

# Herplaatsing: over wijziging, weigering en preventieve toetsing

TRA 2018/46

**Het begrip herplaatsing kent een belangrijke positie in het ontslagrecht onder de Wwz. Er bestaat relatief veel rechtspraak en literatuur over de reikwijdte van de herplaatsingstoets. Er bestaat echter weinig rechtspraak en literatuur over de positie van de werknemer die onder de Wwz met een voorstel tot herplaatsing in een passende functie wordt geconfronteerd. In dit artikel wordt verkend welke invloed de Wwz heeft op de *Stoof/Mammoet*-toets bij een herplaatsingsvoorstel. Ook wordt stilgestaan bij de gevolgen die weigering van een herplaatsingsvoorstel kan hebben en wordt de vraag gesteld of een preventieve toetsing van een dergelijk voorstel vereist is.**

Sinds de invoering van de Wwz is herplaatsing in rechtspraak en literatuur relatief vaak onderwerp van debat geweest. In de rechtspraak is het daarbij vooral gegaan over de vraag of herplaatsing mogelijk was of in de rede lag. In de literatuur is vooral stilgestaan bij de reikwijdte van de herplaatsingstoets en in hoeverre de redelijkheid, die onder oud recht centraal stond bij de herplaatsingstoets, onder de Wwz nog een rol speelt.<sup>2</sup> Onderbelicht gebleven is de positie van de werknemer bij het bestaan van een herplaatsingsmogelijkheid.<sup>3</sup> In dit artikel wordt daarom een eerste verkenning gedaan van die positie. In het bijzonder wordt stilgestaan bij de vragen (1) of en in hoeverre voor de werknemer een acceptatieplicht bestaat, (2) wat de gevolgen zijn als herplaatsing wordt geweigerd; en (3) of preventieve toetsing van een herplaatsingsvoorstel op zijn plaats is.

## 1. Herplaatsing en acceptatieplicht

### 1.1 Achtergrond

Op grond van art. 7:669 lid 1 BW kan (reguliere) opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst alleen plaatsvinden als – kort samengevat – een redelijke grond bestaat en herplaatsing in een passende functie niet mogelijk is of niet in rede ligt. In ontslagzaken betogen werknemers regelmatig dat herplaatsingsmogelijkheden bestaan binnen de werkgever of diens groep, in de hoop dat het verzoek

om een ontslagvergunning of ontbinding wordt afgewezen. Werkgevers putten zich dan veelal uit in argumenten waarom herplaatsing niet mogelijk zou zijn. Maar wat als de werkgever de situatie omdraait en juist inzet op herplaatsing? Dat brengt de werknemer in een onduidelijke situatie. Want hoewel herplaatsing een zwaarwegend onderdeel is van de ontslagtoets onder de Wwz, zijn geen specifieke regels gesteld voor de situatie waarin een redelijke grond in de zin van art. 7:669 lid 3 BW bestaat, herplaatsing in een passende functie mogelijk is (en in de rede ligt), maar de werknemer daar niet (zonder meer) akkoord mee is.<sup>4</sup> Ook in de parlementaire geschiedenis stopt de discussie bij de constatering dat ontslag alleen is toegestaan als een redelijke grond bestaat en herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.<sup>5</sup>

Dat zou opmerkelijk kunnen worden genoemd. Weliswaar heeft de regering het beeld geschetst dat er wat herplaatsing betreft niets nieuws onder de zon was,<sup>6</sup> maar in november 2017 concludeerde advocaat-generaal De Bock dat “*de herplaatsingsplicht onder de Wwz toch niet in alle opzichten kan worden gezien als een voortzetting van de herplaatsingsplicht onder het oude ontslagrecht*”.<sup>7</sup> Zij concludeerde dat de herplaatsingsplicht onder de Wwz is verzwaaard van een algemene redelijkheidstoets naar een algemene verplichting. Vanuit die optiek zou het prettig zijn geweest als in de parlementaire geschiedenis ten minste enige richting zou zijn gegeven voor de gevolgen die dit zou dienen te hebben voor de wijze waarop de werknemer zich dient op te stellen, in het geval zich een grond voor, en een mogelijkheid tot, herplaatsing voordoet.

De rechtspraktijk staat echter niet helemaal met lege handen. De in de arresten *Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet* neergelegde algemene normen kunnen op de zojuist omschreven situatie worden toegepast.<sup>8</sup> De vraag is echter in hoeverre het ontslagrecht onder de Wwz, en in het bijzonder de, in de woorden van A-G De Bock, “*algemene verplichting*” tot herplaatsing de toepassing van de in deze arresten neergelegde normen beïnvloedt. Daartoe wordt hieronder een nadere verkenning gedaan.

