

Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?

TRA 2016/82

Tot 1 juli 2015 werd de herplaatsingstoets ingevuld met de redelijkheidsmaatstaf van art. 3:1 Ontslagbesluit. Bij de invoering van de Wwz is deze redelijkheidsmaatstaf verdwenen uit de herplaatsingstoets. De auteur legt uit dat de passage dat herplaatsing 'niet in de rede' kan liggen (art. 7:669 lid 1 BW) een andere betekenis heeft dan een overkoepelende redelijkheidsmaatstaf. Het ontbreken van een overkoepelende redelijkheidsmaatstaf heeft grote gevolgen voor de herplaatsingstoets, met name binnen concernverband, de positie van flexkrachten en de uitleg van het begrip passende functie. Verder wordt uiteengezet hoe het beter zou kunnen en waarom hier volgens de auteur geen gevolg aan gegeven zal worden.

1. Inleiding

“Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is vermeld (pagina 43), zijn de ontslagcriteria die zijn opgenomen in artikel 7:669 BW ontleend aan wat in het Ontslagbesluit is opgenomen en op grond van de beleidsregels van UWV geldt. Daarmee komen de ontslaggronden overeen met wat thans geldt, met dien verstande dat omwille van de consistentie, op onderdelen, formuleringen zijn aangepast.”

Dit verklaarde de regering in de Eerste Kamer tijdens de behandeling van de Wwz.² Waar het gaat om herplaatsing, verdient deze opmerking behoorlijk wat nuancering. Onder oud recht werd de herplaatsingstoets aan de hand van een op de omstandigheden van het geval toegespitste redelijkheidsnorm verricht. Met de invoering van de Wwz is deze redelijkheidsnorm verdwenen uit de herplaatsingstoets. Op drie essentiële onderdelen van de herplaatsingstoets laat dit zich hard voelen: (i) herplaatsing binnen concerns; (ii) herplaatsing en flexkrachten; en (iii) het begrip passende functie. Ondanks de uitlatingen van de regering in de Eerste en Tweede Kamer bij de totstandkoming van de Wwz, is de verwachting niet dat de regering de redelijkheidsnorm alsnog zal laten terugkeren in de herplaatsingstoets.

2. De redelijkheidsnorm geschrapt uit de herplaatsingstoets

Wie in het per 1 juli 2015 vervallen Ontslagbesluit op zoek ging naar het woord herplaatsing, kwam het alleen tegen in art. 5:2 Ontslagbesluit. Dat artikel ging over het – inmid-

dels in art. 7:669 lid 3 sub b BW geregelde – ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Ontslag op die grond vereiste volgens het Ontslagbesluit dat herplaatsing binnen 26 weken niet mogelijk was. Gold de herplaatsingstoets dan alleen voor die ontslaggrond en niet voor de andere? Zeker niet. De herplaatsingstoets gold voor alle in het Ontslagbesluit genoemde ontslaggronden, en in het bijzonder voor bedrijfseconomisch ontslag.³ De herplaatsingstoets was alleen niet met zoveel worden neergelegd in het Ontslagbesluit. Deze toets werd geacht te vallen onder de algemene redelijkheidsnorm van art. 3:1 Ontslagbesluit, dat als volgt luidde:

“Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hij neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden.”

In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV ('Beleidsregels') werd het verband tussen deze algemene redelijkheidsnorm en de herplaatsingstoets als volgt omschreven⁴:

“De beoordelingsmarge of de werkgever zich op dit punt voldoende heeft ingespannen, wordt ingevuld met de redelijkheidsmaatstaf van art. 3:1. Daarbij spelen de mogelijkheden en belangen van werkgever en werknemer een rol evenals andere belangen, zoals het arbeidsmarktbelang, voor zover in het Ontslagbesluit neergelegd.”

Het feit dat de herplaatsingstoets werd 'ingevuld met de redelijkheidsmaatstaf van art. 3:1' had een relatief ruime beoordelingsmarge voor UWV tot gevolg. Beoordeeld moest worden of de werkgever zich 'voldoende had ingespannen' om de werknemer te herplaatsen en daarbij speelden de 'mogelijkheden en belangen' van werkgever en werknemer een rol, evenals eventuele 'andere belangen'. Maatwerk was zodoende mogelijk.

