplaatsingsverplichting

Publicatie	JAR 2016 afl. 2
Publicatiedatum	16 maart 2016
College	Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
Uitspraakdatum	21 december 2015
Rolnummer	4576301 UE VERZ 15-541 LJN ECLI:NL:RBMNE:2015:9189
Rechter(s)	mr. De Laat
Partijen	De coöperatie Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank BA te Amsterdam en kantoorhoudende te Utrecht, verzoekende partij, gemachtigde: mr. C. Nekeman, tegen de werknemer te (...), verwerende partij, gemachtigde: mr. M.J. Dito.
Noot	mr. L.B. de Graaf
Trefwoorden	Afwijzing ontbindingsverzoek, Werkgever treft verwijt verstoorde arbeidsverhouding, Niet voldaan aan herplaatsingsverplichting,
Regelgeving	BW Boek 7 - 671b lid 1 onder a BW Boek 7 - 699 lid 1 jo. 3 onder g Rv - 233

» Samenvatting

De werknemer is in dienst sinds 1 september 1986 bij de werkgever tegen een brutosalaris van € 14.771,64 per maand. In 2013 heeft de werknemer onvoldoende beoordelingen gekregen. De werknemer herkende zich hier niet in. De tussentijdse beoordeling in 2014 was voldoende, maar de eindbeoordeling onvoldoende. De werknemer maakte hiertegen bezwaar en uiteindelijk heeft mediation plaatsgevonden, welke niet tot een oplossing heeft geleid. In juli 2015 werd de werknemer vrijgesteld van werkzaamheden. De werkgever heeft een ontbindingsverzoek ingediend vanwege een verstoorde arbeidsverhouding. De werknemer heeft aangevoerd dat geen sprake is van disfunctioneren en dat de werkgever nooit is ingegaan op zijn verzoeken om met sluitende voorbeelden te komen. De verstoorde arbeidsverhouding is volgens de werknemer niet ontstaan door het vermeende disfunctioneren van de werknemer, maar doordat de werkgever ten onrechte slechte beoordelingen heeft gegeven, die hij niet concreet heeft kunnen onderbouwen. De werknemer verzet zich tegen ontbinding en verzoekt wedertewerkstelling.

De kantonrechter overweegt dat voldoende is gebleken dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Voor een ontbinding is echter vereist dat van de 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 een verwijt treft. Daar is in dit geval sprake van. De werkgever heeft geen concrete voorbeelden genoemd waarop de onvoldoende beoordeling is gebaseerd, zodat deze een onvoldoende onderbouwing van het verzoek vormt. Onduidelijkheden met betrekking tot de status van de beoordelingen blijven voor rekening en risico van de werkgever. Ook het stopzetten van mediation kan niet enkel op het conto van de werknemer worden geschreven. Dat de werknemer een kritische werknemer is betekent niet dat als vanzelf sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding en dat van de werkgever niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ook heeft de werkgever niet, althans onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de mogelijkheid tot herplaatsing niet bestaat. Wedertewerkstelling

wordt afgewezen vanwege een gebrek aan spoedeisend belang, maar het ontbindingsverzoek wordt ook afgewezen.

NB. Als de arbeidsverhouding alleen door toedoen van de werkgever is verstoord zou dit niet te snel tot ontbinding moeten leiden, omdat dat slecht werkgeverschap in de hand kan werken. In onderhavig geval lijken beide partijen een aandeel te hebben gehad in de verstoring, dus had ontbinding wellicht wel gekund. De werkgever lijkt echter weinig moeite te hebben gedaan voor herplaatsing.

» Uitspraak
1. De procedure

(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. De werknemer, geboren in 1963, is sinds 1 september 1986 in dienst van de Rabobank, laatstelijk in de functie van Senior Sales Manager. Het dienstverband is aangegaan voor onbepaalde tijd. Het laatstgenoten brutoloon bedraagt € 14.771,64 per maand, exclusief een gemiddelde maandelijkse bonus van € 1.944,44.

2.2. In de beoordeling over het jaar 2010 is (onder meer) onder het kopje "Rating" vermeld:

"*Provisional Mid Year Review rating:*

Fully meets

Overall End of Year Appraisal rating:

Fully meets"

In de beoordeling over het jaar 2011 is bij de "Overall End of Year Appraisal rating" eveneens "Fully meets" vermeld. Bij de "comments" is het volgende vermeld:

"[De werknemer] has had a solid year. Financial objectives are not met (EUR 6.5 mio) however there were mitigants. From a deal perspective, the major achievement is the closing of O&O and TSF deal. [De werknemer] has organised inspiring views and the cycling well. [De werknemer] has improved on introducing other team members to the client base a.o. on the subject of government bonds.

