



Dossieropbouw bij disfunctionerende werknemers

Toetsing van:

Scriptie Hbo - Rechten

Hogeschool Leiden

Student: Sly Loijens – s1086964
Klas: 4A Hbo – Recht
vakcode: HBR-AS-17

Datum: 13 – 06 – 2018

Opleiding HBO-Rechten

Afstudeeronderzoek
Docent: Mr. V.A. Jongste

Organisatie: Makro
Contactpersoon: L. Sijtsma

Kans: 1
Collegejaar 2017/18

Algemene informatie

Geschreven door:	Sly Loijens
Opleider:	Hogeschool Leiden
Opleiding:	Hbo- Rechten
Onderzoeksbegeleider:	Dhr. G. Kuiper
Afstudeerbegeleider:	Dhr. mr. V.A. Jongste
Opdrachtgever:	Makro Nederland, afdeling Labour Relations Legal (HR)
Praktijkbegeleider:	Mw. L. Sijtsma
Functie:	Jurist Arbeidsrecht
Rechtsgebied:	Arbeidsrecht
Onderwerp:	Dossieropbouw bij disfunctionerende werknemers
Datum:	13 juni 2018
Aantal woorden:	14.799



Voorwoord

Alvorens u deze scriptie leest, zou ik graag een kort moment stil willen staan bij de totstandkoming van dit onderzoeksrapport. Het is een redelijke uitdaging gebleken, waarin ik veel heb mogen leren met veel nieuwe inzichten in het arbeidsrecht. Ik heb voor mijn onderzoek 6 maanden stage gelopen bij Makro Nederland.

Het onderzoek dat voor u ligt is mede tot stand gekomen met de hulp van mevrouw L. Sijsma van Makro Nederland die, ondanks haar eigen werkzaamheden, zeer behulpzaam is geweest tijdens het onderzoek. Daarnaast wil ik mijn afstudeerbegeleider meneer V.A. Jongste bedanken voor zijn feedback en intensieve begeleiding.

Dan rest mij alleen nog om u, de lezer, te bedanken voor het lezen van mijn onderzoek over dossieropbouw bij disfunctionerende werknemers.

Schiedam, 13 juni 2018

Mevr. S. Loijens

Samenvatting

Makro krijgt met 3800 werknemers in dienst regelmatig te maken met werknemers die niet naar behoren functioneren. Gedacht kan worden aan werknemers die niet (meer) voldoen aan de gestelde functie-eisen of een gedurende periode hun afspraken niet (meer) na komen. Helaas blijkt uit Evaluatieonderzoek Wwz 2016 dat sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (hierna Wwz) ontslag wegens disfunctioneren de minst kansrijke ontslaggrond is. Makro ervaart deze ontslaggrond dan ook als lastig. Zodoende staat in dit onderzoek de volgende vraag centraal: *welk advies kan gegeven worden aan de afdeling Labour Relations (HR) van Makro ten aanzien van de vraag wanneer dossiervorming zodanig compleet is, dat er sprake is van een voldragen ontslaggrond volgens, art. 7:669 lid 3 sub d BW middels wet, literatuur en jurisprudentieonderzoek?*

De invoering van de Wwz heeft een aantal veranderingen doorgevoerd in het arbeidsrecht. Eén van de veranderingen is het gesloten ontslagstelsel. Dit houdt in dat een ontslaggrond alleen kan slagen wanneer er sprake is van een voldragen ontslaggrond. Een tweede verandering ziet toe op de ontslagroute die de werkgever moet volgen. De ontslagroute ten aanzien van disfunctioneren verplicht de werkgever, sinds de invoering van de Wwz (in juli 2015), een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter in te dienen.

In artikel 7:669 lid 3 sub d BW staat de ontslaggrond disfunctioneren opgenomen. Wat disfunctioneren in een bepaald geval inhoudt, zal bekeken moeten worden aan de hand van bijvoorbeeld de functieomschrijving van de werknemer of aan de hand van de taken die behoren bij de functie. Wel geeft de wetsgeschiedenis aan dat er een onderscheid kan worden gemaakt in twee varianten disfunctioneren. De eerste variant het niet voldaan aan de gestelde functie-eisen en de tweede variant komt het disfunctioneren door eigenschappen en gedragskenmerken. Het disfunctioneren mag geen gevolg zijn van ziekte of gebreken van de werknemer.

Uit de ontslaggrond disfunctioneren vloeien een aantal verplichtingen voor de werkgever. Deze verplichtingen bestaan uit: het tijdig in kennis stellen van de werknemer over zijn disfunctioneren, aan hem de gelegenheid geven tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden. Naast deze verplichtingen geeft de wet ook de verplichting tot herplaatsing van de werknemer

Door middel van jurisprudentieanalyse is er gekeken naar welke feiten en omstandigheden leiden tot een geslaagd verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en in hoeverre dossieropbouw

daarin een rol speelt. Voor het onderzoek zijn in totaal 22 zaken geanalyseerd waarin de arbeidsovereenkomst in 10 zaken wel en 12 zaken niet ontbonden werd.

De conclusies die uit dit onderzoek getrokken kunnen worden zijn dat het disfunctioneren tijdig, duidelijk en concreet kenbaar moet zijn gemaakt aan de werknemer en dat een verbetertraject moet zijn gestart. Van “tijdig” is sprake wanneer de werknemer de gelegenheid heeft gehad zijn disfunctioneren te verbeteren, door bijvoorbeeld het volgen van een verbetertraject en/of scholing. Aan het begin van het verbetertraject wordt in samenspraak met de werknemer een plan van aanpak opgesteld. In het plan van aanpak worden concrete en haalbare doelstellingen vastgesteld. Voorts moet er aan de werknemer voldoende scholing en begeleiding worden aangeboden om zijn functioneren te bevorderen. Als laatste stap moet de werkgever zich actief inspannen om de werknemer te herplaatsen. Alle stappen dienen schriftelijk te worden opgenomen in het personeelsdossier. Het personeelsdossier dient uiteindelijk als ontslagdossier. Een ander element binnen dit onderzoek is dossiervorming. Alleen bij een volwaardig dossier kan de kantonrechter tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst komen of overgaan.

Zodoende is Makro aanbevolen om op het moment dat disfunctioneren wordt vastgesteld zich gelijk voldoende in te spannen om het functioneren van de werknemer te bevorderen. Gedacht kan worden aan het opstellen van een plan van aanpak samen met de werknemer, de werknemer te voorzien van opleidingsuren en/of specifieke cursussen die gericht zijn op het disfunctioneren. Voorst wordt de Makro aanbevolen tijdens het verbetertraject voldoende tussentijdse evaluatiegesprekken en/of tussenbeoordelingen te voeren met de werknemer. Deze gesprekken kunnen ervoor zorgen dat het plan van aanpak nog kan worden bijgesteld. Tot slot moet aantonen de werkgever kunnen aantonen te hebben voldaan aan zijn verplichtingen door middel van dossieropbouw.

Inhoud

Algemene informatie	2
Voorwoord	3
Samenvatting	4
1. Inleiding.....	8
1.1 Probleemanalyse.....	8
1.1.1 Wet Werk en Zekerheid	8
1.1.2 De opdrachtgever.....	8
1.1.3 Disfunctionerende werknemers	8
1.2 Opzet onderzoek.....	9
1.2.1 Doelstelling	9
1.2.2 Centrale vraag en deelvragen	9
1.3 Methoden van onderzoek.....	10
1.4 Leeswijzer.....	12
2. Juridisch kader	13
2.1 De ontslagroutes in het kort	13
2.1.1 Redelijke gronden voor ontslag	13
2.1.2 Ontslagroutes.....	14
2.1.3 Ontslagprocedure kantonrechter	15
2.2 Disfunctioneren.....	16
2.2.1 Definitie disfunctioneren	16
2.2.2 Vormen van disfunctioneren	17
2.2.3 Het functieprofiel.....	18
2.3 Verplichtingen werkgever	19
2.3.1 Tijdig in kennis stellen van disfunctioneren.....	20
2.3.2 Gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden ...	22
2.3.3 Herplaatsingsmogelijkheid.....	24
2.3.4 Dossieropbouw	26
Inhoud dossier	26
Het verzamelen van feiten.....	27
2.4 Tussenconclusie	27
3. Resultaten	29
3.1 Verantwoording jurisprudentie	29
3.2 De analyse per topic.....	29

3.2.1 Ongeschiktheid van de werknemer	29
3.2.2 Tijdig in kennis stellen werknemer	34
3.2.3 Gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden ...	35
3.2.4 Herplaatsingsplicht.....	42
3.3 Tussenconclusie	43
4. Conclusie	45
5. Aanbevelingen	47
Aanbeveling 1: vaststellen disfunctioneren.....	47
Aanbeveling 2: tijdig in kennis stellen.....	47
Aanbeveling 3: gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden	48
Aanbeveling 4: herplaatsing werknemer	49
Aanbeveling 5: dossiervorming.....	50
Bronnenlijst.....	51
Bijlage 1: Samenvatting topics.....	54
Bijlage 2: Analyse topics.....	68

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt omschreven wat de aanleiding is geweest voor dit onderzoek en wat het vraagstuk is dat in dit rapport wordt onderzocht. De doelstelling, centrale vraag en bijbehorende deelvragen zullen nader worden toegelicht. Tot slot worden de onderzoeksmethodes besproken.