Voordat ik daarop inga, merk ik op dat ik de eventuele rol van art. 7:613 BW op een situatie van herplaatsing, in dit

1 Laurens de Graaf is advocaat en partner bij BarentsKrans N.V. in Den Haag.

2 Zie F.G. Laagland & I. Lintsen, ‘Werkgeverschap in concernverhoudingen’, TRA 2016/13; L.B. de Graaf, ‘Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven’, TRA 2016/82; R.M. Beltzer & S. Schmeetz, ‘Herplaatsing binnen het concern’, Tvo 2017/2; R. Olivier & J.P. Wiewel, ‘Herplaatsing binnen de groep’, TAP 2017/67; T.J. van Frankenhuijsen, ‘Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken’, *ArbeidsRecht* 2018/5.

3 Naar mijn weten heeft alleen Laagland beperkte aandacht aan dit onderwerp geschonken in: F.G. Laagland, ‘Intraconcernmobiliteit met contractswissel’, in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg: *Preadvies Concern-werkgeverschap*, VvA/Levenbachinstituut, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.2.1.2.

4 Ik sta in dit artikel niet stil bij de verhouding tussen het *mogelijk* zijn van herplaatsing en het *in de rede* liggen daarvan. Zie daarvoor: L.B. de Graaf, a.w. (2016) en R. Olivier & J.P. Wiewel, a.w. (2017).

5 Zie bijv. G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 449, 451, 452, 465.

6 G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, a.w. (2015), p. 457.

7 Conclusie bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, par. 3.34.

8 HR 26 juli 1998, NJ 1998/767 (*Taxi Hofman*); HR 11 juli 2008, NJ 2011/185 (*Stoof/Mammoet*), m.nt. Heerma van Voss.

artikel niet behandel. Ik neig er zelf naar dat art. 7:613 BW geen toepassing zou kunnen vinden in een situatie van herplaatsing, omdat de Hoge Raad art. 7:613 BW in het arrest *Monsieurs c.s./Wegener* lijkt voor te behouden aan collectieve wijziging.<sup>9</sup> Het bestaan van een redelijke grond voor ontslag dient evenwel altijd op individueel niveau te worden beoordeeld. Herplaatsing *vanwege* het bestaan van een redelijke grond voor ontslag, zal zodoende ook steeds als een individuele wijziging moeten worden gezien. Het is mogelijk dat ik daarmee teveel lees in *Monsieurs c.s./Wegener* en dat art. 7:613 BW wel degelijk relevantie kan hebben in een situatie van herplaatsing.<sup>10</sup> Voor dit artikel veronderstel ik echter dat herplaatsing (uitsluitend) langs de lijnen van art. 7:611 BW en *Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet* dient te worden beoordeeld.

## 1.2 Toepassing *Taxi Hofman* en *Stoof/Mammoet* bij herplaatsing

In *Taxi Hofman* overwoog de Hoge Raad dat een werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. In *Stoof/Mammoet* is deze norm vervolgens verduidelijkt in het volgende stappenplan.

- Ten eerste moet worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever in een wijziging van de omstandigheden aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging aan de werknemer.
- Ten tweede moet worden gezien of dat voorstel redelijk is, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moet worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden, de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming, de positie van de werknemer en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.
- Ten derde moet worden onderzocht of aanvaarding van het redelijke voorstel in de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden.

### 1.2.1 Ten eerste: aanleiding voor wijzigingsvoorstel

Ik acht waarschijnlijk dat onder het ontslagstelsel van de Wwz een (wijzigings)voorstel tot herplaatsing in de zin van art. 7:669 lid 1 BW slechts aan de orde kan zijn, nadat een *voldragen* ontslaggrond in de zin van art. 7:669 lid 3 BW

aanwezig is. Herplaatsing is onder de systematiek van de Wwz immers intrinsiek verbonden met het bestaan van een voldragen ontslaggrond. Daarmee zeg ik niet dat een voorstel tot functiewijziging alleen plaats zal kunnen vinden als sprake is van een voldragen ontslaggrond. Ook in andere, lichtere omstandigheden kan een werkgever daartoe aanleiding vinden. Waar het echter gaat om een wijzigingsvoorstel dat in het licht staat van herplaatsing in de zin van art. 7:669 lid 1 BW, is eerst een voldragen ontslaggrond vereist om te voldoen aan de eerste *Stoof/Mammoet*-stap.

Een vonnis van 10 november 2017 van de Kantonrechter Groningen kan in deze lijn worden gesteld. Dat betrof een zaak waarin de werkgever een disfunctionerende werknemer uit zijn functie had ontheven en in een lagere functie wilde plaatsen.<sup>11</sup> De kantonrechter overwoog over de ontheffing uit de oorspronkelijke functie:

“Hoewel een opzegging van de arbeidsovereenkomst in strikte zin niet aan de orde is omdat Ortec het dienstverband onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in stand wenst te houden, sluit de kantonrechter bij de beoordeling van de beslissing van Ortec om [werknemer] uit zijn functie te ontheffen aan bij de criteria die worden gesteld aan de opzeggingsgrond disfunctioneren in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Dit houdt in dat de gestelde ongeschiktheid in voldoende mate door Ortec moet zijn onderbouwd en aangetoond en voorts moet zijn gebleken dat een verbetertraject onvoldoende soelaas heeft geboden.”