Onder de Wwz lijkt dit wezenlijk anders te liggen, hoewel de regering een andere mening is toegedaan. Die stelde in de memorie van toelichting⁵:

“Bovendien dient de werkgever aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Deze vereisten zijn ontleend aan het huidige Ontslagbesluit, dat zal komen te vervallen.” (mijn onderstreping, LBdG)

1 Laurens de Graaf is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag.

2 G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 491. Vergelijkbare uitlatingen deed de regering in de Tweede Kamer, zie G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 144, 449, 457 en 465.

3 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 20 (Inleiding), 2015.

4 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 20, par. 1, 2015.

5 G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 457.

De huidige regelgeving laat bij de herplaatsingstoets echter veel minder beoordelingsruimte dan het oude recht. Centraal staat nu de vraag of herplaatsing ‘mogelijk is’ (art. 7:669 lid 1 BW) en of een passende functie ‘beschikbaar is’ (art. 9 lid 1 Ontslagregeling). In titel 7.10 BW, de parlementaire geschiedenis, de Ontslagregeling, de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen (‘Uitvoeringsregels’) en de toelichtingen op laatstgenoemde regelingen, ontbreekt een aanknopingspunt voor de gedachte dat bij de herplaatsingstoets nog ruimte bestaat om te kijken naar wat in de gegeven omstandigheden redelijk is, mede gelet op de mogelijkheden en belangen van werkgever, werknemer en eventuele anderen. Anders gezegd: ik zie in de huidige regelgeving geen ruimte voor UWV en rechter om bij de herplaatsingstoets maatwerk te leveren zoals dat voorheen mogelijk was.⁶ De Wwz lijkt er vanuit te gaan dat als een passende functie ‘beschikbaar is’, herplaatsing dus ‘mogelijk is’ en ontslag daarmee niet redelijk kan zijn.

3. ‘Niet in de rede’ liggen ≠ redelijkheidsnorm

Ik heb mijzelf afgevraagd of de redelijkheidsnorm wellicht gewoon nog bestaat, nu art. 7:669 lid 1 BW bepaalt dat herplaatsing ‘niet in de rede’ kan liggen. Volgens de Van Dale ligt iets niet in de rede als het tegen het gezond verstand ingaat. Men zou kunnen zeggen dat iets dat tegen het gezond verstand ingaat ook niet redelijk is. Bovendien bepaalt art. 7:669 lid 1 BW dat herplaatsing ‘in ieder geval’ niet in de rede ligt, als sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Die bewoordingen laten ruimte voor toepassing in andere situaties. Toch denk ik niet dat het ‘niet in de rede’ liggen van herplaatsing een gelijksoortige redelijkheidsnorm biedt als art. 3:1 Ontslagbesluit. Dit baseer ik op twee argumenten.

Ten eerste heeft de regering weliswaar aangegeven dat herplaatsing – naast verwijtbaar handelen of nalaten – óók niet in de rede ligt bij detentie en illegaliteit van de werknemer, maar daaraan werd toegevoegd⁷:

“Als het gaat om andere ontslaggronden geldt op grond van de huidige regels en jurisprudentie (verwezen wordt bijvoorbeeld naar Hof Leeuwarden, 14 oktober 2008, *JAR* 2008/317) ook nu al dat een werkgever moet nagaan of herplaatsing in een andere passende functie mogelijk is, ook in het geval van disfunctioneren.” (onderstreping toegevoegd, LBdG)

Hieruit, en met name het onderstreepte deel, concludeer ik dat de regering het ‘niet in de rede’ liggen van herplaatsing aldus heeft bedoeld, dat in een dergelijk geval herplaatsing niet hoeft te worden nagegaan. Oftewel, dat de herplaat-

singstoets in gevallen als detentie, illegaliteit en verwijtbaar handelen of nalaten in het geheel niet aan de orde komt. Zodoende kan deze uitzondering dus niet gebruikt worden als overkoepelende redelijkheidsnorm in situaties waarin: (i) de herplaatsingstoets niet is uitgesloten; en (ii) herplaatsing wel ‘mogelijk’ zou zijn, maar niet redelijk is.

