

# Kroniek: Vier jaar rechtspraak a- en b-grond: Waterloo of The winner takes it all?

mr. Pascal Besselink CPL\*

## 1. Inleiding

Sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wvz) kennen we acht limitatieve ontslaggronden.<sup>1</sup> Deze zogenoemde redelijke gronden zijn opgenomen in artikel 7:669 lid 3 BW. Het gaat om:

- a. bedrijfseconomische omstandigheden;
- b. langdurige arbeidsongeschiktheid;
- c. frequent ziekteverzuim;
- d. disfunctioneren;
- e. verwijtbaar handelen of nalaten;
- f. (werkweigering wegens) gewetensbezwaren;
- g. verstoorde arbeidsverhouding;
- h. andere gronden zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

2

De werkgever kan wegens de c- tot en met de h-grond de arbeidsovereenkomst opzeggen met instemming van de werknemer (art. 7:671 BW). Stemt de werknemer niet in met de opzegging, dan kan de werkgever de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden (art. 7:671b BW). Als sprake is van de a-grond of b-grond en de werknemer stemt niet in met de opzegging geldt een andere ontslagroute. De werkgever zal in dat geval toestemming aan het UWV moeten vragen om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen (art. 7:671a BW). Op deze hoofdregel bestaat een uitzondering, namelijk als sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever ontbinden op grond van de a- en b-grond. Daarnaast geldt dat als het UWV de door de werkgever gevraagde toestemming zoals bedoeld in artikel 7:671a BW heeft geweigerd, de werkgever de kantonrechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst op de a- of b-grond te ontbinden.

In deze bijdrage zal de in de periode van 1 juli 2015 tot 1 november 2019 gepubliceerde rechtspraak over de a-grond en de b-grond worden besproken en

\* Pascal Besselink is senior jurist arbeidsrecht en pensioenrecht bij juridisch dienstverlener DAS.

1. Met invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans per 1 januari 2020 is hier een negende grond (de i-grond of ook wel cumulatiegrond genoemd) bij gekomen.

geanalyseerd,<sup>2</sup> waarbij het zwaartepunt bij de bedrijfseconomische grond zal worden gelegd. De rechtspraak waarin door werknemers herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding is gevorderd, nadat het UWV de werkgever toestemming had verleend de arbeidsovereenkomst op te zeggen, zal apart worden behandeld.

## 2. Ontbindingsrechtspraak a-grond

Voor dit artikel werden ruim 70 uitspraken, gebaseerd op de a-grond, gewezen in de periode augustus 2015 tot november 2019, bestudeerd en geanalyseerd. De voor dit artikel relevante uitspraken zullen in een aantal subonderwerpen worden behandeld. Als eerste zal worden stilgestaan bij uitspraken die procedureel zijn afgedaan, waarna vervolgens de rechtspraak over de onderwerpen bedrijfseconomische omstandigheden, verval van arbeidsplaatsen, afspiegeling/uitwisselbaarheid, uitbesteding van werkzaamheden en herplaatsingsplicht zullen worden behandeld. Voorts zal worden stilgestaan bij de jurisprudentie met betrekking tot het opzegverbod tijdens ziekte, waarna zal worden afgesloten met bespreking van de werknemersverzoeken na door het UWV aan de werkgever verleende toestemming. De transitievergoeding en billijke vergoeding zullen in dit artikel onbesproken blijven.

### 2.1 Procedureel

In de eerste gepubliceerde beschikking gewezen onder de Wvz gebaseerd op een ontbindingsverzoekschrift op de a-grond werd direct de toon gezet.<sup>3</sup> In de procedure die tot die beschikking leidde, werd de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden omdat de arbeidsplaats van werknemer als gevolg van noodzakelijke organisatorische wijzigingen was komen te vervallen. Partijen verzochten direct beschikking te geven zonder mondelinge behandeling, waarmee het om een ‘geregelde ontbinding’ leek te gaan. De kantonrechter overweegt echter dat hij, gelet op artikel 7:671b lid 1 BW, de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever niet kan ontbinden op de grond

2. Met dank aan mr. R.D. Rietveld, manager ArbeidsmarktResearch UVA B.V. (magontslag.nl) en promovendus aan de UvA/TU Delft, voor het aanleveren van het rechtspraakoverzicht.