### 1.2.2 Ten tweede: redelijk voorstel

Lastiger wordt het bij de tweede stap. Bij herplaatsing in wettelijke zin staat immers het begrip “passende functie” centraal. Dat is in art. 9 lid 3 Ontslagregeling gedefinieerd als een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Betekent deze wettelijke invulling van het begrip passende functie dat bij herplaatsing reeds sprake is van een redelijk voorstel als aan de normen van art. 9 lid 3 Ontslagregeling is voldaan? Anders gezegd: leidt “passendheid” in deze situatie tot “redelijkheid”?

Op het eerste gezicht lijkt die vraag eenvoudig te beantwoorden. De Hoge Raad heeft in *Stoof/Mammoet* geoordeeld dat *alle* omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen bij de vraag naar de redelijkheid van het voorstel. Het enkele feit dat sprake is van een passende functie in de zin van art. 9 lid 3 Ontslagregeling, zou vanuit die holistische benadering niet voldoende kunnen zijn om het voorstel al *per se* als redelijk te kwalificeren. Maar die benadering zou in het Wwz-tijdperk weleens te kort door de bocht kunnen zijn. Voor holistische, alle-omstandigheden-van-het-geval-toetsingen, biedt het ontslagrecht onder de Wwz niet of nauwelijks ruimte. Dat blijkt niet alleen uit

9 HR 18 maart 2011, RAR 2011/76, r.o. 3.6.3. Daarin overwoog de Hoge Raad dat “[...] moet worden aangenomen dat art. 7:613 ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden, ongeacht de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, eenzijdig een wijziging in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen niet slechts ten opzichte van een individuele werknemer maar ten opzichte van verscheidene werknemers [...]” Anders dan in *Stoof/Mammoet* ontbreekt in *Monsieurs c.s./Wegener* het veelbesproken woordje “veeleer”.

10 Voor een diepgaande analyse van het arrest *Monsieurs c.s./Wegener* verwijs ik naar: L.G. Verburg, *Het beding van artikel 7:613 BW: toepassingsgebied, de relatieve zwaarte van de ‘613’-maatstaf en het vereiste van schriftelijkheid*, ArA 2012/1.

11 Ktr. Groningen 10 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5504. In vergelijkbare zin: Hof s-Hertoghenbosch 8 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:536; Ktr. Maastricht 8 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5430; Ktr. Zutphen 15 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7161.

de strikte omschrijving en toepassing van de ontslaggronden, maar ook uit de door mij eerder in dit tijdschrift besproken verbanning van het begrip “redelijkheid” uit de herplaatsingstoets.<sup>12</sup> In zoverre conflicteert de toepassing van de herplaatsingsverplichting onder de Wwz ook met de – juist – op redelijkheid gebaseerde normen uit *Stoof/Mammoet*. Het zou vanuit die optiek dan ook tegenstrijdig zijn om bij de toetsing van de herplaatsingsverplichting geen ruimte te laten bestaan voor een algemene redelijkheidstoets,<sup>13</sup> om vervolgens bij de uitvoering van de herplaatsing wél een algemene redelijkheidstoets aan te leggen.

Wat betekent dit nu voor de zojuist gestelde vraag, of “passendheid” in een herplaatsingssituatie leidt tot “redelijkheid” in de zin van *Stoof/Mammoet*? Tegen de zojuist geschetste achtergrond lijkt het erop dat bij de beantwoording van de vraag of het voorstel tot herplaatsing redelijk is, het voldoen aan de norm van art. 9 lid 3 Ontslagregeling niet slechts één van vele relevante omstandigheden is. Binnen de systematiek van de Wwz is denkbaar dat, ten minste wezenlijk, maar misschien zelfs doorslaggevend gewicht moet toekomen aan het voldaan zijn aan de norm van art. 9 lid 3 Ontslagregeling bij de beoordeling van de redelijkheid van het voorstel.<sup>14</sup> Die benadering hoeft niet aanstonds in strijd te zijn met *Stoof/Mammoet*. Bedacht moet immers worden dat – bij herplaatsing – pas aan deze tweede stap wordt toegekomen als sprake is van een *voldragen* ontslaggrond. Het feit dat die hoge norm is gehaald, mag volgens *Stoof/Mammoet* meewegen bij de beoordeling van de redelijkheid van het voorstel (“de aard van de gewijzigde omstandigheden”).

Een wezenlijk nadeel van deze benadering lijkt te zijn dat bij de beoordeling van de redelijkheid van het herplaatsingsvoorstel de gevolgen voor de beloning mogelijk anderszins niet mee zouden mogen wegen. Anders dan onder oud recht,<sup>15</sup> is het onderdeel beloning immers geen onderdeel van de definitie “passende functie” uit art. 9 lid 3 Ontslagregeling. Hooguit zou in de toelichting op de Ontslagregeling een aanwijzing kunnen worden gelezen dat de beloning nog wel mee zou mogen wegen in de beoordeling van de passendheid van de functie, waar wordt gesteld dat een passende functie in de regel zal aansluiten bij het niveau van de werkzaamheden die de werknemer verricht.<sup>16</sup> Maar of deze conclusie daadwerkelijk getrokken mag worden uit deze toelichting, is onzeker.