1.1 Probleemanalyse

1.1.1 Wet Werk en Zekerheid

Sinds de invoering van de Wwz is er een aantal veranderingen doorgevoerd in het arbeidsrecht. De invoering van de Wwz bestond uit twee delen. Het eerste deel van de Wwz betrof wijzigingen ten aanzien van de aanzegtermijn, voorwaarden (voor de lengte) van de proeftijd en de mogelijkheden van het opnemen van een concurrentiebeding. Het tweede deel, de wijzigingen in het ontslagrecht, zijn per 1 juli 2015 in werking getreden. Onder het oude arbeidsrecht, van voor 1 juli 2015, kende het systeem een open norm waardoor er in ontbindingsverzoeken een optelling kon worden gemaakt van ontslaggronden. Eén van de redenen van de invoering van de Wwz was om de rechtszekerheid te bevorderen. Dit heeft de wetgever geprobeerd te bereiken door het opnemen van zo concreet mogelijke normen. Uit evaluatieonderzoek is gebleken dat ontbinding wegens disfunctioneren (ook wel de d-grond genoemd) nu de minst kansrijke ontslaggrond is.¹ Een tweede verandering ziet toe op het gesloten ontslagstelsel. Het gesloten ontslagstelsel houdt in dat een kantonrechter alleen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan overgaan als aan alle eisen van de betreffende ontslaggrond(en) is voldaan.

1.1.2 De opdrachtgever

Het onderzoek wordt uitgevoerd op het hoofdkantoor van Makro Nederland in Amsterdam op de afdeling Labour Relations (hierna HR). Makro is gevestigd over heel de wereld en heeft in Nederland totaal 6 vennootschappen en 17 vestigingen. Alle vennootschappen samen hebben op dit moment bijna 3800 werknemers in dienst. Voor de afdeling HR richt het onderzoek zich op de manier waarop een dossier wordt opgebouwd en de inhoud van de schriftelijke onderbouwing in het geval er sprake is van onvoldoende functioneren van een werknemer.

1.1.3 Disfunctionerende werknemers

De veranderingen in het ontslagrecht hebben ervoor gezorgd dat de beoordelingsvrijheid van de kantonrechter is ingeperkt. De d-grond is met 84% afgewezen ontbindingsverzoeken van de niet

¹ Evaluatierapport VAAN-VvA 2016, p. 20.

gepubliceerde rechtspraak en 79% afgewezen ontbindingsverzoeken van de gepubliceerde rechtspraak de minst kansrijke ontbindingsgrond.² Er moet in het dossier voldoende schriftelijke documentatie aanwezig zijn om te kunnen onderbouwen dat er sprake is van disfunctioneren. Wanneer er sprake is van disfunctioneren moet het personeelsdossier volledig zijn. Op dit moment loopt de afdeling HR tegen het probleem aan dat het personeelsdossier niet volledig is of helemaal niet wordt samengesteld en hierdoor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter op grond van disfunctioneren uitblijft. Zo is uit recent evaluatieonderzoek Wwz 2016 gebleken dat sinds de invoering van de Wwz de ontslagverzoeken op grond van disfunctioneren grotendeels worden afgewezen door de kantonrechters.³

Makro is een grote organisatie met veel werknemers. De afdeling HR wil graag meer inzicht in de wijze waarop Makro als werkgever voldoende (schriftelijk) kan onderbouwen dat er sprake is van een disfunctionerende werknemer, zodanig dat dit voor de kantonrechter voldoende is om het ontslagverzoek gebaseerd op deze grond te kunnen toewijzen.

1.2 Opzet onderzoek

1.2.1 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om een advies te geven aan de afdeling HR over hoe dossiervorming op grond van disfunctioneren moet plaatsvinden conform de eisen die de kantonrechters stellen aan de hand van de nieuwe wetgeving. Hierdoor is het mogelijk om handvatten te geven aan alle leidinggevendenden van Makro die gebruikt kunnen worden bij dossiervorming in het geval er sprake is van een onvoldoende functionerende werknemer.

1.2.2 Centrale vraag en deelvragen

Centrale vraag

Welk advies kan gegeven worden aan de afdeling Labour Relations (HR) van Makro ten aanzien van de vraag wanneer dossiervorming zodanig compleet is, dat er sprake is van een voldragen ontslaggrond volgens, art. 7:669 lid 3 sub d BW middels wet, literatuur en jurisprudentieonderzoek?

² Evaluatierapport VAAN-VvA 2016, p. 23.

³ Evaluatierapport VAAN-VvA 2016, p. 20.

Theoretische- juridische deelvragen:

1. Welke ontslagroutes hanteert de wet blijkens wetsanalyse en literatuuronderzoek?
2. Wanneer is er sprake van disfunctioneren blijkens literatuuronderzoek?
3. Welke verplichtingen heeft de werkgever ten aanzien van disfunctioneren van een werknemer (op grond van artikel 7:669 lid 1 BW jo lid 3 sub d BW) blijkens literatuuronderzoek en wetsanalyse?
4. Hoe moet een ontslagdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd blijkens literatuuronderzoek?

Praktijkgerichte deelvraag:

5. Welke eisen stellen kantonrechters aan de invulling van de wettelijke vereisten bij disfunctioneren van een werknemer ten aanzien van dossiervorming middels jurisprudentieonderzoek?

1.3 Methoden van onderzoek

In deze paragraaf worden de toegepaste methoden besproken en de gemaakte keuzes verantwoord. De centrale vraag wordt beantwoord met behulp van de deelvragen. De deelvragen zijn in twee soorten te verdelen, namelijk de theoretische-juridische deelvragen en de praktijkgerichte deelvragen. De theoretische-juridische deelvragen kunnen worden beantwoord aan de hand van wetsanalyse en/of literatuuronderzoek. De praktijkgerichte deelvragen kunnen door middel van dossieronderzoek, jurisprudentieonderzoek of interviews worden beantwoord. Met het oog op de betrouwbaarheid en validiteit worden verschillende methoden van onderzoek toegepast.

1. Welke ontslagroutes hanteert de wet blijkens wetsanalyse en literatuuronderzoek?

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden is het belangrijk dat de procedure van ontslag wegens disfunctioneren begrijpelijk wordt gemaakt. Dit wordt gedaan aan de hand van een toelichting op de verschillende manieren van ontslag. De deelvraag is beantwoord door middel van wetsanalyse en literatuuronderzoek. Welke ontslagroute gekozen dient te worden, staat geregeld in artikel 7:671a BW en 7:671b BW. Daarnaast is gebruik gemaakt van verschillende passages uit de literatuur.

2. Wanneer is er sprake van disfunctioneren blijktens literatuuronderzoek?

In de tweede deelvraag is het begrip disfunctioneren omschreven, omdat het begrip een prominente plaats inneemt in dit onderzoek. Deze deelvraag is beantwoord aan de hand van de Memorie van Toelichting, de Nota naar aanleiding van het verslag en verschillende passages uit de literatuur.

3. Welke verplichtingen heeft de werkgever ten aanzien van disfunctioneren van een werknemer (op grond van artikel 7:669 lid 1 BW jo lid 3 sub d BW) blijktens literatuuronderzoek en wetsanalyse?

Door middel van wetsanalyse is gekeken welke vereisten de wet stelt aan de werkgever bij het ontbinden van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren. Dit wordt gedaan aan de hand van verschillende passages uit de literatuur.

4. Hoe moet een ontslagdossier wegens disfunctioneren worden opgebouwd blijktens literatuuronderzoek? Tijdens het onderzoek bleek dat de verplichtingen van de werkgever nauw samenhangen met hoe het ontslagdossier dient te worden opgebouwd, welke stukken moeten worden opgenomen en waar het ontslagdossier aan dient te voldoen. Deze deelvraag viel daardoor samen met deelvraag 3.

Bij alle deelvragen die beantwoord zijn binnen het theoretisch-juridisch kader is er gebruik gemaakt van betrouwbare bronnen. Het praktijkonderzoekgedeelte bestaat uit de laatste deelvraag:

5. Welke eisen stellen kantonrechters aan de invulling van de wettelijke vereisten bij disfunctioneren van een werknemer ten aanzien van dossiervorming middels jurisprudentieonderzoek?