3. Ktr. Amsterdam 10 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5256.

genoemd in artikel 7:669 lid 3 onder a BW. Omdat [werkgever] niet heeft gesteld en ook niet anderszins is gebleken dat de toestemming bedoeld in artikel 7:671a BW is geweigerd, terwijl er ook geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die niet tussentijds kan worden opgezegd, kan het verzoek van [werkgever] niet worden toegewezen. Kantonrechter Maastricht<sup>4</sup> achtte de werkgever niet-ontvankelijk voor zover het verzoek tot ontbinding was gebaseerd op de a-grond omdat een dergelijk verzoek op grond van artikel 7:671a BW bij het UWV diende te worden ingediend.

## 2.2 Bedrijfseconomische omstandigheden

In de a-grond wordt als redelijke grond voor ontslag genoemd het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van een bedrijfsbeëindiging of het, over een toekomstige periode van 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.

In de laatste, overigens meest voorkomende, situatie moet er dus sprake zijn van bedrijfseconomische omstandigheden. Uit de wetsgeschiedenis<sup>5</sup> volgt dat de werkgever zijn onderneming zo moet kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn is verzekerd en een terughoudende toetsing van het UWV en rechter past of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden.<sup>6</sup> Dat die terughoudendheid door het UWV daadwerkelijk wordt betracht, wordt wel bevestigd door het feit dat er in ruim vier jaar Wwz nauwelijks procedures zijn gevoerd op grond van artikel 7:671b lid 1 sub b BW, waarin de aan- of afwezigheid van die bedrijfseconomische omstandigheden onderwerp van debat was. Als de bedrijfseconomische omstandigheden ontbreken wordt daar vaak ook wel snel doorheen geprikt. Zo wees Kantonrechter Maastricht een ontbindingsverzoek op de a-grond af omdat sprake was van een valse grond. Beweerd disfunctioneren (en dus niet bedrijfseconomische omstandigheden) was namelijk de ware grond voor de ontslagaanvraag bij het UWV en het ontbindingsverzoek.<sup>7</sup> Kantonrechter Rotterdam achtte een gestelde financiële noodzaak niet aangetoond en daarmee de aangevoerde bedrijfseconomische redenen geen redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst.<sup>8</sup> Het hof dacht hier echter anders over en oordeelde dat de financiële noodzaak er juist wél was. De beschikking van de kantonrechter werd dan ook vernietigd.<sup>9</sup> In de geruchtmakende zaak tussen Ryanair en een aantal piloten verzocht Ryanair, na weigering door het UWV, ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische

omstandigheden. In een uitvoerig gemotiveerde beschikking<sup>10</sup> overweegt de kantonrechter o.a. dat het UWV een verzoek om een arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden te mogen opzeggen toetst aan de Ontslagregeling, de Regeling Ontslagprocedure UWV en de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen. Het ontbindingsverzoek moet volgens de kantonrechter dus ook aan deze regeling worden getoetst, met dien verstande dat de kantonrechter *niet* is gebonden aan de 'Uitvoeringsregels'.<sup>11</sup> Herhaald wordt overwogen dat de werkgever slechts aannemelijk hoeft te maken dat aan de a-grond is voldaan en dat daarbij een terughoudende toets wordt aangelegd. In ruim vier jaar Wwz-rechtspraak over de a-grond kan worden geconcludeerd dat die terughoudendheid wordt betracht.<sup>12</sup> Andere conclusie na bestudering van voornoemde rechtspraak is dat rechters in hun beschikkingen de uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen<sup>13</sup> standaard hanteren en in hun beschikkingen regelmatig benoemen.

## 2.3 Verval arbeidsplaats

Als de bedrijfseconomische omstandigheden aannemelijk zijn gemaakt is vervolgvraag of dit noodzakelijkerwijs leidt tot het vervallen van arbeidsplaatsen. Over de vraag of de arbeidsplaats van de werknemer is komen te vervallen zijn sinds invoering van de Wwz de nodige procedures gevoerd. Van de bestudeerde beschikkingen waarin aan de rechter (o.a.) de vraag werd voorgelegd of sprake was van het vervallen van arbeidsplaatsen, kwam de kantonrechter in iets meer dan helft van de gevallen tot de conclusie dat niet is komen vast te staan dat de arbeidsplaats noodzakelijkerwijs moet komen te vervallen.<sup>14</sup> Interessant zijn echter vooral de beschikkingen waarin de kantonrechter, anders dan het UWV, oordeelde dat wél sprake was van het vervallen van de arbeidsplaats.<sup>15</sup> Uit deze uitspraken volgt, zonder uitzondering, dat de kantonrechters telkens gedegen onderzoeken of er grond is voor het vervallen van de arbeidsplaats en daarbij ook regelmatig verwijzen naar de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels. Opvallend

4. Ktr. Maastricht 4 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6346 en ECLI:NL:RBLIM:2018:6348.  
5. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43.  
6. Zie o.a. Hof Den Bosch 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2337 en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2950.  
7. Ktr. Maastricht 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4422 (bevestigd door Hof Den Bosch 21 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5900).  
8. Ktr. Rotterdam 22 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4044.  
9. Hof Den Haag 16 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:56.