As one of the most experienced senior members of the team, it is expected that [de werknemer], even if he is critical about the organisation, deals positively with situations. This will raise his stature within GFM."

Ook in de beoordeling over het jaar 2012 is bij de "Overall End of Year Appraisal rating" "Fully meets" vermeld. Bij de "comments" is het volgende vermeld:

"The OSS figures itself are very good, but as a senior member of the team [de werknemer] should show more willingness to not only share knowledge about clients but also the client themselves and its flow business these customers generate. In due course more focus can be given to non-standard high profile transactions."

2.3. In de "Performance Review 2013" is bij de "Provisional Mid Year Review rating" vermeld: "Does not fully meet". Bij de "comments" is het volgende vermeld:

"In a number of areas [de werknemer] does good work. From a senior team member however a less negative attitude, less individual target chasing and more client/knowledge/information/deal sharing is expected. These elements have played an important role in the current provisional mid year review rating and will be key in measuring the overall end of year appraisal rating as well. Furthermore more frequent proactive telephone calls with customers are warranted in order to increase the business in secondary Credit Trading."

Deze beoordeling is op 14 augustus 2013 met de werknemer besproken.

2.4. Bij e-mailbericht van 20 augustus 2013 heeft de werknemer aan zijn leidinggevenden A. en B. meegedeeld dat hij niet instemt met voormelde beoordeling over 2013, aangezien de genoemde opmerkingen niet zijn gebaseerd op de feiten. Verder heeft de werknemer aangegeven dat hij niet begrijpt waar deze erg negatieve beoordeling vandaan komt en dat hij er niet eerder op gewezen is dat zijn functioneren onvoldoende was.

2.5. In reactie op voormeld e-mailbericht hebben A. en B. op 22 augustus 2013 aan de werknemer meegedeeld dat het weinig constructief is om via de e-mail te communiceren, dat zij ervan overtuigd zijn dat de werknemer iets met de gemaakte opmerkingen kan doen en dat zij bereid zijn om hem daarbij te ondersteunen. Voorgesteld is om elke twee weken de voortgang te bespreken.

2.6. De werknemer heeft op 26 augustus 2013 aan A. en B. meegedeeld dat hij open staat voor kritiek op zijn functioneren, maar dat het weinig constructief is wanneer de vragen waarop die kritiek is gebaseerd en van wie die kritiek afkomstig is, niet worden beantwoord. Verder heeft de werknemer aangegeven dat hij de genoemde voorbeelden van het vermeende disfunctioneren heeft kunnen weerleggen en dat hij bij zijn standpunt blijft dat de negatieve beoordeling niet terecht is.

2.7. Op de vraag van B. om de bezwaren in “Easy” te zetten en de beoordeling af te tekenen, heeft de werknemer op 29 augustus 2013 geantwoord dat hij (ook) bezwaar tegen heeft het accepteren van een beoordeling waar hij het niet mee eens is.

2.8. Bij e-mailbericht van 25 september 2013 heeft de werknemer het volgende aan A. en B. meegedeeld:

“Afgelopen maandag 23 september jl. hebben wij een gesprek gehad over mijn mid-year review.

Ik betreur het dat jullie hebben aangegeven het niet nodig te vinden om in te gaan op mijn herhaalde verzoeken om antwoord te geven op mijn vragen.

Zoals eerder aangegeven sta ik vanzelfsprekend open voor eventuele kritiek op mijn functioneren. Als jullie echter niet willen/kunnen benoemen waar de kritiek op gebaseerd is of van wie deze afkomstig is, dan wordt het lastig.

Ik herken mij, zoals gezegd, niet in de negatieve beoordeling. Mijn resultaten zijn goed, ik heb een goede relatie met klanten en met collega’s en ik ben bovendien nooit in een eerder stadium door jullie aangesproken op vermeend disfunctioneren. De negatieve beoordeling tijdens het mid year gesprek kwam voor mij dan ook volledig onverwachts.

De vragen die ik eerder heb gesteld – zoals het verzoek om concrete voorbeelden van het beweerde disfunctioneren, de vraag waarom ik in het afgelopen jaar op geen enkele manier (gesprek of e-mail) te horen heb gekregen dat ik het niet goed zou doen, de vraag van wie de kritiek afkomstig is etc. – staan dus nog altijd. Ik kan de review daarom (nog steeds) niet accepteren.