Deze deelvraag is gericht op het achterhalen van feiten en omstandigheden die de kantonrechter hanteert bij het toewijzen dan wel afwijzen van een door de werkgever ingediend ontslagverzoek op grond van disfunctioneren. Dit is aan de hand van jurisprudentieanalyse in kaart gebracht. In het jurisprudentie onderzoek is onderscheid gemaakt tussen zaken waar de kantonrechter het ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren afwijst en zaken waarin de kantonrechter het verzoek tot ontbinding toewijst. Door dit onderscheid kan vastgesteld worden wanneer de rechter de dossiervorming zodanig compleet vindt (dat er sprake is van een zogenaamde voldragen ontslaggrond) en de arbeidsovereenkomst ontbindt.

1.4 Leeswijzer

De opbouw van het onderzoek is als volgt vormgegeven. In hoofdstuk 2 worden de theoretische-juridische deelvragen behandeld. Vanaf paragraaf 2.1 worden de verschillende ontslagroutes benoemd en de desbetreffende ontslagroute ten aanzien van disfunctioneren nader toegelicht. Vervolgens komt de definitie van disfunctioneren aan de orde, worden de verschillende vormen van disfunctioneren ter sprake gebracht en de verplichtingen van de werkgever die de wet hanteert bij ontslag wegens disfunctioneren. In het onderzoek ten aanzien van dossieropbouw komen, uitgebreider dan strikt noodzakelijk, een aantal HR gerelateerde onderwerpen aanbod. Dit op uitdrukkelijk verzoek van Makro. Vanaf hoofdstuk 3 wordt de praktijkgerichte deelvraag behandeld. In dit hoofdstuk worden er 22 uitspraken getoetst aan de hand van de uitgesplitste topics die in hoofdstuk 2 zijn gevonden. In hoofdstuk 4 zullen de conclusies uit zowel hoofdstuk 2 en 3 worden weergegeven. Tijdens het onderzoek bleek dat sommige topics nauw met elkaar verbonden zijn. Deze topics worden in het onderzoek dan ook samengevoegd.

Ten slotte worden in hoofdstuk 5 aanbevelingen gedaan, die gebruikt kunnen worden door leidinggevendenden binnen Makro (in het geval ze geconfronteerd worden met een disfunctionerende werknemer).

2. Juridisch kader

In dit hoofdstuk zullen de theoretische-juridische deelvragen beantwoord worden door middel van literatuuronderzoek en wetsanalyse. Er zal kort worden ingegaan op de verschillende ontslagroutes die in de wet staan opgenomen. Ook wordt de definitie van disfunctioneren nader toegelicht en vervolgens komen de verplichtingen van de werkgever ten aanzien van het disfunctioneren van de werknemer ter sprake. Tot slot komt dossieropbouw bij een disfunctionerende werknemer aan de orde. Aan de hand van jurisprudentie wordt nader toegelicht welke verplichtingen een werkgever heeft en kan worden vastgesteld welke eisen kantonrechters stellen om een ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren te kunnen toekennen.

2.1 De ontslagroutes in het kort

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden is het van belang dat de procedure van ontslag wegens disfunctioneren begrijpelijk wordt gemaakt. In dit hoofdstuk zullen de verschillende ontslagroutes en hoe het ontslag in de wet is geregeld nader worden toegelicht.

2.1.1 Redelijke gronden voor ontslag

De werkgever kiest bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een redelijke grond voor ontslag. Deze redelijke gronden worden in dit hoofdstuk nader toegelicht. De werkgever dient bij het ontslag van een werknemer een of meerdere redenen van ontslag aan te voeren.⁴ In de wet worden deze redenen gezien als redelijke gronden voor ontslag.⁵ De wet stelt dat een werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien daar een redelijke grond voor is.⁶ Welke redelijke gronden de werkgever kan aanvoeren, wordt opgesomd in artikel 7:669 lid 3 BW:

- a) Bedrijfseconomisch ontslag;
- b) Langdurige ziekte;
- c) Regelmatig ziekte van werknemer;
- d) Disfunctioneren van de werknemer;
- e) Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
- f) Weigeren verrichten van de bedongen arbeid wegens ernstig gewetensbezwaar;
- g) Een verstoorde arbeidsrelatie;
- h) Andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bij deze categorie gaat het om specifieke

⁴ Artikel 7:669 lid 1 BW

⁵ Artikel 7:669 lid 3 BW

⁶ Artikel 7:669 lid 1 BW

situaties die op zichzelf staan en niet gekoppeld kunnen worden aan een van de andere gronden. Als voorbeeld kan gedacht worden aan een werknemer die illegaal in Nederland is en waarvan (later) is vastgesteld dat degene niet in Nederland mag werken of aan een werknemer die in detentie is geraakt of onvindbaar is door vermissing.⁷

In bovengenoemde opsomming wordt ook nog een onderscheid gemaakt tussen bedrijfseconomische gronden, langdurige arbeidsongeschiktheid, persoonsgebonden gronden, de restgrond en ontslag in verband met de pensioengerechtigde leeftijd.⁸ De werkgever moet bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst één van bovengenoemde gronden aanvoeren.⁹ Iedere redelijke grond moet op zichzelf worden beschouwd en de verschillende in de wet voorgeschreven ontslaggronden, die elk op zich onvoldoende zijn voor ontslag, mogen niet bij elkaar worden geteld om een ontslag te kunnen dragen.¹⁰ Kortom, alleen bij een voldragen ontslaggrond is sprake van een redelijke ontslaggrond.¹¹ Dit wordt ook wel het gesloten ontslagstelsel genoemd.

2.1.2 Ontslagroutes

Bij de bovengenoemde redelijke gronden in hoofdstuk 2.1.1 horen verschillende ontslagroutes. Welke dat zijn wordt in dit hoofdstuk nader toegelicht. Er is een aantal verschillende vormen van ontslag: opzegging via het UWV, ontbinding via de kantonrechter, ontslag met wederzijds goedvinden door middel van een vaststellingsovereenkomst, ontslag tijdens proeftijd, ontslag op verzoek van de werknemer of ontslag in verband met een dringende reden, ook wel bekend als ontslag op staande voet.¹²

Sinds de invoering van de Wwz kan de werkgever niet langer zelf kiezen welke ontslagroute hij wil volgen. In Nederland geldt de wettelijke bepaling dat voordat iemand ontslagen wordt, men controleert of dit ontslag wel rechtsgeldig is. Dit wordt de preventieve toets genoemd. De preventieve toets wordt uitgevoerd door het UWV of de kantonrechter.¹³ In artikel 7:671a BW en artikel 7:671b BW staat opgenomen welke ontslaggrond bij welke ontslagroute hoort. Wanneer de werkgever de werknemer wil ontslaan vanwege bedrijfseconomische redenen of langdurige ziekte dient de werkgever de ontslagroute via het UWV te volgen. De ontslagroute via het UWV is in het

⁷ D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels, D.J.B. de Wolff, 2016, p. 237.

⁸ Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 50-58.

⁹ Artikel 7:669 lid 1 BW.

¹⁰ Rechtbank Den Haag 4 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10521.

¹¹ Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 50.

¹² Zie fnv.nl onder thema's > ontslag > dreigend ontslag > vormen van ontslag.

¹³ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3, p. 25.

kader van dit onderzoek niet relevant en zal verder onbesproken blijven. In paragraaf 2.1.3 zal verder worden ingegaan op de ontslagroute via de kantonrechter.

2.1.3 Ontslagprocedure kantonrechter

Ontslag via de kantonrechter moet worden gevolgd wanneer de redelijke grond van ontslag een andere reden is dan een bedrijfseconomische reden of langdurige ziekte.¹⁴ De ontslagprocedure bij de kantonrechter begint met het indienen van een verzoek tot ontslag, het zogenaamde ontbindingsverzoek.¹⁵

Het ontbindingsverzoek wordt ook wel het verzoekschrift genoemd dat in de meeste gevallen door de werkgever wordt ingediend, maar ook een werknemer kan besluiten om een ontslagverzoek in te dienen.¹⁶ De werkgever kan de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden in de in artikel 7:671b lid 1 BW genoemde gevallen:

1. Wegens een opzeggingsgrond, genoemd in artikel 7:669 lid 3 sub c-h BW;
2. Wegens een opzeggingsgrond, genoemd in artikel 7:669 lid 3 sub a en b BW na een weigering van het UWV om toestemming te geven voor opzegging;
3. Wegens een opzeggingsgrond, genoemd in artikel 7:669 lid 3 sub a en b BW als sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd.¹⁷

De rechter zal de door de werkgever aangevoerde grond op zichzelf moeten beoordelen. Ook als meerdere gronden worden aangevoerd (bijvoorbeeld disfunctioneren en een verstoorde arbeidsverhouding). In dat geval kan alleen worden ontbonden als aan de eisen die de wet stelt voor één of meer gronden volledig is voldaan,¹⁸ zoals in paragraaf 2.1.1 is besproken. Naast de beoordeling van de redelijke grond moet de rechter beoordelen of de werkgever aan zijn herplaatsingsplicht heeft voldaan en er geen sprake is van een opzegverbod. Voorst geeft de wetgever aan de kantonrechter, in artikel 7:671b BW, verdere instructies voor de beoordeling van ontbindingsverzoeken. Die zijn niet alleen procesrechtelijk van aard (bevoegdheid, ontvankelijkheid en termijnen) maar bevatten ook regels voor de inhoudelijke toetsing.¹⁹

¹⁴ Artikel 7:671b lid 1 BW

¹⁵ Zie uwv.nl onder werkgever > werknemer en ontslag > ontslag via de kantonrechter.