Het is echter de vraag of deze onzekerheid daadwerkelijk een belangrijk nadeel is. Hierna zal ik namelijk toelichten dat de gevolgen van het herplaatsingsvoorstel voor de beloning (en mogelijke andere arbeidsvoorwaarden) bij de derde *Stoof/Mammoet*-stap kunnen terugkomen.

### 1.2.3 Ten derde: in redelijkheid aanvaarden

Tot slot de derde stap: moet de werknemer het voorstel in redelijkheid aanvaarden? Zou het karakter van het Wwz-ontslagrecht ook daar de beoordelingsruimte in kunnen perken? Ik denk dat daar aanwijzingen voor zijn, maar dat die inperking niet in alle gevallen even verstrekkend is.

Hierbij is allereerst een blik naar de situatie onder oud recht op zijn plaats. Bij de beoordeling van de mogelijke kennelijke onredelijkheid van het ontslag, diende de rechter mee te wegen dat de werknemer een hem aangeboden andere functie had afgewezen. Dit overwoog de Hoge Raad in *Guitoneau/Midnet Tax*, onder verwijzing naar de in *Taxi Hofman* neergelegde verplichting van de werknemer, om in het algemeen positief in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever.<sup>17</sup> Onder oud recht kon bij de beoordeling van de (on)redelijkheid van het ontslag dus ten nadele van de werknemer meewegen dat hij het ontslag niet had voorkomen door een (redelijk) aanbod tot herplaatsing te aanvaarden.

Verdedigbaar is dat de verplichting van een werknemer om ontslag te voorkomen door herplaatsing te aanvaarden, onder de Wwz aan gewicht heeft gewonnen. Zo is de herplaatsingsverplichting, zoals hiervoor aangegeven, onder de Wwz verzwaaard voor de werkgever. De werkgever die zijn met ontslag bedreigde werknemer een passende andere functie kan aanbieden maar dat niet doet, zal geen ontslagvergunning of ontbinding (behoren te) krijgen. Dat mes zou dan aan twee kanten kunnen snijden. De met ontslag bedreigde werknemer die een passende functie krijgt aangeboden, zou die dan in beginsel dienen te aanvaarden. Zoals Laagland stelt: “de uitgebreide herplaatsingsplicht is geen eenrichtingsverkeer en heeft ook consequenties voor de werknemer”.<sup>18</sup> Een ander argument voor het relatief snel aannemen van een acceptatieplicht voor de werknemer is dat, anders dan onder oud recht, de werkgever bij ontslag onder de Wwz in principe een transitievergoeding moet betalen. Men zou kunnen stellen dat de werknemer een verregerende inspanningsplicht heeft om een dergelijke transitie, met bijbehorende kosten voor de werkgever, te voorkomen.

Dat onder de Wwz sneller een acceptatieplicht op de werknemer zou liggen dan onder oud recht, hoeft evenwel niet te betekenen dat de werknemer geen enkele bewegingsruimte heeft als hij wordt geconfronteerd met een voorstel tot herplaatsing. Zoals advocaat-generaal Spier het in een conclusie uit 2003 verwoordde:

12 L.B. de Graaf, a.w. (2016).

13 Vgl. advocaat-generaal De Bock in haar conclusie bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, par. 3.34.

14 In zijn eerder aangehaalde uitspraak van 10 november 2017 lijkt de Kantonrechter Groningen bij de beoordeling van de redelijkheid van het wijzigingsvoorstel ook de passendheid van de nieuwe functie centraal: ECLI:NL:RBNNE:2017:5504, r.o. 4.8.

15 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 20, par. 4-a, 2015. Daarin was de norm: “of de functie voldoende aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de betrokken werknemer, terwijl het loon niet te zeer mag afwijken van wat hij eerder verdiende”.

16 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 15.

17 HR 28 april 2000, NJ 2000/565, m.nt. Stein (*Guitoneau/Midnet Tax*). Zie ook HR 3 september 2010, JAR 2010/250 (*Staned/Hille*).