De door jullie gekozen opstelling stelt mij teleur. Ik krijg daardoor ook de indruk dat er meer speelt, of eigenlijk iets anders achter zit, namelijk dat deze negatieve beoordeling een vooraankondiging is van een voornemen om mijn dienstverband te beëindigen. Ik zou een open communicatie in elk geval zeer op prijs stellen, zodat ik weet waar ik aan toe ben. Dat gevoel heb ik namelijk op dit moment niet.”

2.9. Bij brief van 23 oktober 2013 heeft de (vorige) gemachtigde van de werknemer – kort samengevat – aan B. en A. meegedeeld dat, teneinde de werknemer in de gelegenheid te stellen om iets te doen met de kritiek, hem wel duidelijk gemaakt moet worden waarop die kritiek ter zake het niet goed samenwerken in het team, het slecht communiceren en het hebben van een negatieve houding is gebaseerd. Dat heeft de Rabobank evenwel nagelaten, waarmee zij handelt in strijd met haar verplichting om zich als een zorgvuldig handelend werkgever te gedragen.

2.10. Bij e-mailbericht van 25 oktober 2013 hebben B. en A. aan de (vorige) gemachtigde van de werknemer meegedeeld dat zij verbaasd zijn dat de werknemer reeds nu een advocaat heeft ingeschakeld, aangezien zij hebben getracht om met de werknemer in gesprek te blijven en de situatie niet te laten escaleren. Verder hebben zij aangevoerd dat iedereen wel eens iets te

verbeteren heeft en dat er niks mis is met het melden van kritiek, te meer omdat dat in het merendeel van de gevallen leidt tot betere prestaties. Het voortgangsgesprek is daar ook juist bij uitstek voor bedoeld, aldus B. en A. In dit e-mailbericht is voorts het volgende vermeld:

"Waarom [de werknemer] spreekt over een impasse of over een beëindiging van zijn dienstverband is ons een raadsel. Ook dit hebben we reeds aan hem toegelicht. Er is niets meer of minder aan de hand dan een voortgangsverslag met ontwikkelpunten. Aan het feit dat hij overigens in de voorgaande jaren goed is beoordeeld, kan hij uiteraard thans geen rechten ontlenen. Het zou hem ons inziens sieren, en daarnaast ook van professionaliteit hebben getuigd, als hij de geuite kritiekpunten ter harte had genomen en bij ons zou informeren naar de verbetermogelijkheden in plaats van de gekozen confrontatie.

De insteek is dat wij een transparante werksfeer willen waar het teambelang vooropstaat. Daar moet iedereen binnen het team aan meewerken. Meer dan voorheen vraagt het tijdsbeeld en de markt om transparantie, open communicatie en teamwork. In zoverre is de bancaire omgeving de afgelopen tijd duidelijk veranderd en zal deze in de toekomst ook nog verder veranderen. Er wordt zoals bekend meer dan voorheen binnen de bank door leidinggevenden gestuurd op de competenties van medewerkers, naast de hard targets. Wij allen hebben daaraan te werken, en dus ook [de werknemer]."

2.11. Bij e-mailbericht van 8 november 2013 heeft C., werkzaam als "HR Advisor" bij de Rabobank, het gesprek van 28 oktober 2013 bevestigd en aan de werknemer meegedeeld dat B. en A. nogmaals hebben aangegeven wat de geconstateerde verbeterpunten zijn, waarmee deze naar de mening van B. en A. ook helder zijn gemaakt. Verder heeft C. aangegeven dat de werknemer zich ook tot de Geschillencommissie Arbeidsverhoudingen kan wenden. Voorts is in het gesprek van 28 oktober 2013 herhaald dat het uitgangspunt van de Rabobank nog steeds is om de werknemer te ondersteunen bij het tot stand brengen van de gewenste verbeterpunten en dat zij graag toewerken naar een positieve eindejaarsbeoordeling. Van een vertrouwenscrisis, zoals door de werknemer is gesteld, is naar de mening van de Rabobank geen sprake. Het gesprek op 28 oktober 2013 is uiteindelijk beëindigd in verband met meerdere respectloze opmerkingen van de zijde van de werknemer.

2.12. Bij e-mailbericht van 11 november 2013 heeft de werknemer zijn door hemzelf opgestelde gespreksverslag van het gesprek van 28 oktober 2013 aan de Rabobank gestuurd. Hierin heeft de werknemer – kort samengevat – herhaald dat hij geen antwoorden op zijn vragen heeft gekregen en dat hij eerst wil weten wat hij fout heeft gedaan alvorens hij aan zijn competenties kan gaan werken. Hierbij heeft de werknemer er ook op gewezen dat de door B. en A. genoemde voorbeelden niet juist waren en dat hij die voorbeelden heeft weerlegd.