Deze conclusie vindt, ten tweede, steun in de reactie van minister Asscher op het amendement- Dijkgraaf.⁸ Dat (verworpen) amendement luidde als volgt:

“Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien dat redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht of in de gevallen, bedoeld in het tweede lid, onderdelen d, e, g en h.”

Het eerste deel van dit amendement is hier van belang: ‘Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien dat redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht [...]’. Door aanvaarding van dit amendement zou het ‘niet in de rede liggen’ van herplaatsing een overkoepelende redelijkheidstoets gaan inhouden. Minister Asscher ontraadde dit amendement. Hij stelde dat de in art. 7:669 lid 1 BW neergelegde ‘herplaatsingsplicht’ reeds in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels was neergelegd. Art. 7:669 lid 1 BW hield volgens minister Asscher om die reden geen verzwaring van de verplichtingen van de werkgever in. Invoering van de door Dijkgraaf voorgestelde redelijkheidstoets zou daarom volgens de minister een wijziging opleveren ten opzichte van de oude situatie.⁹

Duidelijk is dat de minister hiermee een verkeerde voorstelling van zaken gaf. Uit het voorgaande blijkt immers dat de herplaatsingstoets voorheen juist een volle redelijkheidsstoets inhield en geen onverkorte herplaatsingsplicht. Belangrijker is echter dat de minister heeft afgeraden om in art. 7:669 lid 1 BW op te nemen dat herplaatsing niet in de rede zou liggen als dat niet redelijkerwijs van de werkgever kan worden verlangd. Daarmee heeft de minister duidelijk gemaakt dat het ‘niet in de rede’ liggen van herplaatsing niet mag worden gezien als een overkoepelende redelijkheidsstoets. Met het ‘niet in de rede’ liggen van herplaatsing is volgens mij dan ook uitsluitend bedoeld dat de herplaatsingstoets in bepaalde situaties in het geheel niet geldt.¹⁰

6 Zie ook: B. Barentsen & R.A.A. Duk, ‘Het ontslagrecht van de Wwz. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder’, *TRA* 2015/67, par. 7. Zij wezen al eerder op het ontbreken van een overkoepelende redelijkheidstoets waar het de gronden van art. 7:669 lid 3 BW betreft.

7 G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 470.

8 G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 478.

9 G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 481-482.

10 De Tweede Kamer heeft dit ook zo opgevat. Zie bijvoorbeeld G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire Geschiedenis Wet Werk en Zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 480. Kamerlid Dijkgraaf paste amendement nr. 9 na het debat met de minister aan en dat werd amendement nr. 39. In de toelichting bij dat amendement schreef hij: ‘Indien herplaatsing niet in de rede ligt, komt de herplaatsingsverplichting te vervallen.’

4. **Het gebrek aan een redelijkheidsnorm laat zich voelen**

Dat het ontbreken van een redelijkheidsnorm bij de herplaatsingstoets problemen oplevert (of zal gaan opleveren) in de praktijk, wordt duidelijk als wordt ingezoomd op: (i) herplaatsing binnen concerns; (ii) herplaatsing en flexkrachten; en (iii) het begrip passende functie.

(i) **Herplaatsing binnen concerns**

Art. 9 lid 2 Ontslagregeling bepaalt dat als de onderneming van de werkgever onderdeel uitmaakt van een groep, bij de beoordeling of voor de met ontslag bedreigde werknemer een passende functie beschikbaar is, ook arbeidsplaatsen worden betrokken in andere tot de groep behorende ondernemingen. In de toelichting is opgemerkt dat als een werkgever een werknemer wil ontslaan en een andere onderneming binnen de groep van de werkgever een vacature heeft op een voor die werknemer passende functie, maar deze functie niet aan de betreffende werknemer is vergeven, de werkgever zijn *'verplichting tot herplaatsing'* niet heeft vervuld.¹¹ Let op de woorden *'verplichting tot herplaatsing'*. Volgens de minister heeft de werkgever de *plicht* ervoor te zorgen dat die *andere* onderneming de met ontslag bedreigde werknemer aanneemt, bij gebreke waarvan de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer niet kan eindigen.¹²