10. Ktr. Eindhoven 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5634.

11. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212.

12. Zie o.a. Hof Den Bosch 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2337; Ktr. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6059 en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2950.

13. Van deze uitvoeringsregels, gebaseerd op het Besluit uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische reden 2015 (*Strct.* 2015, 42142) en gepubliceerd op de website [www.uwv.nl](http://www.uwv.nl) zijn inmiddels drie versies (juli 2016, augustus 2018 en oktober 2019) verschenen. Zie hierover: F.M. Dekker, 'De Regeling UWV ontslagprocedure en de Ontslagregeling', *ArbeidsRecht* 2015/33.

14. Ktr. Amsterdam 16 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8342; Ktr. Enschede 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870; Ktr. Alkmaar 25 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9361; Ktr. Rotterdam 8 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9228; Ktr. Bergen op Zoom 11 oktober 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:7012 en Ktr. Almere 30 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:6045.

15. Ktr. Eindhoven 4 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2258; Ktr. Amsterdam 13 oktober 2016, AR 2016-1301; Ktr. Zwolle 20 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3122; Ktr. 11 april 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1696 en Ktr. Den Haag 22 oktober 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11632.

is dat in bijna de andere helft van de onderzochte rechtspraak de toets of er sprake is van verval van de arbeidsplaats in het voordeel van de werkgever uitvalt, waarmee wordt bevestigd dat in het geval het UWV toestemming weigert (o.a.) omdat niet vast is komen te staan dat de arbeidsplaats noodzakelijkerwijs moet komen te vervallen, indiening van een verzoekschrift gebaseerd op grond van artikel 7:671lid 1 sub b BW in sommige situaties serieus overwogen kan worden.

#### 2.4 Afspiegeling / onderlinge uitwisselbaarheid

Als dan is komen vast te staan dat sprake is van het verval van arbeidsplaatsen, zal moeten worden beoordeeld of er correct is afgespiegeld<sup>16</sup> en in dat kader of er sprake is van onderlinge uitwisselbaarheid van functies.<sup>17</sup> Bestudering van de rechtspraak over dit onderwerp leert dat kantonrechters hierover regelmatig anders oordelen dan het UWV. Zo oordeelde Kantonrechter Den Haag in vijf ontbindingsverzoeken van dezelfde werkgever, anders dan het UWV, dat ‘de inhoud van de functie van Themamanager al zodanig verschilt van die van Marktmanager dat de functies naar objectieve maatstaven niet vergelijkbaar zijn en dus ook niet (wederkerig) uitwisselbaar. Dit brengt met zich dat de functie niet in aanmerking hoeft te worden genomen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel’. Waar het UWV de toestemming nog weigerde, ontbond de kantonrechter de vijf arbeidsovereenkomsten.<sup>18</sup> Dit beeld is vaker terug te zien in de rechtspraak.<sup>19</sup> Echter, tegenover de beschikkingen waarin de rechter, anders dan het UWV, oordeelde dat geen sprake was van onderlinge uitwisselbaarheid van functies op grond waarvan het ontbindingsverzoek werd toegewezen, is er in ruim een handvol beschikkingen gelijklopend aan het UWV geoordeeld en wees ook de kantonrechter het ontbindingsverzoek af omdat onjuist was afgespiegeld.<sup>20</sup> Ook bij dit onderwerp is te zien dat kantonrechters, onder verwijzing naar artikel 13 Ontslagregeling, gedegen onderzoeken of sprake is van onderlinge uitwisselbaarheid van functies<sup>21</sup> en dat het debat hierover toch nog regelmatig anders uitvalt dan na beoordeling door het UWV. Ook hier loont het dus regelmatig de moeite om na een (voor een van partijen onwelgevallige) beslissing van het

UWV een verzoekschrift in te dienen bij de kantonrechter.

#### 2.5 Uitbesteding werkzaamheden

In artikel 5 en 6 Ontslagregeling zijn de regels verrat over het uitbesteden van werkzaamheden. Er bestaat geen redelijke grond voor opzegging voor zover arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbesteedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen door personen met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of die de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten. Uitbesteding aan zelfstandigen is alleen toegestaan als dit gebeurt door personen die werkzaamheden verrichten in de uitoefening van een bedrijf of in zelfstandige uitoefening van een beroep. Het moet dus gaan om ‘echte zelfstandigen’.