¹⁶ Artikel 7:671c BW

¹⁷ D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels, D.J.B. de Wolff, 2016, p. 254.

¹⁸ Geugjes & Wits 2016, p. 334.

¹⁹ Geugjes & Wits 2016, p. 254.

De kantonrechter is daarnaast gebonden aan de ‘nadere regels’ die in artikel 7:669 lid 5 BW in de Ontslagregeling zijn gegeven. Die voorschriften hebben weliswaar voor het overgrote deel betrekking op de ontslaggronden a en b, maar de regels met betrekking tot de herplaatsing en de transitievergoeding gelden ook voor de overige gronden.²⁰ Het gegeven dat bij de inwerkingtreding van de Wwz uitdrukkelijk geen wijzigingen van de inhoudelijke toetsing van de opzeggingsgronden is beoogd,²¹ maar tot op heden geen ‘nadere regels’ zijn gegeven voor de inhoudelijke toetsing van de andere opzeggingsgronden, heeft rechters er inmiddels toe gebracht toepassing te geven aan de regels die daarvoor tot 1 juli 2015 gegeven waren in het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV.²²

Resumerend dient de werkgever bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een redelijke grond voor ontslag aan te voeren. Alle ontslaggronden staan opgesomd in artikel 7:669 lid 3 BW. De ontslagroute die de werkgever moet volgen wordt vermeld in de artikelen 7:671a BW en artikel 7:671b BW. De ontslagprocedure ten aanzien van disfunctioneren verplicht de werkgever, sinds de invoering van de Wwz (in juli 2015), een verzoek tot ontbinding bij de kantonrechter in te dienen.

2.2 Disfunctioneren

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden is het belangrijk om het begrip disfunctioneren nader toe te lichten. In dit hoofdstuk zal het begrip disfunctioneren centraal staan.

2.2.1 Definitie disfunctioneren

Om een werknemer te kunnen ontslaan wegens disfunctioneren, moet eerst duidelijk zijn wat disfunctioneren precies inhoudt. Wat disfunctioneren in een bepaald geval inhoudt, zal bekeken moeten worden aan de hand van bijvoorbeeld de functieomschrijving van de werknemer of aan de hand van de taken die behoren bij die functie.²³ Sinds de inwerkingtreding van de Wwz is disfunctioneren als ontslaggrond als volgt in de wet opgenomen: *“De ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de*

²⁰ D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels, D.J.B. de Wolff, 2016, p. 254.

²¹ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, nr. C, p. 56.

²² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2016, JAR 2016/74 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april, JAR 2016/129.

²³ Zie wetrecht.nl onder kennis > artikelen > ontslag wegens disfunctioneren.

ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer.”²⁴

De wet geeft, zoals hierboven staat beschreven, niet heel specifiek aan wat disfunctioneren is of in hoeverre er sprake moet zijn van disfunctioneren om tot ontslag van de werknemer te komen. Dat is ook niet mogelijk, aangezien elke situatie van disfunctioneren anders is.²⁵ Het komt er eigenlijk op neer dat wanneer een werknemer zijn functie gedurende een zekere periode niet goed uitoefent, terwijl hij daarvoor wel in staat zou moeten zijn, er sprake is van disfunctioneren.²⁶ Hierbij moet wel gekeken worden of het disfunctioneren niet het gevolg is van ziekte of gebreken.²⁷

2.2.2 Vormen van disfunctioneren

Er zijn verschillende redenen die aangevoerd kunnen worden op het moment dat een werknemer niet naar behoren functioneert. Een werknemer kan te veel fouten maken of zijn werkdruk niet aankunnen. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen twee varianten van disfunctioneren.²⁸ Deze twee varianten worden in deze paragraaf nader toegelicht.

Het niet voldoen aan de functie-eisen

Bij de eerste variant is sprake van het door de werknemer niet voldoen aan de functie-eisen die aan zijn functie zijn gesteld. Bij deze vorm van disfunctioneren gaat het erom dat de werkgever niet tevreden is over de manier van uitoefening van de werkzaamheden door de werknemer. De functie van de werknemer wordt dan niet naar behoren uitgevoerd.²⁹ Je kunt dan denken aan een werknemer die fouten maakt, zijn taken kwalitatief niet goed uitvoert of de werknemer die zijn verantwoordelijkheden niet op de juiste manier invult. Om aannemelijk te maken dat sprake is van disfunctioneren moet duidelijk zijn wat de functie-eisen zijn en dit moet duidelijk op papier zijn vastgelegd. De werknemer moet weten wat zijn functie precies inhoudt, wat er van hem wordt verwacht en wat de gevolgen kunnen zijn als hij zich niet aan de gestelde functie houdt.³⁰ Dit is bijvoorbeeld terug te vinden in het functieprofiel van de werknemer, hierover meer in paragraaf 2.2.3.

²⁴ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

²⁵ Zie wetrecht.nl onder kennis > artikelen > ontslag wegens disfunctioneren.

²⁶ Zie schoversadvocaten.nl onder blog > arbeidsrecht > wanneer is sprake van disfunctioneren?

²⁷ Artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

²⁸ *Kamerstukken II 2013/14 33 818, nr. 7, p. 85.*

²⁹ *Kamerstukken II 2013/14 33 818, nr. 7, p. 85.*

³⁰ ‘Disfunctioneren’ het-ontslagdossier.nl, zoek op disfunctioneren.

Disfunctioneren door eigenschappen en gedragskenmerken

Van deze vorm is sprake wanneer disfunctioneren veroorzaakt wordt door eigenschappen of gedragskenmerken van de werknemer.³¹ Deze in de persoon gelegen eigenschappen kunnen de werknemer niet altijd worden verweten.³² Het kan bijvoorbeeld gaan om een negatieve (werk-)houding van de werknemer of klantonvriendelijkheid. Bij de beoordeling van disfunctioneren moet rekening worden gehouden met wat de reden is van het door de werknemer vertoonde gedrag of houding.³³ Als het gaat om disfunctioneren is het van belang goed onderscheid te maken tussen enerzijds het niet (meer) kunnen voldoen aan de gestelde functie-eisen en anderzijds gedragingen die maken dat een werknemer de verplichtingen die volgen uit de arbeidsovereenkomst niet naleeft, bijvoorbeeld wanneer de werknemer gedurende een periode meerdere malen te laat op zijn werk komt.³⁴ De beoordeling of de werknemer zijn functie niet goed uitoefent, kan worden gebaseerd op het functieprofiel van de werknemer.³⁵

2.2.3 Het functieprofiel

In paragraaf 2.2.1 werd aangegeven dat er sprake is van disfunctioneren wanneer een werknemer zijn functie enige tijd niet goed uitoefent. Het is in eerste instantie aan de werkgever om te beoordelen of een werknemer (nog) voldoet aan de eisen die aan een functie worden gesteld.³⁶ Om te beoordelen of de werknemer zijn functie niet goed uitoefent kan onder andere gekeken worden naar zijn functieprofiel. Het functieprofiel dient als een objectieve maatstaf om het functioneren van de werknemer aan te meten.³⁷ Een werkgever heeft te maken met veel verschillende functies binnen het bedrijf, bijvoorbeeld een receptioniste, HR-business partner, directeur, manager etc. De werkgever stelt binnen het bedrijf functieprofielen op. Een functieprofiel is een omschrijving van het takenpakket van een werknemer. In een functieprofiel geef je de gewenste kennis, vaardigheden en persoonlijke kwaliteiten van een (nieuwe) werknemer aan. In het functieprofiel staat vaak een functieomschrijving, functie-eisen en overige eisen.³⁸ Het opstellen van zo'n functieprofiel dwingt de werkgever om na te denken over de kennis, vaardigheden en eigenschappen waar de werknemer of de kandidaat over moet beschikken.³⁹

³¹ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 7, p. 85.

³² 'Disfunctioneren' het-ontslagdossier.nl, zoek op disfunctioneren.

³³ Van Slooten Zaal & Zwemmer 2015, §6.3.2.1.

³⁴ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 7, p. 85-86.

³⁵ 'Wanneer is sprake van disfunctioneren?' ontslag.nl, zoek op disfunctioneren.

³⁶ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3, p. 45 (MVT).

³⁷ 'Functiewaardering' arbeidsrechter.nl, zoek op functiewaardering.

³⁸ Zie mijnsalesrecruiter.nl onder blog > Wat is een functieprofiel?

³⁹ Zie mijnsalesrecruiter.nl onder blog > Wat is een functieprofiel?