18 F.G. Laagland, a.w. (2015), p. 59.

“Een positieve houding van de werknemer betekent niet dat hij ieder voorstel voetstoots zou moeten aanvaarden.”<sup>19</sup>

Ik kan mij voorstellen dat een werknemer voor wie een voldragen a-grond bestaat in beginsel de nodige voorwaarden mag stellen voor herplaatsing. De reden voor de herplaatsing ligt dan immers niet in zijn risicosfeer. Mogelijk kan in dat verband nog verder worden gedifferentieerd. Bijvoorbeeld in die zin, dat een voor herplaatsing in aanmerking komende werknemer meer eisen mag stellen als zijn baan verdwijnt vanwege een wens tot winstmaximalisatie binnen een goed lopend bedrijf, dan wanneer zijn baan verdwijnt vanwege grote financiële moeilijkheden van de werkgever. Daarentegen kan ik mij ook voorstellen dat een werknemer voor wie een voldragen d-grond bestaat en die kan worden herplaatst in een iets lagere functie, vrij snel een acceptatieplicht zal hebben, en niet al te veel noten op zijn zang mag hebben waar het gaat om, bijvoorbeeld, een financiële overgangsregeling. De oorzaak van de herplaatsing ligt dan immers in zijn risicosfeer.

Verder zou ik menen dat bij de beoordeling van de acceptatieplicht ook eventuele gevolgen voor arbeidstijden, arbeidslocatie en arbeidsduur mee dienen te wegen. Voor het bepalen of een functie passend is in de zin van art. 9 lid 3 Ontslagregeling, weegt niet mee of op die onderdelen wijzigingen plaatsvinden voor de werknemer. Ik vind het moeilijk voorstel- en aanvaardbaar dat deze gevolgen in het geheel niet mee zouden wegen bij de vraag naar de acceptatieplicht, juist ook omdat het werknemersperspectief bij de derde *Stoof/Mammoet*-stap centraal staat.<sup>20</sup> Bovendien wogen dergelijke gevolgen onder oud recht ook mee.<sup>21</sup>

Een uitspraak van de Kantonrechter Enschede van 12 februari 2018 zou in de hierboven uiteengezette sleutel kunnen worden geplaatst.<sup>22</sup> Daarin ging het om een Britse Limited die in Nederland uitsluitend één salesmedewerker had. De werkgever vroeg een ontslagvergunning aan vanwege het verval van de functie van werknemer. De werknemer stelde tegenover UWV dat in Engeland een passende functie voor hem bestond. UWV wees het verzoek om die reden af. Vervolgens bood de werkgever de werknemer die passende functie aan. Die weigerde de werknemer te accepteren vanwege het forse loonverschil en de werkplek in Engeland. De kantonrechter overwoog dat het passend zijn van de functie niet betekende dat de werknemer deze ook moest accepteren:

“Weliswaar heeft [verweerder] in de procedure bij het UWV aangegeven dat de functie van CFD/FEA engineer passend is, maar dat laat onverlet dat, gelet op het lagere salaris en de eis die BHR stelt dat de functie moet worden uitgevoerd in Engeland, [verweerder] stevig mocht aarzelen over de vraag of hij de aangeboden functie wel moest aanvaarden.”

Aandacht verdient in dit verband nog de situatie waarin het loon van de werknemer, al dan niet na een overgangsregeling, minder wordt in de nieuwe functie. Als de werknemer in de toekomst ooit zou worden ontslagen, geldt voor de berekening van de transitievergoeding het dan geldende, lagere loon.<sup>23</sup> Mogelijk kan ook dat element worden betrokken in de beoordeling van de acceptatieplicht.

### 1.3 Herplaatsing binnen groep

Bij de zojuist weergegeven verkenning is steeds geredeneerd vanuit de situatie dat herplaatsing bij de *eigen* werkgever mogelijk is. De herplaatsingsverplichting van de werkgever strekt zich echter ook uit tot de groep waartoe hij behoort. Wat nu als de werknemer wordt geconfronteerd met een herplaatsingsmogelijkheid bij een groepsonderneming? Ik beperk mij tot de volgende drie kanttekeningen.

- De vraag is gerechtvaardigd of de werknemersverplichtingen zoals beschreven in *Stoof/Mammoet* zich kunnen uitstrekken tot het accepteren van een arbeidsovereenkomst bij een *andere* (binnen- of buitenlandse) werkgever. Dat lijkt op het eerste gezicht moeilijk te rijmen met de contractuele benadering van het werkgever- en werknemerschap. Toch denk ik dat *Stoof/Mammoet* op deze situatie wel van toepassing kan zijn. Het gaat in zo'n situatie immers om de vraag of de werknemer op basis van zijn *huidige* arbeidsovereenkomst ten opzichte van zijn *huidige* werkgever de plicht heeft een functie bij een *andere* werkgever te accepteren.
- Als de werknemer weigert *in dienst te treden* bij de groepsonderneming, maar wel bereid is tot detachering vanuit de huidige werkgever, zal de werkgever goede redenen moeten hebben om daarmee niet akkoord te gaan.<sup>24</sup>
- De werknemer moet zich ervan bewust zijn dat aanvaarding van de passende functie bij de groepsonderneming een knip in zijn anciënniteit kan zetten. Alleen als de groepsonderneming ten aanzien van de *verrichte arbeid* als opvolger kan worden beschouwd van de oorspronkelijke werkgever, behoudt hij zijn anciënniteit voor – bijvoorbeeld – de berekening van de transitievergoeding (art. 7:673 lid 4 onder b BW) en de ketenregeling (art. 7:668a lid 2 BW).<sup>25</sup>

19 Conclusie (par. 3.8) bij HR 14 november 2003, NJ 2004/138 (*Drie S Invest/Mammoet*).

20 In deze lijn: Ktr. Maastricht 7 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2134, r.o. 3.3.

21 Zo diende in *Guitoneau/Midnet Tax* bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag meegewogen te worden dat de alternatieve functie die de werknemer had geweigerd op wezenlijk andere tijden en dagen plaatsvond dan de bedongen functie. Vgl. HR 28 april 2000, NJ 2000/565, m.nt. Stein.