Een ontbindingsverzoek van Amsterdam Museum voor een rondleidster na door het UWV geweigerde toestemming wordt afgewezen omdat niet is komen vast te staan dat de arbeidsplaats noodzakelijkerwijs moet komen te vervallen.<sup>22</sup> De rondleidingswerkzaamheden blijven bestaan en worden door een poule van freelancers overgenomen. Het enkele belang dat werkneemster meer kost dan dat zij oplevert is niet doorslaggevend. Kantonrechter Utrecht<sup>23</sup> overwoog dat geen sprake was van een redelijke grond wanneer uitbesteding plaatsvindt om vaste werknemers te vervangen door flexibele, goedkopere krachten. Kantonrechter Rotterdam<sup>24</sup> oordeelde dat geen sprake was van uitbesteding omdat de werkzaamheden van de werknemer (als gevolg van verlies van opdrachten) niet meer bestonden en slechts incidenteel zouden worden uitgevoerd door zelfstandigen. Van verdringen was hier geen sprake. Een collegakantonrechter in Rotterdam<sup>25</sup> besliste dat geen sprake was van uitbesteding in de zin van artikel 5 en 6 Ontslagregeling. Vervanging van werknemers van een bibliotheek door vrijwilligers leverde volgens Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>26</sup> verdringing op. Kantonrechter Eindhoven<sup>27</sup> oordeelde echter weer dat de aanvankelijk al deels door vrijwilligers verrichte werkzaamheden die uiteindelijk geheel door die vrijwilligers werden overgenomen weer geen verdringing opleverden. Rechtspraak over de vraag of sprake is van verdringing bij uitbesteding is sterk casuïstisch, maar laat tegelijkertijd ook zien dat de onderneming (ook hier) een grote mate van beleidsvrijheid heeft. Maar een ontbindingsverzoek zal worden afgewezen als de werkgever niet voldoende aannemelijk maakt waarom uitbesteding bijdraagt aan een doelmatige bedrijfsvoering. In dat geval geldt juist weer een hoge stel- en motiveringsplicht.<sup>28</sup>

16. Zie hierover: R.D. Rietveld, ‘Het gebrekkige afspiegelen door het UWV’, *TvO* 2017/af. 1, p. 21-29.

17. R.D. Rietveld en K. van Haaren, ‘Een stapsgewijze vaststelling van de categorie uitwisselbare functies’, *TvO* 2019/af. 1, p. 23-34.

18. Ktr. Den Haag 15 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1462, 1464, 1465, 1466, 1467.

19. Zie o.a. Ktr. Rotterdam 10 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5290; Ktr. Leeuwarden 22 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3072; Ktr. Roermond 6 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5285; Ktr. Enschede 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768 en Ktr. Haarlem 21 augustus 2018, AR 2018-1325.

20. Zie o.a. Ktr. Leiden 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16926 en 16927; Ktr. Assen 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233 en 5234; Ktr. Amsterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7734 en Ktr. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12912.

21. Waarbij geldt dat de aanstelling en niet de feitelijke werkzaamheden bepalend is. Zie hierover o.a. Hof Den Bosch 8 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:924.