Een functieprofiel moet voldoende informatie aan een werknemer geven, zodat hij een concreet beeld kan vormen over zijn functie, de organisatie en wat van hem verwacht wordt.⁴⁰ Wanneer de regels binnen de organisatie wijzigen of iemand verandert van functie, is het van belang dat deze veranderingen aan de werknemer schriftelijk worden verstrekt.⁴¹ Als het gedrag van de werknemer aanleiding vormt voor ontslag, moet het de werknemer van tevoren duidelijk zijn geweest wat wel of niet door de werkgever als toelaatbaar wordt gezien.⁴² Als een werkgever niet beschikt over een (actuele) functiebeschrijving, dan is het een stuk lastiger om het disfunctioneren van de werknemer aan te kunnen tonen. De werknemer zou in een dergelijk geval kunnen aanvoeren dat het voor hem niet duidelijk was aan welke functie-eisen hij moest voldoen.⁴³ Bovendien moeten de eisen die aan de werknemer worden gesteld - volgens de Memorie van Toelichting - gangbaar en niet buitensporig zijn. Van buitensporige eisen is bijvoorbeeld sprake als van een werknemer wordt verlangd te handelen (of na te laten) in strijd met wet- of regelgeving.⁴⁴

Resumerend is er sprake van disfunctioneren wanneer de werknemer enige tijd niet (goed of onvoldoende) functioneert gezien de functie-eisen behorend bij zijn functie. De beoordeling of de werknemer disfunctioneert is (vaak) gebaseerd op het functieprofiel van de werknemer. Het functieprofiel en de daarbij behorende functie-eisen dienen bekend te zijn bij de werknemer. Wanneer de werknemer niet voldoet aan de functie-eisen en er geen sprake is van ziekte en/of gebreken, kun je spreken over disfunctioneren.

2.3 Verplichtingen werkgever

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden is het van belang om te weten welke verplichtingen de werkgever heeft ten aanzien van een disfunctionerende werknemer. Sinds de invoering van de Wwz gelden er strengere voorwaarden voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren te beëindigen.⁴⁵ Wanneer je als werkgever een geslaagd ontbindingsverzoek wilt indienen bij de kantonrechter moet je eerst aan een aantal verplichtingen hebben voldaan.⁴⁶ Wanneer je het verzoek eerder indient, zal het verzoek naar alle waarschijnlijkheid worden afgewezen. Deze verplichtingen worden verder in deze paragraaf besproken.

⁴⁰ 'Wat is disfunctioneren?' ontslag.nl, zoek op wat is disfunctioneren.

⁴¹ Zie hellolaw.com onder Werk & arbeidsrecht > arbeidsconflict > functiewijziging.

⁴² *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3, p. 45 (MVT).

⁴³ 'Wanneer is sprake van disfunctioneren?' ontslag.nl, zoek op disfunctioneren.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3, p. 45 (MVT).

⁴⁵ Zie hr.kiosk.nl onder rubrieken > arbeidsrecht > Wet Werk en Zekerheid > Wet Werk en Zekerheid (ontslag)

⁴⁶ Artikel 7:669 lid 1 jo lid 3 sub d BW.

In artikel 7:669 lid 1 BW zijn de algemene verplichtingen opgenomen die de werkgever heeft bij ontslag. Lid 1 geeft de verplichting aan de werkgever om een redelijke grond voor ontslag aan te voeren, dit kwam in paragraaf 2.1.1 al eerder ter sprake. De redelijke grond voor ontslag wegens disfunctioneren geeft de volgende verplichtingen aan de werkgever: het tijdig in kennis stellen van de werknemer, hem in voldoende mate in de gelegenheid stellen om zijn functioneren te verbeteren en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden te bieden. Voornoemde verplichtingen staan opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub d BW, ook wel de d-grond genoemd. In de wet staat het volgende opgenomen: *“De ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer”*.

Voorts spreekt lid 1 nog over een herplaatsingsplicht waar de werkgever aan moet voldoen. Tot slot is voor een succesvolle beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren de opbouw van een gedegen ontslagdossier zeer belangrijk.⁴⁷

Resumerend zijn er vier onderdelen te onderscheiden voor wat betreft de verplichtingen van de werkgever: het tijdig in kennis stellen van de werknemer, iemand in voldoende mate in de gelegenheid stellen om zijn functioneren te verbeteren, voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden en de herplaatsingsplicht. Voorts is dossieropbouw van groot belang bij een disfunctionerende werknemer.

2.3.1 Tijdig in kennis stellen van disfunctioneren

Wanneer de werkgever disfunctioneren bij een werknemer constateert dient deze tijdig van het vermeende disfunctioneren op de hoogte te worden gebracht.⁴⁸ Als werkgever is het van belang om aannemelijk te maken dat de werknemer ongeschikt is voor zijn functie en zijn werkzaamheden niet naar behoren uitvoert.⁴⁹ Dit gebeurt aan de hand van bijvoorbeeld klachten van klanten, functioneringsgesprekken, schriftelijke waarschuwingen, feedbackgesprekken etc. Deze stukken

⁴⁷ 'Dossieropbouw bij disfunctioneren, functioneert niet (altijd)', JutD-13 2012, p. 13-15

⁴⁸ Eijsenga 2017/18, p. 37.

⁴⁹ Eijsenga 2017/18, p. 35.

worden toegevoegd aan het dossier.⁵⁰ Wat de inhoud van het personeelsdossier moet zijn, wordt later in deze paragraaf besproken.

De kantonrechter kan niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan wanneer de werkgever, gezien de aangevoerde argumenten voor ontslag, niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.⁵¹ Dat is bijvoorbeeld het geval als een werknemer van de ene op de andere dag te horen krijgt dat hij wordt ontslagen wegens onvoldoende functioneren terwijl hij daar nooit eerder op aangesproken is.⁵² Van “tijdig” is sprake wanneer de werknemer de gelegenheid heeft gehad zijn disfunctioneren te verbeteren, door bijvoorbeeld het volgen van een verbetertraject en/of scholing,⁵³ hierover meer in paragraaf 2.3.2. Kortgezegd, het disfunctioneren mag voor de werknemer geen verassing zijn. Door middel van beoordelings- en/of functioneringsgesprekken wordt de werknemer op de hoogte gebracht van zijn disfunctioneren en kunnen er afspraken gemaakt worden met de werknemer die in de toekomst tijdens een beoordelingsgesprek geëvalueerd kunnen worden. Tijdens een beoordelingsgesprek wordt het functioneren van een werknemer besproken over een recente periode, vaak jaarlijks.⁵⁴ Dit gesprek is eenzijdig en betreft de mening van de werkgever over het functioneren van een werknemer. Het functioneringsgesprek is daarentegen een gesprek tussen de werkgever en de werknemer met als doel het functioneren van de werknemer te verbeteren.⁵⁵ Dit is niet in alle gevallen hetzelfde, een werknemer kan ook goed presteren en een functioneringsgesprek hebben, dat meer toeziet op de (verdere) ontwikkeling van de werknemer. Het dossier moet onder meer de schriftelijke verslagen bevatten van alle functioneringsgesprekken.⁵⁶ De werkgever is verplicht concreet en structureel zodanige aanwijzingen aan de werknemer te geven, zodat duidelijk is op welke punten hij zich dient te verbeteren.⁵⁷ De werknemer moet de gelegenheid krijgen om zijn functioneren te verbeteren. De werkgever kan dat bijvoorbeeld doen door middel van een verbetertraject. Het verbetertraject wordt in paragraaf 2.3.2 nader besproken.

⁵⁰ Eijsenga 2017/18, p. 37 & 42.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3 , p. 45 (MVT).

⁵² *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3 , p. 45 (MVT).

⁵³ ‘Disfunctioneringsontslag: wees tijdig en duidelijk’ hocker.nl, 9 februari 2018, www.hocker.nl (onder actueel).

⁵⁴ Eijsenga 2017/18, p. 115.

⁵⁵ Eijsenga 2017/18, p. 35.

⁵⁶ Eijsenga 2017/18, p. 35.

⁵⁷ Eijsenga 2017/18, p. 35.