2.13. In de "Performance Review 2013" is bij de "Overall End of Year Appraisal rating" "Does not fully meet" vermeld. Bij de "comments" is het volgende vermeld:

"2013 has been a tough year, not only for the bank as a whole or our own department, but also for [de werknemer] personally. The remarks on 3 competencies during MYR has resulted in several additional meetings with management, HR and even 1 with Legal, trying to solve the situation. [De werknemer] however kept on showing commitment, which is appreciated. He also tackled 2 of the addressed competencies (selective information sharing and negative attitude) during the course of the second half of 2013.

Some comments out of the IFA feedback; [de werknemer] is client focussed, result driven, knowledgeable, has and maintains good long lasting relationships and is well organized. Furthermore he is persistent and knows his customers well. Apart from the distinct style [de werknemer] gets deals done, often with a relatively high margin. With regard to collaboration and sharing knowledge remarks were made that this can be done more in order to achieve further client penetration and business. [...] said that 'he should be more of a leader by sharing information but also EOS income to group members'. One other sees him a bit as a defeatist; believe in what we can do as a bank instead of focus on what we can't.

From an executive director (senior sales person) it is expected that the remarks for improvement made are taken up constructively and worked on. The overal [...] of year rating mentioned below reflects the fact that after 4 months since the MYR still no formal commitment has heen given by [de werknemer] to address the mentioned remarks for improvement. Furthermore the MYR hasn't been completed, which has been requested by

management several times. Last but not least the numerous disrespectful remarks made during meetings towards management is unacceptable and is weighing heavily on the overall rating."

2.14. In de "Performance Review 2014" is bij de "Provisional Mid Year Review rating" vermeld: "Fully meets". Bij de "comments" is het volgende vermeld:

"[De werknemer] has picked up the glove and worked hard on the to be improved 3 competencies mentioned in the 2013 reviews. I am very pleased to see this development! The only thing lacking is the one relating sharing of clients/trades/EOS and I would like to urge [de werknemer] to work on this topic as well."

2.15. Bij e-mailbericht van 24 september 2014 heeft D., "Global Head of FI Sales" en de leidinggevende van B. voormeld, aan de werknemer meegedeeld dat de medewerkers van de Rabobank als een team werken om zo de klanten het beste te kunnen bedienen en dat klanten niet toebehoren aan één verkoopmedewerker. Teamwerk staat hierbij centraal, aldus D. Verder heeft D. erop gewezen dat was afgesproken dat de werknemer samen met A. als een team zouden werken "covering the DNB" en dat het derhalve niet acceptabel is dat de werknemer met een klant heeft afgesproken zonder A. daarbij te betrekken, aangezien dit de autoriteit van A. ondermijnt en ingaat tegen de principes van de Rabobank.

2.16. In de "Performance Review 2014" is bij de "Overall End of Year Appraisal rating" "Does not fully meet" vermeld. Bij de "comments" is een aantal opmerkingen, zoals die hiervoor zijn vermeld, herhaald. Ten slotte is hier vermeld:

"In conclusion we urge [de werknemer] to work on his behaviour, his cooperation with colleagues, improving transparency of information sharing and respect management decisions. In order to do so we will work on an improvement plan to get him on track in H1 2015."

2.17. Bij brief van 7 januari 2015 heeft de werknemer bezwaar aangetekend tegen de eindejaarsbeoordeling van december 2014, aangezien deze in het geheel niet objectief is, vele onwaarheden bevat en geen juiste weergave van de werkelijkheid is. In de daartoe opgestelde brief van ruim acht pagina's heeft de werknemer zijn bezwaar nader onderbouwd.

2.18. Nadat de werknemer op 9 februari 2015 met B. had gesproken over zijn bezwaarschrift en daar nadien geen inhoudelijke reactie op volgde, heeft de (vorige) gemachtigde van de werknemer bij brief van 9 maart 2015 aan de Rabobank meegedeeld dat de werknemer onder protest klanten heeft afgestaan en dat de werknemer inmiddels is gebleken dat hij als enige van zijn afdeling niet in aanmerking is gekomen voor een bonus. Gelet hierop is de werknemer van mening dat het vertrouwen door toedoen van de Rabobank onherstelbaar is beschadigd en is bij hem de indruk ontstaan dat de Rabobank het dienstverband met hem wil beëindigen.