22. Ktr. Amsterdam 16 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8342.

23. Ktr. Utrecht 13 april 2016, ECLI:NL:RBUMNE:2016:2820.

24. Ktr. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578.

25. Ktr. Rotterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1996.

26. Hof Arnhem-Leeuwarden 29 november 2016, ECLI:NL:2016:9561.

27. Ktr. Eindhoven 4 mei 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:2258.

28. Ktr. Almere 25 september 2018, AR 2018-1179.



## 2.6 Herplaatsingsplicht

In artikel 9 en 10 Ontslagregeling zijn de regels met betrekking tot de herplaatsing en de redelijke termijn, bedoeld in artikel 7:669 lid 1 BW, uitgewerkt. De herplaatsingsplicht is weliswaar geen resultaats- maar een inspanningsverplichting, maar deze plicht lijkt onder de Wwz wel ruimer te zijn geworden<sup>29</sup> en moet door werkgevers niet worden onderschat. Dit blijkt ook wel uit de rechtspraak waarin werknemers regelmatig met succes weten aan te voeren dat door de werkgever geen (voldoende) invulling aan de herplaatsingsplicht is gegeven, hetgeen dan tot een afwijzende beslissing van het UWV leidt. Maar ook in de ontbindingsprocedures loopt het regelmatig voor de werkgever verkeerd af omdat hij volgens de kantonrechter onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij de verplichting tot onderzoek naar herplaatsing in een passende functie binnen redelijke termijn, eventueel na scholing, voldoende is nagekomen.<sup>30</sup> In de bestudeerde rechtspraak zijn echter ook voorbeelden te vinden waarin de kantonrechter, anders dan het UWV, oordeelde dat de werkgever wél invulling aan de herplaatsingsplicht heeft gegeven,<sup>31</sup> maar herplaatsing geen reële optie was,<sup>32</sup> de werknemer terecht niet was herplaatst<sup>33</sup> of herplaatsing binnen redelijke termijn niet mogelijk was.<sup>34</sup> Kantonrechter Amersfoort<sup>35</sup> overwoog, onder verwijzing naar artikel 9 Ontslagregeling, dat voor beoordeling van de vraag of een functie passend is, het salaris niet van doorslaggevend belang is. In deze casus had de werkgever de werknemer een functie aangeboden met een verschil in salaris van bijna € 800 per maand. De kantonrechter achtte die functie passend, waarmee was voldaan aan de herplaatsingsplicht. De vraag kan gesteld worden of, als deze redenering zou kloppen, werkgevers dan in veel situaties onder de herplaatsingsplicht uit (zouden) kunnen komen door boventallig verklaarde werknemers een (passende) functie aan te bieden tegen een substantieel lager salaris. Ik meen dat dit niet het geval is. Zo volgt uit (r.o. 3.4.2. van) de Shell-uitspraak,<sup>36</sup> die ging over het ontslag van een ‘expat’, dat het bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, niet enkel gaat om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar dat daarbij ook redelijkheidsargumenten een rol kunnen spelen. Daarmee

wordt, volgens de Hoge Raad, de werkgever een zekere beoordelingsruimte gelaten. Ik deel de visie van Arntz<sup>37</sup> dat deze door de Hoge Raad geïntroduceerde redelijkheidsnorm vervolgens grondslag biedt voor het oordeel dat herplaatsing niet *in de rede ligt* indien het salaris van een passende functie (in de zin van art. 9 lid 3 Ontslagregeling) te zeer afwijkt van het vorige salaris van de werknemer.

## 2.7 Opzegverbod tijdens ziekte

Artikel 7:671a lid 11 BW bepaalt dat de verzochte toestemming, bedoeld in lid 1 of 2, niet wordt verleend als een opzegverbod geldt. Sinds invoering van de Wwz moeten ontslagvergunningen ingeval sprake is van een opzegverbod dus worden geweigerd. De werkgever heeft in geval van weigering wel de mogelijkheid om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter zal dan zelfstandig moeten beoordelen of sprake is van een opzegverbod en, zo ja, of desondanks toch tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden overgegaan. Ik bestudeerde dertien beschikkingen. In net iets minder dan de helft van die beschikkingen ontbond de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ondanks dat sprake was van een opzegverbod tijdens ziekte.<sup>38</sup> Kantonrechter Maastricht<sup>39</sup> overwoog dat het opzegverbod bij ziekte niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staat. Werkgever doet met succes een beroep op het bepaalde in artikel 7:670a lid 2 aanhef en onder d BW. Ingevolge die bepaling geldt voornoemd opzegverbod niet in geval van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Door werknemer en UWV is het begrip ‘onderneming’ te beperkt uitgelegd. Kantonrechter Apeldoorn<sup>40</sup> overweegt onder verwijzing naar de hiervoor genoemde beschikking van Kantonrechter Maastricht en de Hoge Raad<sup>41</sup> dat het ondernemingsbegrip ruim moet worden uitgelegd. Kantonrechter Nijmegen<sup>42</sup> overweegt de redenering van Hof Den Bosch<sup>43</sup> dat het moment waarop het verzoek tot ontbinding is ontvangen bepalend is voor de vraag of sprake is van een opzegverbod wegens ziekte *niet* te volgen. Naar het oordeel van de kantonrechter moeten de artikelen 7:671b lid 2 BW jo. artikel 7:670 lid 1 sub b en lid 2 BW zodanig worden uitgelegd dat een opzegverbod geen gelding heeft indien de ziekte is ingetreden nadat een ontslagvergunning is aangevraagd, ook als sprake is van weigering van deze vergunning. Naar het oordeel van deze kantonrechter geldt dan ook een *ex-tunc*-benadering en is er geen sprake van een opzegverbod.<sup>44</sup> En ook anders dan Hof

29. L.B. de Graaf, ‘Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?’ *TRA* 2016/82 en de conclusie van A-G De Bock bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

30. Zie o.a. Ktr. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6059; Ktr. Haarlem 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9542; Ktr. Rotterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7541; Ktr. Arnhem 30 november 2017, *AR* 2017-1515; Ktr. Tilburg 17 mei 2018, *AR* 2018-0627; Ktr. Rotterdam 16 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5742; Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116; Ktr. Amsterdam 29 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8506 en Ktr. Leeuwarden 12 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5382.