2.3.2 Gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden

Gelegenheid tot verbetering wordt samen besproken met de verplichting van het aanbieden van voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden. Tijdens het onderzoek is gebleken dat de twee voornoemde verplichtingen nauw met elkaar verbonden zijn. Het aanbieden van voldoende scholing en goede arbeidsomstandigheden biedt tevens gelegenheid aan de werknemer om zijn functioneren te verbeteren.⁵⁸ Het is van groot belang voor de werkgever om niet alleen vingerwijzend het disfunctioneren te benoemen. Van de werkgever wordt een constructieve houding verwacht, zoals het aanbieden van een verbetertraject met ondersteuning vanuit de organisatie.⁵⁹

Scholingsplicht

Vanaf 1 juli 2015 is de scholingsplicht voor de werkgevers expliciet vastgelegd in de wet.⁶⁰ De scholingsplicht komt ook terug in de vereisten die gelden bij een ontslag wegens disfunctioneren, het aanbieden van voldoende zorg voor scholing.⁶¹ Zo zal een ontslagvoornemen wegens disfunctioneren niet gehonoreerd kunnen worden als het disfunctioneren te wijten is aan een gebrek aan scholing voor de functie.⁶² De scholingsplicht houdt in dat de werkgever de werknemer in staat stelt scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie.⁶³ Zo kan de werkgever door middel van certificaten en diploma's laten zien dat hij inspanningen heeft verricht tot de verbetering van het functioneren van de werknemer.⁶⁴ Het aanbieden van voldoende scholing kan een onderdeel van het verbetertraject. Door de wijzigingen in het ontslagrecht wordt er nu - meer dan voorheen - van de werkgever verwacht dat die serieus en actief probeert het functioneren van de werknemer te verbeteren.

Naast de wettelijke scholingsplicht moet de werkgever ervoor zorgen dat werknemers veilig en gezond kunnen werken.⁶⁵ Deze zorg valt onder de zorg voor de arbeidsomstandigheden. Als werkgever moet je aannemelijk maken dat je er 'alles' aan hebt gedaan om het functioneren van de werknemer op een acceptabel niveau te krijgen.⁶⁶

⁵⁸ Zie xperthraactueel.nl onder algemeen > investeren in begeleiding slecht functionerende werknemer loont.

⁵⁹ Eijsenga 2017/18, p. 46.

⁶⁰ Artikel 7:611a BW

⁶¹ Eijsenga 2017/18, p. 46.

⁶² *Kamerstukken II 2013/14 33 818*, nr. 7, p. 85-86.

⁶³ Artikel 7:611a BW

⁶⁴ 'Disfunctioneren werknemer' holla.nl, zoek op disfunctioneren werknemer.

⁶⁵ 'Arbowetgeving' arboportaal.nl, zoek op Arbowetgeving.

⁶⁶ *Kamerstukken II 2013/14 33 818*, nr. 3, p. 45. (MVT).

Het verbetertraject

Aan het begin van het verbetertraject wordt van de werkgever verwacht dat hij samen met de werknemer een persoonlijk verbeterplan opstelt, ook wel het plan van aanpak genoemd.⁶⁷ De wet geeft niet aan hoe een dergelijk verbeterplan eruit moet zien.⁶⁸ In de praktijk bevat het plan van aanpak in ieder geval de volgende vuistregels:

- Duur

De wet schrijft niet voor hoe lang een verbeterplan moet duren, maar de periode moet de werknemer wel voldoende tijd geven om zijn functioneren te verbeteren.⁶⁹ De duur daarvan hangt af van een aantal factoren zoals de aard van het disfunctioneren en de lengte van het dienstverband. Als het gaat om relatief eenvoudige werkzaamheden die de werknemer dient uit te voeren, is een traject van een aantal weken in enkele gevallen soms al voldoende.⁷⁰

- Overleg met de werknemer

Bij het opstellen van het verbeterplan moet er een redelijk overleg plaatsvinden tussen de werkgever en de werknemer. De werknemer moet tijdens het opstellen van het verbeterplan de gelegenheid krijgen aan te geven hoe hij naar het verbetertraject kijkt en/of hij behoefte heeft aan bepaalde ondersteuning of aanvullende opleidingen.⁷¹

- Concrete doelstellingen en voorbeelden

De werkgever dient in samenspraak met de werknemer concrete en haalbare doelstellingen op te nemen in het verbeterplan.⁷²

- Begeleiding en ondersteuning

Welke begeleiding en ondersteuning de werknemer krijgt tijdens het verbetertraject dient te worden opgenomen in het verbeterplan. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld extra coaching, een duo-partner, maar ook het volgen van een training of cursus.⁷³

⁶⁷ Kroniek Wet Werk en Zekerheid 2016-2017, *Bd* 2018/22, afl. 2, p. 2.

⁶⁸ Kroniek Wet Werk en Zekerheid, *Bd* 2018/22, afl. 2, p. 2.

⁶⁹ Zie jpr.nl onder actueel > artikelen > Hoe lang moet een verbetertraject duren?

⁷⁰ 'Wat houdt een verbetertraject precies in? En hoe lang moet dat duren?' ontslag.nl, zoek op verbetertraject.

⁷¹ Eijsenga 2017/18, p. 44.

⁷² Kroniek Wet Werk en Zekerheid, *Bd* 2018/22, afl. 2, p. 2.

⁷³ Zie xperthractueel.nl onder algemeen > investeren in begeleiding slecht functionerende werknemer loont.

- Gevolgen bij onvoldoende uitkomst van het verbeterplan

Het moet voor de werknemer duidelijk zijn dat als hij zijn functioneren niet verbetert, ontslag zal volgen. Werkgevers vergeten dit in de praktijk weleens te zeggen. De consequenties van het disfunctioneren moet uitgesproken en vastgelegd zijn.⁷⁴ Dit kan zowel in een brief of in een e-mail, als het maar aantoonbaar is benoemd door de werkgever aan de werknemer.⁷⁵

Evaluatie en tussenbeoordeling

Een verbetertraject wordt vooraf met de werknemer gecommuniceerd. Tijdens het verbetertraject wordt van de werkgever verwacht evaluatiegesprekken te voeren en eventueel een tussenbeoordeling te geven.⁷⁶ Wanneer de doelstellingen (nog) niet (volledig) zijn behaald dan zou tijdens de tussentijdse evaluaties en/of tussenbeoordeling al moeten worden vastgesteld dat de werknemer (nog) niet op de goede weg is. Tijdens de tussentijdse evaluatiegesprekken en/of tussenbeoordelingen kan de werknemer nog worden bijgestuurd en extra begeleiding of scholing worden aangeboden.⁷⁷

2.3.3 Herplaatsingsmogelijkheid

Als er een redelijke grond is voor ontbinding, moet vervolgens onderzocht worden of herplaatsing mogelijk is. Dit wordt de herplaatsingsplicht van de werkgever genoemd.⁷⁸ Deze verplichting houdt in dat ontbinding door de werkgever mogelijk is als de herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.⁷⁹ Met een passende functie wordt een functie die aansluit bij de ervaringen, capaciteiten en opleiding van de werknemer bedoeld.⁸⁰ Bij disfunctioneren kan dit eventueel ook een functie zijn op een lager niveau.⁸¹ De herplaatsingsplicht wordt gezien als een inspanningsverplichting van de werkgever. Dit houdt in dat van de werkgever mag worden verwacht dat hij de werknemer actief begeleidt, het initiatief neemt om een andere functie voor de werknemer te vinden en wellicht ook, voor zover dat mogelijk is, eventueel belemmeringen die zich voordoen bij een nieuwe functie, wegneemt.⁸² Bij het wegnemen van belemmeringen kun je denken aan het aanbieden van concrete

⁷⁴ Eijsenga 2017/18, p. 46.

⁷⁵ Eijsenga 2017/18, p. 43.

⁷⁶ Eijsenga 2017/18, p. 45.

⁷⁷ Eijsenga 2017/18, p.48.

⁷⁸ Artikel 7:669 lid 1 BW

⁷⁹ Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 62.

⁸⁰ Artikel 9 lid 3 Ontslagregeling

⁸¹ Van Genderen, Fluit, Stefels & de Wolff 2016, p. 220-221.

⁸² Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 62.

opleidingsmogelijkheden, maar ook door naar andere openstaande vacatures te kijken die meer aansluiten op het CV van de werknemer en door samen met de werknemer en de leidinggevende naar concrete oplossingen te zoeken.⁸³ Bij het bekijken van mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer binnen het bedrijf, kunnen ook functies in andere vestigingen worden bekeken.⁸⁴ Het gaat er bij de herplaatsingsplicht vooral om dat de werkgever een actieve houding aanneemt. Dit houdt in dat wanneer de disfunctionerende werknemer herplaatst kan worden de werkgever dit ook dient te realiseren, behalve als de herplaatsing niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede als er sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.⁸⁵ In paragraaf 2.2.2 kwamen er een tweetal vormen van disfunctioneren ter sprake; enerzijds het niet (meer) kunnen voldoen aan de gestelde functie-eisen en anderzijds gedragingen die maken dat een werknemer de verplichtingen die volgen uit de arbeidsovereenkomst niet naleeft door bijvoorbeeld karaktereigenschappen. Er is dan sprake van het niet willen functioneren. In dat laatste geval is sprake van verwijtbaar handelen of nalaten en komt de herplaatsingsplicht niet aan de orde.⁸⁶

Voor de kantonrechter is het van belang dat de werkgever zijn geleverde inspanningen op papier bijhoudt zodat hij, indien dat nodig is, kan aantonen aan de herplaatsingsplicht te hebben voldaan.⁸⁷ Ook hier zal gelden dat een werkgever aannemelijk moet maken dat er (binnen een redelijke termijn) geen mogelijkheden zijn tot herplaatsing in een andere passende functie, al dan niet met behulp van scholing.⁸⁸

De wet spreekt van herplaatsing binnen een redelijke termijn. Het uitgangspunt van de wet is dat een redelijke termijn gelijk is aan de opzegtermijn van de werknemer.⁸⁹ Dat houdt in dat de redelijke termijn doorgaans een tot vier maanden zal duren.⁹⁰ Voor de werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt geldt de voornoemde termijn niet en is de redelijke termijn niet meer dan een maand.⁹¹ De werkgever dient zich tijdens de herplaatsingstermijn actief in te spannen tot herplaatsing van de werknemer, zoals hiervoor is besproken.⁹²

⁸³ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 7, p. 4.