2.19. Bij e-mailbericht van 23 maart 2015 heeft E., werkzaam op de afdeling Juridische Zaken bij de Rabobank, aan de werknemer meegedeeld dat de Rabobank de visie van de werknemer, zoals vervat in voormelde brief van 9 maart 2015, niet deelt en dat iedere medewerker erop aangesproken wordt wanneer het functioneren te wensen overlaat. De bedoeling hiervan is om de medewerker te laten verbeteren in zijn functioneren. Hierbij heeft E. erop gewezen dat de werknemer geen formeel bezwaar heeft aangetekend tegen de beoordeling over 2013.

2.20. Bij e-mailbericht van 21 april 2015 heeft de Rabobank voorgesteld om door middel van mediation te bezien of de verhouding hersteld kan worden. Bij e-mailbericht van 29 april 2015 heeft de werknemer hierop positief gereageerd.

2.21. Bij brief van 6 juli 2015 heeft de Rabobank aan de werknemer meegedeeld dat haar op 3 juli 2015 is gebleken dat de mediation niet heeft geleid en ook niet zal leiden tot een oplossing, waarna de mediation is geëindigd. "Dat betekent dat de bank tot haar spijt nu geen andere weg ziet dan in te gaan op jouw streven naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst (...)", aldus de Rabobank. Hieraan heeft de Rabobank toegevoegd dat wanneer niet tot overeenstemming wordt gekomen, een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal worden ingediend.

De werknemer is vervolgens vanaf 6 juli 2015 vrijgesteld van werkzaamheden.

2.22. Partijen hebben vervolgens onderhandeld over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Gedurende deze onderhandelingen heeft de (vorige) gemachtigde van de werknemer aan de Rabobank meegedeeld dat de werknemer zijn dienstverband wenst voort te zetten. Verder heeft de werknemer in dit e-mailbericht van 17 juli 2015 aan de Rabobank

verzocht om de gesprekken te hervatten. Bij e-mailbericht van 23 juli 2015 is door de Rabobank aan de werknemer meegedeeld dat “er geen enkele reden is om thans aan te nemen dat een hervatting van de gesprekken nu wel tot een oplossing zouden leiden”.

Deze onderhandelingen hebben uiteindelijk niet geleid tot een oplossing.

3. Het verzoek en het verweer

3.1. De Rabobank verzoekt de kantonrechter om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de tussen de Rabobank en de werknemer bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a BW. Dit verzoekschrift is geregistreerd onder nummer 4576301 UE VERZ 15-541. De Rabobank heeft hierbij verzocht om bij het bepalen van de ontbindingsdatum de periode tussen het moment van ontvangst van het verzoek tot ontbinding en de dagtekening van deze beschikking op de opzegtermijn in mindering te brengen en om aan de werknemer een transitievergoeding toe te kennen van € 200.592,98 bruto, met veroordeling van de werknemer in de kosten van de procedure.

3.2. Ter onderbouwing van dit verzoek heeft de Rabobank gesteld dat er sprake is van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 1 juncto lid 3 sub g BW. Naar de mening van de Rabobank is de arbeidsrelatie met de werknemer zodanig verstoord dat van haar in redelijkheid niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De Rabobank heeft in dit kader aangevoerd dat zij meer wilde sturen op de teamprestaties en minder op individuele “targets”, terwijl de werknemer meer gericht was op zijn individuele prestatie waarbij hij het teambelang wel eens uit het oog verloor. De werknemer was hierbij ook argwanend ten opzichte van zijn ontwikkelpunten en heeft tot twee keer toe aangegeven dat er sprake was van een dusdanige vertrouwensbreuk dat de arbeidsovereenkomst diende te eindigen. Ook het mediationtraject is zonder resultaat geëindigd, aldus de Rabobank. Verder ligt volgens de Rabobank herplaatsing van de werknemer niet in de rede, gelet op de houding en het gedrag van de werknemer. Hierbij heeft de Rabobank erop gewezen dat er ook geen andere passende functies voor de werknemer zijn.

3.3. De werknemer heeft als verweer aangevoerd dat er geen sprake was van disfunctioneren en dat de Rabobank nimmer is ingegaan op zijn verzoeken om met sluitende voorbeelden te komen. De werknemer heeft omtrent zijn functioneren ook nooit een aanwijzing of een schriftelijke waarschuwing van zijn leidinggevende gekregen. De werknemer heeft er in dit kader op gewezen dat er van de zijde van de Rabobank ook geen reactie is gekomen op zijn brief van 7 januari 2015. De verstoorde arbeidsverhouding is niet ontstaan door het vermeende disfunctioneren van de werknemer en de twee waarschuwingen van D., maar doordat de Rabobank ten onrechte slechte beoordelingen heeft gegeven, die zij niet concreet heeft kunnen onderbouwen. Wat betreft de herplaatsing heeft de werknemer erop gewezen dat er in de afgelopen twee jaar geen pogingen zijn ondernomen om hem te herplaatsen en dat hij ook geen scholing heeft mogen volgen. Gelet hierop is de werknemer zelf een opleiding tot pensioendeskundige bij de universiteit gaan volgen. Naar de mening van de werknemer zijn er drie afdelingen binnen de werknemer waar hij prima zou kunnen functioneren. De werknemer concludeert primair tot afwijzing van het verzoek en subsidiair tot toekenning van een vergoeding van € 1.100.000,= bruto, met veroordeling van de Rabobank in de proceskosten.