31. Ktr. Maastricht 29 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4850.

32. Ktr. Rotterdam 28 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7424.

33. Ktr. Tilburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838.

34. Ktr. Den Haag 24 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14618 en Ktr. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

35. Ktr. Amersfoort 26 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2011.

36. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64.

37. Noot van T. Arntz onder Ktr. Amersfoort 26 april 2019, *JAR* 2019/156.

38. Ktr. Den Haag 14 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:260; Ktr. Leeuwarden 1 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2777; Ktr. Alkmaar 6 januari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:868; Ktr. Maastricht 20 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9191; Ktr. Nijmegen 6 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5388 en Ktr. Apeldoorn 30 januari 2019, *AR* 2019-0163.

39. Ktr. Maastricht 20 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9191.

40. Ktr. Apeldoorn 30 januari 2019, *AR* 2019-0163.

41. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212.

42. Ktr. Nijmegen 6 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5388.

43. Hof Den Bosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2820.

44. Over de *ex-tunc*-benadering in appèl zie: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234.

Den Bosch is ook Kantonrechter Roermond<sup>45</sup> van oordeel dat het opzegverbod bij ziekte niet van toepassing is indien de ziekmelding is gedaan nadat de ontslagvergunning is aangevraagd bij het UWV en voordat het ontbindingsverzoek op de a-grond is ingediend bij de kantonrechter. In deze zaak volgt echter desondanks afwijzing van het ontbindingsverzoek omdat de werkgever niet heeft voldaan aan de op hem rustende stel- en substantiëringsplicht. In een vijftal andere beschikkingen uit de hier besproken periode werd het ontbindingsverzoek afgewezen in verband met het opzegverbod tijdens ziekte<sup>46</sup> waarbij in de beschikking van Kantonrechter Apeldoorn sprake was van een ziekmelding op dezelfde dag als de indiening van de aanvraag waardoor een opzegverbod gold. Kantonrechter Rotterdam<sup>47</sup> wees een ontbindingsverzoek in verband met verval van de arbeidsplaats af dat was ingediend nadat het UWV toestemming had geweigerd, omdat sprake was van arbeidsongeschiktheid van de werknemer op grond waarvan een opzegverbod gold.

### 2.8 Werknemersverzoek na toestemming UWV

Artikel 7:682 BW bepaalt dat de kantonrechter op verzoek van een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd met toestemming van het UWV de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen als de opzegging in strijd is met artikel 7:669 lid 1 of lid 3 onderdeel a of b BW of aan hem een billijke vergoeding kan toekennen als herstel niet mogelijk is. Net zoals de werkgever kan dus ook de werknemer zich, na een voor hem onwelgevallige beslissing van het UWV (op grond waarvan de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd), aansluitend tot de kantonrechter wenden. Een voorbeeld van een werknemer die, nadat het UWV zijn werkgever toestemming verleende de arbeidsovereenkomst op te zeggen na het besluit van de werkgever zijn functie te laten vervallen, met succes herstel van de arbeidsovereenkomst vorderde, is te vinden in de beschikking van Kantonrechter Amsterdam.<sup>48</sup> In deze door de werknemer aangehangen procedure oordeelde de kantonrechter, nadat deze overwoog dat juist is dat een ondernemer een zekere beleidsvrijheid heeft om zijn onderneming zo efficiënt mogelijk in te richten, dat de werkgever de bedrijfseconomische noodzaak onvoldoende had onderbouwd. De werkgever werd veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht, alsook tot betaling van het loon vanaf de datum van herstel. Kantonrechter Alkmaar<sup>49</sup> wees een vergelijkbaar verzoek van de werknemer tot herstel af. De kantonrechter kwam, net zoals het UWV al eerder, tot het oordeel dat sprake was van bedrijfseconomische omstandigheden die maakten dat

de werkgever in redelijkheid had kunnen besluiten arbeidsplaatsen te laten vervallen. Een andere kantonrechter, in Alkmaar,<sup>50</sup> deed ruim een jaar later hetzelfde. Ook deze rechter wees een verzoek om herstel van de arbeidsovereenkomst en de subsidiaire vordering de werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding af. De kantonrechter achtte aannemelijk dat sprake was van een redelijke grond wegens het verval van de arbeidsplaats vanwege bedrijfseconomische omstandigheden.