22 Ktr. Enschede 12 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:518.

23 Art. 2 lid 1 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, *Stb.* 2014, 538.

24 Zie Laagland, a.w. (2015), p. 60.

25 Zie hierover uitgebreid: Laagland, a.w. (2015), par. 3.3.

## 2. Weigering herplaatsing: de gevolgen

Van belang is ook om te bezien welke gevolgen een weigering tot acceptatie van een herplaatsingsmogelijkheid kan hebben.

In de eerste plaats – maar dat is een open deur – zal dan in beginsel de conclusie dienen te luiden dat herplaatsing niet mogelijk is (of in de rede ligt), zodat de ontslagvergunning of de ontbinding kan worden toegekend.<sup>26</sup> Wat in ieder geval niet kan, is dat de werkgever de arbeidsovereenkomst eenzijdig wijzigt. “Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, in verband waarmee de voor de werkgever en de werknemer over en weer uit art. 7:611 BW voortvloeiende verplichtingen van belang zijn”, aldus de Hoge Raad in *Stoof/Mammoet*.<sup>27</sup> Als die overeenstemming niet wordt bereikt, levert dat hooguit reden op voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst.<sup>28</sup>

In de tweede plaats is van belang of de werknemer zijn transitievergoeding op het spel zet door herplaatsing te weigeren. Anders gezegd: kan zo'n weigering ernstig verwijtbaar zijn in de zin van art. 7:673 lid 7 onder c BW? Die vraag vind ik niet eenvoudig te beantwoorden. Enerzijds valt moeilijk te aanvaarden dat, bijvoorbeeld, een disfunctionerende werknemer die een passende functie krijgt aangeboden zonder dat acceptatie ervan voor hem wezenlijk negatieve consequenties heeft, door te weigeren dit voorstel te aanvaarden, zijn werkgever opscheept met een verplichting een transitievergoeding te betalen. Anderzijds vormt de weigering om een redelijk voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst te aanvaarden hooguit een schending van de normen van goed werknemerschap. Men moet die normen wel heel erg schenden wil dat tot ernstige verwijtbaarheid leiden.<sup>29</sup> Daarvan was in elk geval geen sprake in de eerder aangehaalde zaak die speelde bij de Kantonrechter Enschede. Het was volgens de kantonrechter niet ernstig verwijtbaar dat de werknemer zich bij UWV op een herplaatsingsmogelijkheid had beroepen, om die herplaatsing vervolgens niet te aanvaarden vanwege het verschil in salaris en werkland.<sup>30</sup> Evenmin kwalificeerde een weigerachtige houding van een disfunctionerende werknemer bij de zoektocht naar een passende functie als ernstig verwijtbaar.<sup>31</sup>

In dit kader is interessant wat de gevolgen zijn van een bepaling in een met vakbonden afgesloten (sociaal plan)

26 Zie bijv. Ktr. Enschede 12 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:518.

27 HR 11 juli 2008, NJ 2011/185, m.nt. Heerma van Voss, r.o. 3.3.3.

28 Vgl. P.L.M. Schneider, 'De Vries/Stichting Woonzorg Nederland: de introductie van een nieuwe wijzigingsmodaliteit?', *TAP* 2011/4, p. 135.

29 Zie in dit verband ook het onderzoeksrapport van 20 december 2017 van het Hugo Sinzheimer Instituut: *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz*. Dit onderzoeksrapport is een bijlage bij de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 februari 2018 aan de Tweede Kamer (kenmerk: 2018-000014575).

30 Ktr. Enschede 12 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:518, r.o. 4.4.

31 Ktr. Utrecht 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5838. Overigens had de werkgever in die zaak ook geen beroep op ernstig verwijtbaar handelen gedaan.

cao, dat weigering tot herplaatsing in een passende functie als ernstig verwijtbaar handelen kwalificeert. Hoewel art. 7:673 lid 7 onder c BW geen driekwart dwingend recht betreft, is denkbaar dat de instemming van vakbonden met een dergelijke bepaling toch een zeker gewicht in de schaal zal kunnen leggen, bij de beoordeling van de eventuele ernstige verwijtbaarheid.<sup>32</sup>