3.4. De werknemer heeft een “verzoekschrift weder tewerkstelling ex art. 233 Rv.” (bedoeld zal zijn: artikel 223 Rv.) ingediend. Dit verzoekschrift is geregistreerd onder nummer 4656734 UE VERZ 15-593.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter heeft zich ervan vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van enig opzegverbod, hetgeen niet het geval is.

4.2. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

4.3. Gelet op hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, is voldoende gebleken dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Dit gegeven is echter sedert de

inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015 niet zonder meer voldoende om van een verstoorde arbeidsverhouding te spreken in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub g BW. Daarvoor is vereist dat van de Rabobank 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. Geoordeeld wordt dat daarvan in dit geval sprake is. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.4. Vast staat dat de beoordelingen van de werknemer over de jaren 2010, 2011 en 2012 voldoende waren. Hiertoe wordt erop gewezen dat onderaan deze formulieren telkens “fully meets” is vermeld. In de beoordeling over de eerste helft van 2013 is vermeld dat de werknemer niet geheel voldoet aan de voor hem geldende criteria en dat van hem wordt verwacht dat hij een minder negatieve houding heeft, dat hij minder op een individuele basis “targets” nastreeft en dat hij meer informatie en kennis over klanten deelt met collega’s. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de werknemer hierbij redelijkerwijs kunnen vragen op grond van welke informatie deze beoordeling is gegeven, te meer omdat de drie voorgaande beoordelingen voldoende waren en hem niet eerder te kennen is gegeven dat zijn functioneren naar de mening van de Rabobank niet voldeed aan de verwachtingen. Uit de stellingen over en weer is gebleken dat de Rabobank een aantal voorbeelden heeft gegeven, die vervolgens door de werknemer zijn weerlegd. Van de zijde van de Rabobank is hierop verder niet ingegaan en ook zijn deze voorbeelden in de onderhavige procedure niet kenbaar gemaakt, zodat ervan uitgegaan wordt dat de Rabobank deze voorbeelden niet langer handhaaft, althans niet mede aan het onderhavige verzoek ten grondslag heeft gelegd. Voldoende is verder gebleken dat de Rabobank geen andere concrete voorbeelden heeft genoemd waarop deze beoordeling is gestoeld, zodat deze onvoldoende beoordeling een onvoldoende onderbouwing voor het onderhavige verzoek vormt.

4.5. In dit kader wijst de kantonrechter er voorts op dat de beoordeling over de eerste helft van 2014 weer voldoende was (“fully meets”), waarbij specifiek is vermeld dat de werknemer de handschoen heeft opgepakt en dat er in ieder geval voor twee van de drie genoemde aandachtspunten een ontwikkeling zichtbaar is, die kennelijk zodanig was dat een voldoende beoordeling kon worden gegeven.

4.6. In de eindejaarsbeoordeling over 2014 staan vervolgens weer een aantal aandachtspunten vermeld, waaraan de werknemer naar de mening van de Rabobank dient te werken. Dienaangaande wordt overwogen dat het buiten kijf staat dat de Rabobank als werkgever aandachtspunten/verbeterpunten aan haar werknemers – in casu de werknemer – mag meegeven. Evenmin staat ter discussie dat het de werknemer vrij staat om zijn bezwaren tegen een beoordeling kenbaar te maken, zoals de werknemer heeft gedaan bij brief van 7 januari 2015. Niet is gebleken dat de Rabobank inhoudelijk op deze bezwaren is ingegaan, ondanks toezeggingen daartoe. Gelet hierop wordt geoordeeld dat de onduidelijkheid met betrekking tot de status van deze eindejaarsbeoordeling over 2014, waarmee derhalve ook nog steeds onduidelijk is of alle genoemde aandachtspunten onverkort op de werknemer van toepassing blijven, voor rekening en risico van de Rabobank dienen te blijven. Ook deze beoordeling kan derhalve niet als een voldoende onderbouwing voor het onderhavige verzoek worden aangemerkt.