Ondanks dat aan de drie hiervoor kort besproken uitspraken geen grote conclusies verbonden kunnen worden kan, in zijn algemeenheid, wel worden gesteld dat het met succes bewegen van de kantonrechter door een werknemer na een hem onwelgevallige beslissing van het UWV de werkgever te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding geen eenvoudige opgave is.

## 3. Ontbindingsrechtspraak b-grond

Het zal niet verbazen dat er sinds invoering van de Wwz nauwelijks ontbindingsverzoeken zijn ingediend gebaseerd op langdurige arbeidsongeschiktheid. Dit heeft een aantal redenen. De eerste is dat veruit het grootste deel van de arbeidsovereenkomsten, waarbij de werknemer (langer dan) 104 weken arbeidsongeschikt is geweest, met wederzijds goedvinden wordt beëindigd. Tweede reden is dat verzoeken van werkgevers aan het UWV (die, veelal, alleen worden gedaan wanneer de werknemer niet instemt met een opzegging ex artikel 7:671 BW of niet mee wenst te werken aan het sluiten van een beëindigingsovereenkomst) de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid te mogen opzeggen nagenoeg altijd worden verleend. Derde en laatste reden is dat veel werkgevers, in het bijzonder in het midden- en kleinbedrijf, sinds invoering van de Wwz ervoor kozen om de arbeidsovereenkomst met de langdurig arbeidsongeschikte werknemer juist *niet* te beëindigen. Daar waar de werkgever voor inwerkingtreding van de Wwz over het algemeen zonder financiële consequenties de arbeidsovereenkomst met een werknemer die 104 weken of langer arbeidsongeschikt was kon opzeggen is dit met de invoering van artikel 7:673 BW veranderd. Ook in het geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid is de werkgever de transitievergoeding verschuldigd. Deze verplichting introduceerde het fenomeen van de zogenoemde 'slapende dienstverbanden'.<sup>51</sup> Over

45. Ktr. Roermond 30 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:947.

46. Ktr. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8706; Ktr. Zwolle 19 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5288; Ktr. Bergen op Zoom 10 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:267; Ktr. 29 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6201 en Ktr. Apeldoorn 6 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4577.

47. Ktr. Rotterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8706.

48. Ktr. Amsterdam 26 april 2016, AR 2016-0500.

49. Ktr. Alkmaar 31 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4396.

50. Ktr. Alkmaar 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7697.

51. Zie hierover o.a.: N. Jansen, 'Het slapend dienstverband: van onfatsoenlijk tot slecht werkgeverschap', *TvO* 2019/af. 2; C.J. Frikkee, 'Slapende dienstverbanden, opzeggerecht of niet? That is the question!' *TRA* 2019/70; E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?' *TRA* 2019/37; P.J.B.M. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3.

die slapende dienstverbanden zijn veel procedures gevoerd. Op 8 november 2019<sup>52</sup> beslechtte de Hoge Raad echter het debat over de vraag of een werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid met wederzijds goedvinden onder toekenning van een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding. De Hoge Raad oordeelde dat dit, in beginsel, het geval is. De slapende dienstverbanden zijn daarmee wakker gekust en zullen heel snel – en helemaal vanaf 1 april 2020, de datum waarop werkgevers (met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015) een beroep kunnen doen op de compensatieregeling van het UWV, voortvloeiend uit de Wet compensatie transitievergoeding<sup>53</sup> – tot het verleden behoren.

In uiteindelijk minder dan twee handenvol gepubliceerde uitspraken moest de rechter in ruim vier jaar Wwz nog wel oordelen over ontbindingsverzoeken gebaseerd op de b-grond. Opgemerkt zij daarbij dus dat de werknemersverzoeken buiten beschouwing zijn gelaten.

De eerste is van Kantonrechter Bergen op Zoom<sup>54</sup> aan wie een ontbindingsverzoek op de b-grond werd voorgelegd nadat het UWV de ontslaanvraag van de werkgever had afgewezen. De kantonrechter wees dat ontbindingsverzoek af omdat de werkgever o.a. onvoldoende had aangetoond dat de werknemer niet binnen 26 weken zijn eigen werk in een aangepaste vorm kon verrichten. Omdat er geen sprake was van een volledig voldragen grond kwam de kantonrechter niet meer aan de herplaatsingsplicht toe. Artikel 7:669 BW werd hier dus strikt toegepast. Dat gebeurde ook in een ontbindingsverzoek gericht aan Kantonrechter Almere<sup>55</sup> in hetzelfde jaar. Het ging hier om een verzoek dat op meerdere gronden (b-, g- en h-grond) was gebaseerd. Ten aanzien van de b-grond oordeelde de kantonrechter dat de werkgever zich op grond van artikel 7:671a lid 1 BW tot het UWV diende te wenden. Werkgever werd voor deze (primaire) ontslaggrond niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