⁸⁴ Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 62.

⁸⁵ Artikel 7:669 lid 1 tweede volzin BW.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 7, p. 85-86.

⁸⁷ 'Werkgever; de herplaatsingsplicht is zelden een eenvoudige taak' wesseladvies.nl, 29 augustus 2017, wesseladvies.nl (zoek op herplaatsingsplicht).

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3. P. 45. (MVT).

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2013/14 33 818, nr. 3, p. 46. (MVT).

⁹⁰ Artikel 10 lid 1 Ontslagregeling.

⁹¹ Artikel 7:672 lid 3 BW.

⁹² 'Herplaatsingsverplichting onder de Wwz' awvn.nl, 21 augustus 2017, www.awvn.nl (zoek op herplaatsingsverplichting).

2.3.4 Dossieropbouw

Dossieropbouw is de schriftelijke onderbouwing van wat aan een eventueel toekomstig ontslag ten grondslag ligt. Kortom een deel van het personeelsdossier wordt een ontslagdossier.⁹³ In het personeelsdossier worden (bewijs-)stukken verzameld die het ontslag kunnen onderbouwen en waarmee de werkgever kan aantonen aan zijn verplichtingen te hebben voldaan.⁹⁴

De invoering van de Wwz heeft ervoor gezorgd dat ontslag wegens disfunctioneren een stuk lastiger is dan voor de invoering van de Wwz.⁹⁵ Onder het oude ontslagrecht werd een ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren door een rechter nog weleens gehonoreerd, ook al was het dossier matig. Een onvoldoende onderbouwd ontslagdossier kon toch tot ontbinding leiden doordat een kantonrechter de werknemer hiervoor compenseerde met een hogere ontslagvergoeding. In het nieuwe ontslagrecht is de voornoemde compensatie niet meer mogelijk en stelt de rechter strengere eisen aan de dossieropbouw bij een disfunctionerende werknemer.⁹⁶ Uit onderzoek blijkt dat er sinds de invoering van de Wwz minder arbeidsovereenkomsten worden ontbonden (*zie tabel 1*).⁹⁷

Alle uitspraken excl. pro forma	N	%	N	%
	2005-2009*		2016	
Toewijzingen	1.263	83%	109	55%
Afwijzingen	227	15%	75	38%
Overige	25	2%	15	7%
Totaal	1.515	100%	199	100%

Tabel 1 – Evaluatieonderzoek VAAN-VvA 2016

Kortom, de werkgever moet bij het disfunctioneren van de werknemer het dossier op orde hebben.

Inhoud dossier

Er zijn geen wettelijke vereisten die aangeven welke stukken moeten worden opgenomen in het personeelsdossier.⁹⁸ Uit de praktijk blijkt dat het opnemen van bijvoorbeeld een schriftelijke functieomschrijving met het daarbij behorende takenpakket, promotiebrieven/salarisverhogingen

⁹³ 'Dossieropbouw bij disfunctioneren, functioneert niet (altijd)', JutD-13 2012, p. 13-15.

⁹⁴ Zie personeelsman.nl onder personeelsbeheer > dossieropbouw.

⁹⁵ Evaluatierapport VAAN-VvA 2016, p. 20.

⁹⁶ J.H. Even en E.M. Poutsma, *Arbeid & Onderneming* 2016, afl. 2, p. 60-72.

⁹⁷ Evaluatierapport VAAN-VvA 2016, p. 17.

⁹⁸ Zie xperthrace.nl onder strategisch personeelsbeleid > checklist personeelsdossier.

en de arbeidsovereenkomst in de toekomst van groot belang kunnen zijn om het disfunctioneren van de werknemer te kunnen aantonen.⁹⁹

Het verzamelen van feiten

De kantonrechter die het disfunctioneren beoordeelt, kijkt niet alleen naar wat de bedoelingen van beide partijen bij de ontstane situatie waren, maar laat vooral zwaar wegen wat er feitelijk allemaal is gebeurd, de zogenoemde 'feitelijke situatie'.¹⁰⁰ De feitelijke situatie is dat wat in werkelijkheid is gebeurd en gezegd tussen werknemer en werkgever en niet wat beide partijen wilden, bedoelden of dachten dat er speelde. Een voorbeeld daarvan is dat er in het dossier kwalificaties staan als 'ongeïnteresseerd' of 'klantonvriendelijk', maar er geen feiten en onderbouwing aan deze kritiek ten grondslag ligt. De werkgever stelt in zo'n geval weliswaar dat er sprake is van disfunctioneren, maar dat blijkt niet uit de feiten. Een rechter zal in deze gevallen niet snel overtuigd zijn dat disfunctioneren een redelijke grond is om te komen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

2.4 Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de wetgever, sinds de invoering van de Wwz, gebonden is aan de ontslagroute die de wet voorschrijft. Bij ontslag wegens disfunctioneren moet de werkgever een ontslagverzoek indienen bij de kantonrechter. Er is sprake van disfunctioneren wanneer de werknemer enige tijd niet functioneert conform de functie-eisen behorend bij zijn functie. Disfunctioneren kent twee vormen, enerzijds 'niet willen' (vaak verwijtbaar handelen of nalaten) en anderzijds 'niet kunnen' (vaak disfunctioneren).

De werkgever is bij ontslag wegens disfunctioneren gebonden aan de volgende verplichtingen: het tijdig in kennis stellen van de werknemer betreffende zijn disfunctioneren, de gelegenheid geven om het functioneren te verbeteren en de verplichting van de werkgever om voldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden te hebben, alsmede het aanbieden van scholing en de herplaatsingsplicht. Dit is het aanbieden van een andere functie aan een disfunctionerende werknemer of in ieder geval het onderzoeken of er aan de werknemer een andere passende functie kan worden aangeboden die beter bij hem past. Tot slot de opbouw van het dossier. Dit is de schriftelijke onderbouwing van het onvoldoende functioneren dat noodzakelijk is om bij de kantonrechter aannemelijk te maken dat het verzoek gegrond is en de ontbinding kan worden toegewezen.

⁹⁹ Zie personeelsman.nl onder personeelsbeheer > dossieropbouw.

¹⁰⁰ Eijsenga 2017/18, p. 45.

De werkgever hoort aan alle verplichtingen te hebben voldaan bij ontslag wegens disfunctioneren om kans te maken bij de kantonrechter.

3. Resultaten

In het voorgaande hoofdstuk is uitgebreid ingegaan op de wettelijke grondslag, de ontslagroutes, de definitie van disfunctioneren en de verplichtingen van de werkgever. Daarmee is antwoord gegeven op de eerste vier deelvragen en is het theoretische gedeelte afgerond. In dit hoofdstuk wordt de praktijkgerichte deelvraag beantwoord. Om deze vraag te beantwoorden is er een jurisprudentie onderzoek gedaan. Alle uitspraken zijn genummerd (uitspraak 1 t/m 22) en zullen in dit onderzoek bij nummer worden benoemd.

3.1 Verantwoording jurisprudentie

Voor het selecteren van relevante jurisprudentie heb ik gebruik gemaakt van www.rechtspraak.nl en Kluwer Navigator. Door te zoeken op de term 'disfunctioneren' en vervolgens de zoekresultaten te filteren op arbeidsrecht en/of dossiervorming. Voorts zijn de zoekresultaten gefilterd op datum na 1 juli 2015 tot heden. Totaal zijn daar 22 bruikbare uitspraken uitgekomen. Dit zijn uitspraken die zijn gedaan na de invoering van de wijzigingen in het ontslagrecht door de Wwz. In al deze uitspraken komt het disfunctioneren en de verplichtingen van de werkgever ter sprake. Deze 22 uitspraken zullen daarom de basis vormen voor het jurisprudentie-onderzoek. In bijlage 1 treft u een samenvatting aan van de topics in de geanalyseerde jurisprudentie en in bijlage 2 de analyse per topic.