Tot 1 juli 2015 werd deze situatie een stuk genuanceerder benaderd. Onder het kopje *'Mogelijkheden en belangen van werkgever'* werd in Hoofdstuk 20 van de Beleidsregels opgemerkt¹³:

"In een onderneming met meerdere vestigingen heeft de werkgever meer mogelijkheden. Goed werkgeverschap brengt dan mee dat de inspanningsverplichting tot herplaatsing zich ook uitstrekt tot die andere vestigingen dan die waar werknemer werkzaam is/was. Van werkgever mag ten minste gevraagd worden dat hij informeert naar vacatures bij de andere locaties/vestigingen. Als de bevoegdheid en/of invloed van de werkgever op het aannamebeleid verder reikt dan de eigen vestiging, heeft hij daardoor meer mogelijkheden om herplaatsing van de boventallige werknemers te bevorderen. Is de onderneming onderdeel van een concern dan mag verwacht worden dat de werkgever onderzoekt of herplaatsing bij een zusteronderneming binnen het concern mogelijk is. [...] Alles wat binnen een redelijk bereik van de werkgever ligt, mag worden gevegd. Per werkgever zullen de

mogelijkheden overigens divers kunnen zijn. De aard en omvang van de organisatie zijn hierbij relevant."

De werkgever diende onder oud recht dus te informeren en te onderzoeken of herplaatsing elders in de groep mogelijk was; hij had een *'inspanningsverplichting'*. Als hij bevoegdheden en/of invloed had op het aannamebeleid van andere ondernemingen, dan ging deze inspanningsverplichting een stap verder en diende hij herplaatsing te *'bevorderen'*. Kern was evenwel dat van de werkgever niet méér werd gevegd dan wat binnen een redelijk bereik van hem lag, laat staan dat hij een *'verplichting tot herplaatsing'* had.

Tegen de achtergrond van de genuanceerde benadering uit de Beleidsregels valt niet goed te begrijpen waarom in de Ontslagregeling voor een tamelijk simplistische recht-toe-recht-aan benadering is gekozen voor een complex onderwerp als herplaatsing binnen een concern.¹⁴ Is alleen gedacht aan de situatie waarin een werkgever beslismacht heeft op het aannamebeleid van andere groepsondernemingen? Is over het hoofd gezien dat ondernemingen binnen een groep vaak niets te zeggen hebben over het personeelsbeleid bij andere groepsondernemingen? Of is de minister ervan uitgegaan dat de gezamenlijke 'bloedband' binnen de groep al voldoende is om herplaatsing elders in de groep te kunnen bewerkstelligen? In elk geval is duidelijk dat met ontslag bedreigde werknemers, met name als zij werken in een groot (internationaal) concern, door het ontbreken van een overkoepelende redelijkheidsnorm flink wat zand in de raderen kunnen strooien met een – niet zelden: vooral strategisch¹⁵ – beroep op herplaatsingsmogelijkheden binnen het concern.

(ii) **Herplaatsing en flexkrachten**

Het ontbreken van een overkoepelende redelijkheidstoets laat zich eens te meer voelen bij de toepassing van art. 9 lid 1 sub b Ontslagregeling. Kort samengevat staat daar – na wijziging van het artikel per 1 juli 2016¹⁶ – dat bij de herplaatsingstoets niet alleen vacante passende functies worden betrokken, maar ook passende functies die bezet worden door werknemers zonder vaste arbeidsomvang, uitzendkrachten, werknemers die ter beschikking zijn gesteld (excl. payroll), bepaalde tijders (voor zover de arbeidsovereenkomst eindigt binnen de redelijke termijn), AOW-ers en anderen, tenzij die laatste 'echte' zelfstandigen zijn en het voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is dat

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

12 Laagland en Lintsen stellen dat deze benadering in strijd is met de huidige contractuele benadering van het werkgeverschap. De werkgever heeft geen zeggenschap over andere groepsondernemingen en die groepsondernemingen kunnen niet gedwongen worden een arbeidsovereenkomst met een werknemer aan te gaan, aldus Laagland en Lintsen, onder verwijzing naar HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6075, *JAR* 2010/163 (Volker Wessels). Zie: F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13, par. 2.