Tot slot kan de herplaatsing weigerende werknemer worden geconfronteerd met een heel ander probleem. Art. 24 lid 1 onder b (2) WW bepaalt dat de werknemer moet voorkomen dat hij werkloos is of blijft doordat hij na-laai aangeboden passende arbeid te aanvaarden of door eigen toedoen geen passende arbeid verkrijgt. Deze verplichting geldt reeds vanaf het moment dat werkloosheid dreigt.<sup>33</sup> Het niet aanvaarden van passende arbeid in de zin van de WW, aan welke norm denkkelijk eerder zal zijn voldaan dan die van art. 9 lid 3 Ontslagregeling,<sup>34</sup> leidt al snel tot weigering van de uitkering.<sup>35</sup> In de woorden van De Wolff:

“De werknemer die zijn WW-recht niet wil verspelen zal daarom, zodra het de werknemer redelijkerwijs duidelijk is dat hij anders werkloos zal worden, een concreet aanbod voor een andere functie moeten accepteren.”<sup>36</sup>

## 3. Preventieve toetsing?

Mede vanwege deze laatste conclusie, wil ik nog kort stilstaan bij de figuur van het wijzigingsontslag, die bestond onder oud recht. Hoewel deze figuur niet expliciet geregeld was in het BBA en het Ontslagbesluit, aanvaardde de Hoge Raad in het arrest *De Vries/Woonzorg* het bestaan van het wijzigingsontslag.<sup>37</sup> In de kern ging het daarbij om de situatie waarin de werkgever toestemming vroeg om de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst te beëindigen, waarbij de toestemming door UWV werd verleend onder de premisse dat de werkgever de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst met gewijzigde arbeidsvoorwaarden zou aanbieden. UWV toetste in dat kader – preventief – de redelijkheid van het wijzigingsvoorstel.

32 Zie voor een enigszins vergelijkbare situatie onder oud recht: Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5288. Daarin had de werknemer, conform sociaal plan, geen aanspraak op een in het sociaal plan opgenomen beëindigingsvergoeding, omdat hij een aangeboden passende functie niet had aanvaard.

33 CrvB 12 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP0952. Zie I. Lintsen, 'Artikel 24 Werkloosheidswet: het juridisch doolhof', *ArbeidsRecht* 2015/3.

34 Passende arbeid in de zin van de WW vereist slechts dat de arbeid aansluit bij het opleidingsniveau dat was vereist voor de vorige functie, dat het loon ten minste 70% van het loon bedraagt van de vorige functie en dat de reistijd niet meer dan twee uur per dag bedraagt. Art. 4 lid 1 Besluit passende arbeid WW en ZW, *Stb.* 2014, 525.

35 Zie bijv. CrvB 20 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2448, CrvB 16 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU4662 en CrvB 12 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP0952.

36 D.J.B. de Wolff, 'Passende arbeid, een kameleonistisch begrip', *ArbeidsRecht* 2016/30.

37 HR 24 december 2010, *RAR* 2011/38 (*De Vries/Woonzorg*).

De figuur van het wijzigingsontslag is, anders dan het deeltijdontslag,<sup>38</sup> onder de Wwz niet teruggekeerd. De reden waarom ik het wijzigingsontslag hier toch aanhaal, is het feit dat UWV daarbij preventief de redelijkheid van het wijzigingsvoorstel toetste. Zou zo'n preventieve toetsing onder de Wwz niet op zijn plaats zijn, waar het de vraag betreft of de werknemer een acceptatieplicht heeft als hij wordt geconfronteerd met een voorstel tot herplaatsing? Daar valt in mijn optiek veel voor te zeggen. De zojuist beschreven werknemer zit namelijk in een lastig parket. Natuurlijk springen de WW-gevolgen van een onterechte weigering in het oog, maar er is meer. Hoe moet de werknemer bijvoorbeeld bij de tweede *Stoof/Mammoet*-stap bepalen of de aangeboden functie passend is in de zin van art. 9 lid 3 Ontslagregeling? En wat moet de werknemer bij de derde *Stoof/Mammoet*-stap doen als hij de functie wel passend acht, maar vindt dat de werkgever een betere overgangsregeling moet aanbieden?

Dat het ontbreken van een preventieve toetsing een probleem is, laat een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 11 oktober 2017 zien.<sup>39</sup> In die zaak was een werknemer boventallig geworden door een reorganisatie. De werkgever bood een (passende) alternatieve functie aan, die echter lager was ingeschaald. De werknemer aanvaardde de functie maar was het oneens met de door de werkgever voorgestelde afbouwregeling. In de procedure bij de kantonrechter beriep hij zich op de *Stoof/Mammoet*-normen. Daarover overwoog de kantonrechter:

“Eiser miskent daarmee echter dat aanvaarding van de hem aangeboden functie van Senior Medewerker Belangenbehartiging in beginsel tevens aanvaarding van de bij deze functie behorende arbeidsvoorwaarden omvat. Van een door de werkgever geïnitieerde eenzijdige wijziging als bedoeld in de *Stoof/Mammoet* rechtspraak is hier geen sprake.”