Daar waar het UWV toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer nog weigerde omdat werknemer destijds werkzaamheden verrichtte die volgens het UWV loonwaarde vertegenwoordigden en werkgever die werkzaamheden duurzaam kon bieden, dacht Kantonrechter Arnhem<sup>56</sup> hier anders over. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst omdat werknemer niet in staat was om de bedongen arbeid te verrichten. Werkgever had volgens de kantonrechter vervolgens ook voldoende

aangetoond dat herplaatsing van werknemer in een andere passende functie binnen een redelijke termijn niet mogelijk was. In een, wederom op meerdere gronden, ingediend verzoekschrift komt Kantonrechter Apeldoorn<sup>57</sup> aan beoordeling van de b-grond niet toe omdat de arbeidsovereenkomst reeds wordt ontbonden omdat werknemer zonder goede grond heeft geweigerd passende arbeid te doen en andere verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst na te komen. Interessant is nog wel deze overweging:

‘[verweerster] voert nog aan dat zij niet ontslagen kan worden zolang zij ziek is. Ook dit verweer wordt niet gevolgd. De arbeidsovereenkomst wordt nu beëindigd vanwege het verwijtbaar handelen van [verweerster], niet omdat zij arbeidsongeschikt is. Het opzegverbod bij ziekte, dat in de wet staat, is niet bedoeld om werknemers te beschermen die zich langdurig en meermalen niet houden aan hun verplichtingen. Bovendien is [verweerster] inmiddels meer dan twee jaar arbeidsongeschikt en dan is een opzegverbod niet meer aanwezig.’

De laatste twee gepubliceerde uitspraken waarin op de b-grond ontbinding van de arbeidsovereenkomst was verzocht zijn afkomstig van Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>58</sup> en Hof Den Bosch.<sup>59</sup> In de eerste uitspraak betoogde de werknemer tevergeefs dat zijn eigenlijke functie een andere was dan de functie die hij na een auto-ongeval niet meer kon vervullen. Voor die functie beschikte de werknemer evenwel niet over het benodigde diploma. Het hof overwoog daarbij dat de werkgever zijn scholingsplicht niet had geschonden door betreffende opleiding niet te faciliteren. Hof Den Bosch moest beoordelen of een werknemer binnen 26 weken na ontvangst van de toestemming van het UWV voor opzegging van de arbeidsovereenkomst in staat zou zijn de bedongen arbeid te verrichten. Het hof beantwoordde die vraag ontkennend door het verweer van de werkgever te volgen waarbij een brief van de bedrijfsarts in het geding was gebracht waarin de verwachting werd uitgesproken dat de werknemer binnen 26 weken niet volledig zou kunnen terugkeren in passende arbeid, al dan niet in aangepaste vorm of door scholing.

## 4. Conclusie

De ontbindingsrechtspraak over de a-grond en de b-grond, zoals die vanaf de invoering van de Wwz bestaan, is zeer casuïstisch. Rode lijnen zijn maar moeilijk te ontdekken. Wel is te concluderen dat verzoeken, nadat het UWV al eerder over het ontslagverzoek oordeelde, door rechters veelal gedegen worden beoordeeld en de motivering in de beschikkingen meestal zeer uitvoerig

52. HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

53. Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234. Bij besluit van 20 februari 2019 is als tijdstip van inwerkingtreding vastgesteld 1 april 2020, zie *Stb.* 2019, 76.

54. Ktr. Bergen op Zoom 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6721.

55. Ktr. Almere 28 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7078.

56. Ktr. Arnhem 8 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079.

57. Ktr. Apeldoorn 5 november 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4761.

58. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9536.

59. Hof Den Bosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4570.

is. Regelmatig wordt door kantonrechters en hoven verwezen naar de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels. Wat de a-grond betreft is bij de verschillende subonderwerpen te zien dat het (bij wijze van hoger beroep) voorleggen van de casus aan de rechter, nadat het UWV zich reeds over de kwestie had gebogen, niet zelden tot succes voor de werkgever leidt. Tegelijkertijd wordt door rechters een terughoudende toets gehanteerd. Het aantal ontbindingsprocedures onder de Wwz over de b-grond is minimaal. Verwachting is dat dit aantal nog minder zal worden na de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad over de slapende dienstverbanden. De Wet arbeidsmarkt in balans, die op 1 januari 2020 in werking is getreden, brengt, ten slotte, geen wijziging aan in (beoordeling van) de a- en b-grond.