13 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 20, par. 2, 2015.

14 In dit verband hebben Laagland en Lintsen (t.a.p.) al gepleit voor 'een flexibele uitleg van de tekst van art. 9 Ontslagregeling'.

15 Naar aanleiding van de door VAAN en VVA uitgevoerde Wwz-evaluatie stelde minister Asscher op 30 juni 2016 dat werkgevers en werknemers er na invoering van de Wwz vaker onderling uitkomen, zie: <http://nos.nl/artikel/2114504-asscher-ontslagrecht-nu-niet-veranderen.html>. Juist in een dergelijke schikkingspraktijk kan een werknemer eventuele herplaatsingsmogelijkheden strategisch inzetten in de onderhandelingen, omdat de kans dat de daad bij het woord moet worden gevoegd veelal niet groot is.

16 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, nr. 2016-0000141518, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, *Stcrt.* 2016, 34013.

de betreffende werkzaamheden anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst worden verricht. Alles met dien verstande dat de werkzaamheden in die functies niet van tijdelijke aard zijn en niet langer dan 26 weken duren. De toelichting op de Ontslagregeling maakt duidelijk dat dit *'tot gevolg kan hebben dat genoemde werknemers plaats moeten maken voor een werknemer wiens arbeidsplaats komt te vervallen'*.¹⁷

Nog daargelaten dat deze regeling, waar het de werknemers zonder vaste arbeidsomvang en bepaalde tijders betreft, in strijd lijkt te zijn met art. 7:648 en 7:649 BW, ontbreekt ook hier de nuance die onder oud recht wel gold. De Beleidsregels bepaalden over de verhouding tussen herplaatsing en flexkrachten namelijk¹⁸:

“Als een passende functie wordt bezet door een flexibele arbeidskracht, is er weliswaar geen vacature maar wel een herplaatsingsmogelijkheid. Of van de werkgever redelijkerwijs verlangd kan worden dat hij deze herplaatsingsmogelijkheid benut, en dus de arbeidsplaats aan de boventallige werknemer aanbiedt, zal van de omstandigheden afhangen. Factoren die daarbij onder meer van belang zijn, betreffen de continuïteit van de arbeidsplaats, de geschiktheid van de boventallige werknemer voor deze functie, de contractuele verplichtingen van de werkgever jegens de flexkracht, de belangen van de flexkracht en de boventallige werknemer en de financiële positie van de onderneming.” (onderstreping toegevoegd, LBdG)

De door mij onderstreepte woorden laten de essentiële verschillen zien met de huidige situatie. Het ging erom of *'redelijkerwijs'* van de werkgever verlangd kon worden dat hij de flexkracht verving door de boventallige werknemer – ik breng de tekst van het door minister Asscher afgeraden amendement Dijkgraaf in herinnering. Bovendien hing het van de omstandigheden van het geval af of de flexkracht plaats moest maken. In de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels kan daarentegen geen enkele nuance worden ontwaard voor deze situatie. De flexkracht zal simpelweg plaats moeten maken. Dat de minister deze lijn heeft gekozen, is op zichzelf niet verwonderlijk. In het sociaal akkoord van 11 april 2013 is immers afgesproken dat maatregelen zouden worden getroffen tegen *'doorgeschoten flex'*.¹⁹ De vraag is echter gerechtvaardigd of de minister zelf niet een beetje is doorgeschoten met invoering van de regel dat flexkrachten altijd, ongeacht de omstandigheden van het geval, plaats moeten maken voor boventallige vaste krachten.