Deze uitspraak is mijns inziens onjuist. Bij *Stoof/Mammoet* is geen sprake van eenzijdige wijziging en de werknemer had bij zijn aanvaarding van de functie juist een voorbehoud gemaakt over de arbeidsvoorwaarden. Maar de uitspraak illustreert dat de met herplaatsing geconfronteerde werknemer al gauw voor lastige keuzes, met verregaande consequenties komt te staan.

Daarmee kom ik weer terug bij de door mij zojuist genoemde preventieve toetsing van de redelijkheid van het herplaatsingsvoorstel. Naar aanleiding van *De Vries/Woonzorg* pleitte Gundt in 2011, onder verwijzing naar de *Änderungskündigung* onder Duits recht, voor invoering van een specifieke grondslag en preventieve toetsing van een wijzigingsontslag.<sup>40</sup> Zij schreef:

“Men zou kunnen denken aan een artikel 7:611a BW waarin wordt bepaald dat de werkgever een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst mag maken indien de arbeid niet langer (in ongewijzigde vorm) beschikbaar is. De werknemer kan dit voorstel voorwaardelijk aanvaarden en gedurende een bepaalde termijn, zeg drie weken, het gewijzigde contract aan de rechter voorleggen om de redelijkheid van de wijziging te laten toetsen. Komt de rechter tot de conclusie dat de wijziging redelijk is, dan geldt vanaf de voorwaardelijke acceptatie het nieuwe contract; komt de rechter tot het oordeel dat de wijziging niet redelijk is, dan blijft tussen partijen ex tunc het oude contract gelden. De werkgever rest dan enkel nog een zuiver ontslag.”

In het licht van de zojuist door mij uiteengezette omstandigheden, verdient deze gedachte naar mijn oordeel nieuwe aandacht. Daarbij is niet in de laatste plaats de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 21 september 2017 van belang.<sup>41</sup> Daarin overwoog het Hof dat een voorstel van een werkgever tot collectieve wijziging van arbeidsvoorwaarden meldingsplichtig kan zijn op grond van Richtlijn 98/59/EG (Collectief Ontslag), als weigering van aanvaarding van dat voorstel kan leiden tot beëindiging van arbeidsverhoudingen. Hoewel het in die zaak ging om een Pools wijzigingsontslag ging dat Nederland niet kent, onderstreept de uitspraak dat ontslag en herplaatsing zodanig dicht tegen elkaar aanliggen, dat voor preventieve toetsing van een voorstel tot herplaatsing veel te zeggen valt.<sup>42</sup>

#### 4. Afronding

Met dit artikel is een eerste verkenning gedaan van de positie van de werknemer bij het bestaan van een herplaatsingsmogelijkheid. In de eerste plaats is stilgestaan bij de vraag in hoeverre de Wwz de drie stappen van de *Stoof/Mammoet*-toets in herplaatsingssituaties beïnvloedt. Daarbij is geconcludeerd:

- dat bij de eerste *Stoof/Mammoet*-stap in herplaatsingssituaties een *voldragen* ontslaggrond is vereist;
- dat bij de tweede stap denkbaar is dat, gezien de systematiek van de Wwz, ten minste wezenlijk, maar mogelijk zelfs doorslaggevend gewicht moet toekomen aan nakoming van de norm van art. 9 lid 3 Ontslagregeling; en
- dat de Wwz bij de derde stap sneller tot een acceptatieplicht voor de werknemer zal leiden, hoewel de werknemer, afhankelijk van in wiens risicosfeer de ontslaggrond ligt, wel redelijke voorwaarden aan herplaatsing mag stellen.

38 Vgl. art. 4 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685 en art. 4:3 Ontslagbesluit (oud).

39 Ktr. Utrecht 11 oktober 2017, *JAR* 2018/42.

40 N. Gundt, 'De Hoge Raad en het wijzigingsontslag', *ArA* 2011/32.

41 HvJ EU 21 september 2017, *JAR* 2017/276 (*Socha c.s./Szpital Specjalistyczny*), m.nt. Van Eck & Ruijsenaars.

42 Een dergelijke preventieve toetsing wordt reeds gehanteerd in de Rabobank Sociaal Plan CAO 2017-2020, art. 4.2.

In de tweede plaats is ingegaan op de gevolgen die weigering van een voorstel tot herplaatsing in een passende functie kan hebben voor de werknemer. Mijn conclusie is dat bij weigering in beginsel voldaan is aan de eisen van art. 7:669 lid 1 BW, dat een weigering slechts onder uitzonderlijke omstandigheden tot ernstige verwijtbaarheid van de werknemer zal leiden, maar dat de werknemer door een dergelijke weigering waarschijnlijk zijn recht op WW verliest.

Tot slot heb ik een lans gebroken voor preventieve toetsing van herplaatsingsvoorstellen, in lijn met de *Änderungskündigung* onder Duits recht. Redengevend daarvoor is de onduidelijke situatie waarin de met herplaatsing geconfronteerde werknemer zich bevindt en de ingrijpende consequenties die zijn keuzes in die situatie kunnen hebben.