4.7. De Rabobank heeft gesteld dat de werknemer zelf heeft aangegeven dat hij geen enkel vertrouwen meer heeft in de Rabobank. Anders dan de Rabobank hiermee kennelijk bedoelt te betogen, kan hieruit niet de conclusie worden getrokken dat de werknemer zelf heeft aangestuurd op een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. Hiertoe wordt overwogen dat de werknemer in voormelde brief van 9 maart 2015 expliciet heeft gesteld dat bij hem de indruk is ontstaan dat de Rabobank het vertrouwen in hem heeft verloren en dat hij dáárom op zijn beurt het vertrouwen in de Rabobank is verloren. Ten slotte overweegt de kantonrechter in dit kader dat de werknemer meerdere malen heeft aangedrongen op voortzetting van de gesprekken.

4.8. De Rabobank heeft gesteld dat de mediation niet succesvol is geweest. Dienaangaande wordt onder verwijzing naar voormeld e-mailbericht van 23 juli 2015 geoordeeld dat het uiteindelijk de Rabobank is geweest die de mediation heeft beëindigd. Het stopzetten van de mediation kan derhalve niet enkel op het conto van de werknemer worden geschreven.

4.9. De kantonrechter overweegt ten slotte dat uit hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd voldoende is gebleken dat de werknemer een kritische werknemer is. Dit betekent evenwel niet dat er daarmee “als vanzelf” sprake is van een zodanig verstoorde

arbeidsverhouding, dat van de Rabobank niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ook het gegeven dat de werknemer zich een aantal keer enigszins laatdunkend heeft uitgelaten over zijn leidinggevenden, hetgeen niet goed valt te praten en waarvan de werknemer ter zitting ook heeft erkend dat hem dat niet past, kan niet tot die conclusie leiden.

4.10. Al het voorgaande betekent dat er geen grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat.

4.11. Ten aanzien van de mogelijkheid om de werknemer elders binnen de organisatie van de Rabobank te herplaatsen is de kantonrechter van oordeel dat de Rabobank niet, althans onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat deze mogelijkheid niet bestaat. Hierbij wordt nog opgemerkt dat uit het traject dat partijen voorafgaand aan deze procedure hebben doorlopen, niet is gebleken dat hieraan uitvoerig aandacht is besteed. Dat zou alleen al daarom nodig zijn geweest omdat juist in een situatie waarin twee leidinggevenden met een werknemer een niet geheel onmoeizame route bewandelen, herplaatsing serieus onderzocht moet worden. Gelet op artikel 7:669 lid 1 BW dient ook dit voor rekening en risico van de Rabobank als werkgever te blijven.

4.12. De conclusie luidt dan ook dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden afgewezen. De Rabobank zal worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

4.13. Voormeld verzoek van de werknemer tot wedertewerkstelling zal worden afgewezen. Hiertoe wordt overwogen dat de werknemer al op 6 juli 2015 is vrijgesteld van zijn werkzaamheden en dat dit verzoek eerst op 1 december 2015 is ingediend, op welk moment al bekend was dat de mondelinge behandeling op 10 december 2015 zou plaatsvinden. Gelet op dit tijdsverloop en het vooruitzicht op een spoedige uitspraak maakt naar het oordeel van de kantonrechter dat er geen sprake meer is van een spoedeisend belang aan de zijde van de werknemer. Met de Rabobank wordt geoordeeld dat het niet opportuun is om voor de werknemer voor de duur van het geding, als bedoeld in artikel 223 Rv., nog een voorlopige voorziening te treffen.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. wijst het verzoek van de Rabobank af;

5.2. wijst het verzoek van de werknemer af;

5.3. veroordeelt de Rabobank in de proceskosten aan de zijde van de werknemer, tot de uitspraak van deze beschikking begroot op € 400,= aan salaris gemachtigde.

» Noot

Moet bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:669 lid 3 sub g BW ("de g-grond") meewegen wie schuld heeft aan de verstoring? De kantonrechter in deze zaak beantwoordt die vraag bevestigend. In rov. 4.3 overweegt hij dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, maar dat voor ontbinding op de g-grond ook is vereist dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd moet kunnen worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. De kantonrechter concludeert vervolgens: "*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.*" In zijn oratie had Sagel al een voorzet voor deze benadering gegeven (S.F. Sagel, 'Werk en zekerheid: ontslag*recht doen* in tijden van hard and fast rules', oratie Univ. Leiden (2014), p. 11-12): "*Als een verstoring zijn oorzaak vindt in het door de werkgever ten onrechte nastreven van beëindiging op een nog niet voldragen grond, zal niet snel gezegd kunnen worden dat in redelijkheid niet van de werkgever te vergen is het dienstverband voort te zetten*." (accentuering in origineel, LBdG).