Een extra complicatie is de reikwijdte van art. 9 lid 1 sub b Ontslagregeling in concernverband. Laagland en Lintsen stelden dat deze reikwijdte beperkt is tot de eigen onder-

neming. Arbeidsplaatsen (in passende functies) bij groeps-ondernemingen die bezet worden door flexkrachten, vallen volgens hen buiten de herplaatsingstoets. Zij wijzen hierbij op de opbouw van de toelichting bij art. 9 Ontslagregeling. Die rept eerst over art. 9 lid 1 sub a (vacatures), daarna over art. 9 lid 2 (de groep) en pas daarna over art. 9 lid 1 sub b (flexkrachten).²⁰ Hoewel ik het graag met Laagland en Lintsen eens zou willen zijn, denk ik niet dat dit juist is. Art. 9 lid 2 Ontslagregeling maakt geen enkel onderscheid tussen lid 1 sub a (vacatures) en lid 1 sub b (flexkrachten) – ook niet bij de per 1 juli 2016 ingevoerde wijzigingen²¹ – en ook de Uitvoeringsregels maken dat onderscheid niet.²² In dat licht acht ik het te dun om aan de opbouw van de toelichting op art. 9 Ontslagregeling te ontleen dat art. 9 lid 1 sub b Ontslagregeling zich niet zou uitstrekken tot groepsondernemingen.

(iii) *Het begrip passende functie*

Wat onder een passende functie wordt verstaan, is neergelegd in art. 9 lid 3 Ontslagregeling: een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer, al dan niet met behulp van scholing binnen de redelijke termijn. Op zichzelf is daarmee niet heel veel gewijzigd ten opzichte van voorheen. De Beleidsregels bepaalden dat sprake was van een passende functie als deze *'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'*.²³ Alleen het woord voldoende en de bepaling over het loon wijken af van de huidige situatie. Toch denk ik, evenals Dop²⁴, dat een wezenlijk loonverschil nog wel meegenomen mag worden in de toetsing. In de toelichting op de Ontslagregeling staat namelijk dat een passende functie in de regel zal aansluiten bij het niveau van de eerdere werkzaamheden. Daarin zie ik voldoende ruimte om ook het loonniveau in ogenschouw te nemen.

Voor andere omstandigheden ligt dat echter anders. Wat te denken van de arbeidsomvang? Of de reistijd? Deze elementen werden weliswaar niet genoemd in de Beleidsregels, maar met een beroep op de overkoepelende redelijkheidsnorm van art. 3:1 Ontslagbesluit kon een werkgever met succes betogen dat een vacante functie vanwege de

17 Ontslagregeling, p. 15.

18 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 20, par. 4-b, 2015.

19 Bijl. bij brief Minister SZW aan de Tweede Kamer van 11 april 2013, Kamerstukken II 2012/13, 33566, 15.

20 G. Laagland en I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', TRA 2016/13.

21 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, nr. 2016-0000141518, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, Stcrt. 2016, 34013.

22 Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, 2016, p. 58: *"Uit de vereisten die staan in artikel 9 blijkt dat de werkgever in de ontslag-aanvraag moet toelichten waarom het niet mogelijk is om de werknemer binnen de redelijke termijn te herplaatsen op een passende functie binnen de onderneming of groep. Op grond van artikel 9, lid 1 moet hij hierbij arbeidsplaatsen betrekken waarvoor een vacature bestaat of binnen de voor de werknemer geldende redelijke termijn zal komen, alsmede arbeidsplaatsen van uitzendkrachten, oproepkrachten of ingeleend personeel (uitgezonderd payrollwerknemers), voor zover op die arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard (ten hoogste 26 weken) worden verricht".* (mijn onderstreping, LBdG)

23 Beleidsregels Ontslagtaak UWV, hfdst. 20, par. 3, 2015.

24 Annotatie J. Dop bij Ktr. Utrecht 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1425, JAR 2016/105.

reisafstand of arbeidsomvang niet passend was, ook als deze functie wel aansloot bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. Zeker wanneer hierover afspraken met vakbonden of ondernemingsraad werden gemaakt – bijvoorbeeld over de maximale reisafstand – nam het UWV dit mee in de beoordeling van de passendheid van de functie. Ik zie daar nu onvoldoende grondslag voor.²⁵ Als een met ontslag bedreigde werknemer uit Breda stelt dat hij kan worden herplaatst in een passende functie in Groningen – al dan niet als strategie in exit-onderhandelingen –, dan is herplaatsing naar de letter ‘mogelijk’ (vgl. art. 7:669 lid 1 BW) en ontslag derhalve niet redelijk.²⁶