Er valt veel te zeggen voor deze insteek. Slecht werkgeverschap zou niet beloond moeten kunnen worden met een ontbinding. Het lijkt er echter sterk op dat de regering heeft beoogd om de schuldvraag geen onderdeel van de toetsing aan de g-grond te laten zijn.

Hiervoor is in de eerste plaats van belang vast te stellen dat volgens de regering met art. 7:669 BW "*geen wijziging [is] beoogd ten opzichte van hetgeen in het huidige Ontslagbesluit en de*

daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV is geregeld" (*Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 98). Volgens de regering komen de ontslaggronden van art. 7:669 BW dan ook *"overeen met wat thans geldt* […]." (*Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, nr. C, p. 56).

Dit is van belang, omdat het Ontslagbesluit (art. 5:1 lid 4) bepaalde dat toestemming voor ontslag kon worden verleend als een arbeidsrelatie ernstig en duurzaam was verstoord. In de uitwerking van deze ontslaggrond in de Beleidsregels stond vervolgens: "*De* schuldvraag *bij de ontslaggrond verstoorde arbeidsrelatie is voor UWV* geen *toetsingscriterium. Deze vormt* geen *element blijkens het Ontslagbesluit*." (Beleidsregels Ontslagtaak UWV, Hoofdstuk 27, par. 8 (2013); accentuering, LBdG). Volgens het Ontslagbesluit en de Beleidsregels ging het er bij de beoordeling van de ontslaggrond "verstoorde arbeidsrelatie" dus om dat werd vastgesteld dát de arbeidsrelatie ernstig en duurzaam was verstoord. Wie de verstoring had veroorzaakt, was hierbij niet van belang. Zie ook: C.J. Frikkee in *TRA* 2014/89.

Sagel en de Kantonrechter Utrecht lijken hun standpunt op het tweede deel van de g-grond te baseren: "*zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren*". In feite stellen zij: als de werkgever zélf de verstoring bewerkstelligt, hoe kan dan níet in redelijkheid van hem worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren? Dit standpunt lijkt te berusten op een letterlijke lezing van de betreffende passage uit de g-grond. De bedoeling van die passage is echter een andere. In de Memorie van Toelichting schreef de regering over de g-grond: *"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»*." (*Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 46; accentuering, LBdG).

De betreffende passage uit de g-grond brengt dus tot uitdrukking dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn. Daarom staat er: "*een verstoorde arbeidsrelatie, zodanig dat […]*". De laatste twee woorden zeggen uitsluitend iets over de omvang van de verstoring, en niets over de oorzaak ervan. Zie overigens ook de parallel met art. 5:1 lid 4 van het oude Ontslagbesluit: er kon toestemming voor ontslag worden gegeven ingeval van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie en de werkgever moest aannemelijk maken dat van "*zodanige*" verstoring sprake was.

Dan is de vervolgvraag: is het redelijk dat een redelijkheidstoetsing ontbreekt bij de beoordeling van deze redelijke ontslaggrond? Dat is het in mijn optiek alleen dan, als het handelen van de werkgever ten volle terugkomt in de billijke vergoeding ex art. 7:671b lid 8 sub c BW. Zo lijkt ook Minister Asscher het te zien. In de Eerste Kamer zei hij immers: "*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*." (*Handelingen I* 2013/14, 33 818, 32-14-10).

Misschien zie ik het te zwart-wit. Misschien ben ik bij de uitleg van de g-grond teveel aan het Haviltexen en bestaat wel degelijk ruimte voor de letterlijke lezing van de kantonrechter Utrecht. Misschien moet zelfs onderscheid worden gemaakt tussen schuld en opzet: de schuldvraag rondom de verstoring zou dan niet meewegen bij de g-grond, tenzij sprake is van opzet (in deze lijn: Ktr. Enschede 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212, rov. 3.2). Hoewel ik van harte hoop op enige ruimte – slecht werkgeverschap zou niet moeten kunnen worden beloond met ontbinding – ben ik pessimistisch. Met art. 7:669 BW wilde de regering de uitkomsten van ontslagprocedures voorspelbaar maken. Het ontslagsysteem werd als het ware gedigitaliseerd. In zo'n binair systeem lijken elementen als schuld en opzet moeilijk inpasbaar.

mr. L.B. de Graaf,