5. Hoe het ook zou kunnen ...

De regeling van de scholingsplicht van art. 7:611a BW laat zien hoe wel redelijke uitkomsten kunnen worden bereikt, die recht doen aan de omstandigheden van het geval. In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 18 maart 2016, stelde de boventallige werknemer dat de werkgever had nagelaten haar door middel van scholing geschikt te maken voor de vacante functies bij werkgever, zodat aan de herplaatsingseis niet was voldaan. De kantonrechter verwierp deze stelling.²⁷ Hij wees erop dat art. 7:611a BW bepaalt dat de werkgever de werknemer scholing moet aanbieden die noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie en ‘voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd’, voor het ‘voortzetten’ van de arbeidsovereenkomst. Aan dit ‘redelijkheidshaakje’ kon de kantonrechter vervolgens ophangen dat niet van de werkgever kon worden verlangd de werknemer om te scholen als er geen zicht is op plaatsing in een passende functie.²⁸

Een dergelijk redelijkheidsventiel is ook nodig voor de herplaatsingstoets van art. 7:669 lid 1 BW. Nu de regering keer op keer heeft benadrukt dat de normen van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels niet zouden wijzigen, mag ook worden verlangd dat zij zich hiervoor inspant. Met het oog op de redelijkheidsnorm van art. 3:1 Ontslagbesluit zou art. 7:669 lid 1 BW als volgt kunnen gaan luiden, waarbij het onderstreepte deel nieuw is:

“De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie:

- a) niet mogelijk is;
- b) niet redelijk is, in aanmerking nemende de mogelijkheden en belangen van de werkgever en de werknemer, en andere belangen voor zover deze voortvloeien uit hetgeen in of krachtens deze afdeling is bepaald; of
- c) niet in de rede ligt.

Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.”

6. ... en waarom dit niet gaat gebeuren

Ik vermoed echter dat, zelfs als alle praktische hobbels genomen zouden worden, de regering met dit voorstel niets zal (willen) doen. Herinvoering van overkoepelende redelijkheidsnorm bij herplaatsing zou tot gevolg hebben dat het UWV en de rechterlijke macht meer mogelijkheden krijgen om maatwerk te leveren. Inherent aan die mogelijkheden is dat het ontslagsysteem minder binair wordt. Of, in politieke (verkoop)termen, dat het ontslagsysteem minder eenvoudig wordt. Al in het prilste begin van de Wwz is geconstateerd dat art. 7:669 BW mallen creëert die nauwelijks ruimte geven voor bewegingsruimte voor het UWV en de rechterlijke macht.²⁹ Dat heeft echter niet tot aanpassing van de voorgestelde nieuwe regels geleid. Dat is een politieke keuze en daar valt wat voor te zeggen. Aan de volksvertegenwoordiging is echter keer op keer voorgespiegeld dat de normen van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels gehandhaafd zouden blijven en dat er onder het nieuwe recht niets wezenlijk zou veranderen. Het komt mij dan minder juist voor dat bij de herplaatsingstoets amper bewegingsruimte bestaat, waar het Ontslagbesluit en de Beleidsregels juist veel bewegingsruimte gaven.

25 Anders: Ktr. Rotterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5290, r.o. 4.10, die (zonder nadere toelichting) de aanzienlijke toename in reistijd ten nadele van de werknemer meeweegt in de herplaatsingstoets.

26 De oplossing zou op dit punt overigens eenvoudig kunnen zijn. Er zou aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 4 lid 1 sub c Besluit passende arbeid WW en ZW: als de reisafstand langer is dan twee uur per dag, dan is de arbeid niet passend. Zie Besluit passende arbeid WW en ZW, *Stcr.* 2014, 525.

27 Ktr. Utrecht 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1425, *JAR* 2016/105, m.nt. J. Dop.

28 Hierbij werd er ook op gewezen dat in de toel. op art. 9 Ontslagregeling is opgemerkt dat de scholingsoptie gekoppeld is aan het eventuele bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing.

29 Zie bijvoorbeeld: R.A.A. Duk, ‘Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat’, *TRA* 2014/26.