3.2 De analyse per topic

Aan de hand van de vereisten uit artikel 7:669 lid 1 en lid 3 sub d BW is de aantal verplichtingen van de werkgever, zoals behandeld in paragraaf 2.3, verder uitgesplitst in vijf topics. Deze vijf topics zijn gebruikt voor het jurisprudentieonderzoek. Aan de hand van deze topics kan worden beoordeeld wanneer de kantonrechter de dossiervorming van de werkgever voldoende acht om tot ontbinding over te gaan. De topics worden hieronder besproken.

3.2.1 Ongeschiktheid van de werknemer

Met dit topic wordt gekeken of er sprake is van disfunctioneren. De kantonrechter moet bij zijn beoordeling eerst tot de conclusie komen dat er sprake is van disfunctioneren. Wanneer er geen sprake is van disfunctioneren, komt de rest van de verplichtingen die de redelijke grond met zich mee brengt niet meer aan de orde. Hieronder worden de meest opvallende punten besproken die naar voren kwamen bij de beoordeling of er sprake is van disfunctioneren.

Disfunctioneren niet betwist door de werknemer

Opvallend is dat wanneer de werknemer te horen krijgt dat hij disfunctioneert maar dit niet betwist of het wel betwist maar niet onderbouwt, de kantonrechter er in bepaalde gevallen vanuit gaat dat vaststaat dat de werknemer onvoldoende functioneert en de arbeidsovereenkomst ontbindt. Dit zie je terugkomen in de uitspraken **1, 2, 4, en 8**. Een goed voorbeeld hiervan is ook terug te lezen in de beoordeling van de kantonrechter in uitspraak **2**: *“Weliswaar heeft [verweerder] enkele door [verzoekster] aangevoerde onderdelen betwist, maar heeft nagelaten om aan te tonen dat de algemene klacht niet terecht zou zijn (...). De kantonrechter gaat er dan ook vanuit dat [verweerder] op dit vlak onvoldoende functioneert.”*¹⁰¹

Niet in alle gevallen, wanneer de werknemer zijn disfunctioneren betwist of niet onderbouwt, neemt de kantonrechter het disfunctioneren als vaststaand feit aan. In de uitspraken **9, 14 en 20** wordt het disfunctioneren niet betwist en onderbouwd door de werknemer, maar betreft de rechter andere elementen in zijn oordeel:

- de werknemer heeft door al eerder aan te geven niet tevreden te zijn over zijn functie en zich onprettig te voelen op zijn werkplek, het disfunctioneren betwist. De kantonrechter oordeelt dat, nu de werknemer dit heeft aangegeven de werkgever daaraan iets behoorde te doen en de slechte werkhouding van de werknemer niet valt onder disfunctioneren.¹⁰²
- de werknemer is niet ingegaan op alle punten waarop hij zou disfunctioneren, maar wel op een aantal daarvan.
- de werknemer heeft zijn disfunctioneren niet overtuigend betwist, maar ook had de werknemer voldoende concreet op zijn functioneren moeten worden aangesproken en dat is niet gebeurd. Doordat de werknemer niet concreet weet waarop zijn disfunctioneren betrekking had, kon hij dit ook niet betwisten.¹⁰³

Een ander belangrijk element om te kunnen vaststellen of er sprake is van disfunctioneren, is de onderbouwing van het disfunctioneren door de werkgever. Dat element wordt hieronder nader toegelicht.

Onderbouwing disfunctioneren door werkgever

Voortvloeiend uit het niet door de werknemer betwiste disfunctioneren, komt het voldoende onderbouwen waaruit het disfunctioneren bestaat aan de orde. Voor de werkgever is het van belang

¹⁰¹ Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610, r.o. 4.5.

¹⁰² Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577, r.o. 5.4.

¹⁰³ Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980, r.o. 4.6

dat aan de werknemer voldoende inzichtelijk wordt gemaakt waaruit het disfunctioneren van de werknemer bestaat. In de uitspraken **1, 2, 3, 4, 5** en **8** oordeelt de kantonrechter dat de werknemer is aangesproken op zijn disfunctioneren en voldoende duidelijk en concreet kenbaar is gemaakt waaruit zijn disfunctioneren bestaat. De kantonrechter komt tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden.

In de uitspraken **9, 10, 11, 13, 14** en **20** is het disfunctioneren van de werknemer niet voldoende onderbouwd en wordt de arbeidsovereenkomst niet ontbonden. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden om de volgende redenen:

- aangezien niet duidelijk en concreet is aangegeven in welk opzicht het functioneren van de werknemer volgens de werkgever tekort schoot;
- doordat de kantonrechter, naast het verslag van de leidinggevende dat de werknemer disfunctioneert, verdere documentatie waaruit kan worden afgeleid wat het disfunctioneren van de werknemer inhoudt, mist;
- aangezien de werknemer vraagt naar verduidelijking van zijn verbeterpunten, maar de werkgever gaat hier verder niet op in;
- vaststaat dat de werknemer een jaarlijks salarisverhoging en bonussen heeft ontvangen, waaruit de kantonrechter af leidt dat de werkgever tevreden was over zijn functioneren.

Uitspraak **9** geeft een goed voorbeeld van bovengenoemde punten: *“Bovendien is niet gebleken dat [verweerder] met de hem verweten tekortkomingen is geconfronteerd, op zodanige wijze dat hem redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat bij gebreken van gewenste verbetering ontslag dreigde en op een zodanig tijdstip dat hij nog een reële kans had om de gewenste verbetering zijn functioneren tot stand te brengen.”*¹⁰⁴

Opvallend in de uitspraken: **1, 5, 12, 16** en **20** is dat de werknemer erkent dat hij fouten heeft gemaakt of het eens is met de kritiekpunten die de werkgever naar voren heeft gebracht. De kantonrechter is van mening dat in zo’n geval vaststaat dat de werknemer bekend is met zijn disfunctioneren en weet wat zijn disfunctioneren inhoudt.

Een ander opvallend punt is dat wanneer de werkgever de werknemer tijdens zijn vermeende disfunctioneren wel meer verantwoordelijkheden geeft en complexere zaken en dergelijke

¹⁰⁴ Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577, r.o. 5.4.

toevertrouwt, de kantonrechter dat ziet als aanwijzingen dat de werkgever tevreden is over de kwaliteit van de inhoudelijke werkzaamheden van de werknemer (uitspraak **12**).¹⁰⁵

Tot slot is opgevallen dat sprake kan zijn van contra-indicaties waardoor het disfunctioneren van werknemers minder snel aannemelijk wordt gemaakt. Daarbij kan gedacht worden aan het toekennen van salarisverhogingen of bonusuitkeringen, hetgeen impliceert dat een werknemer naar behoren functioneert.¹⁰⁶ Ook het verlengen van de arbeidsovereenkomst of het toekennen van meer verantwoordelijkheden aan de werknemer kan van negatieve invloed zijn op de onderbouwing van het disfunctioneren door de werkgever. Ook oordeelt de rechter dat er bij het disfunctioneren een patroon aanwezig moet zijn dat rechtvaardigt dat de werknemer onvoldoende zou functioneren (uitspraak **10**).¹⁰⁷

Het functieprofiel als maatstaf

In hoofdstuk 2 paragraaf 2.2.3 kwam het functieprofiel ter sprake. Het functieprofiel wordt in veel gevallen opgenomen in het personeelsdossier. Het kan dienen als maatstaf om de werknemer te beoordelen op zijn functioneren.

In de uitspraken **1**, **4**, **5** en **15** is het functieprofiel van de werknemer aanwezig en is de werknemer bekend met de inhoud van zijn functie en welke competenties, verantwoordelijkheden etc. daarbij horen. De kantonrechter kan door middel van het functieprofiel het disfunctioneren toetsen aan de gestelde functie-eisen. De rechter toetst mede of de werkgever geen onredelijke eisen stelt aan de functie van de werknemer. In voornoemde uitspraken ontbindt de rechter de arbeidsovereenkomst. In de uitspraken **11**, **12**, **13**, **14**, **17** en **18** is het functieprofiel weliswaar ook beschikbaar, maar ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet. Uit de analyse van voornoemde uitspraken is gebleken dat de kantonrechter de volgende punten belangrijk acht bij zijn beoordeling ten aanzien van het functieprofiel:

- voorbeelden van competenties van het profiel van de werknemer zijn niet duidelijk kenbaar gemaakt aan de werknemer;
- er is niet duidelijk gemaakt hoe het disfunctioneren zich verhoudt tot het functieprofiel van de werknemer;

¹⁰⁵ Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566, r.o. 4.3

¹⁰⁶ Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275, r.o. 5.8.

¹⁰⁷ Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275, r.o. 5.3.

- de werkgever heeft zich niet gericht op resultaatsgebieden van de gestelde functie eisen, maar uitsluitend op gedragsnormen van de werknemer;¹⁰⁸
- er is niet voldoende duidelijk gemaakt door de werkgever of de gestelde doelen wel samenvallen met de functie-eisen;
- het moet de werknemer bekend zijn wat zijn functie inhoudt. Ook wanneer de formeel aan de functie gestelde eisen van de werknemer niet wijzigen, maar de invulling daarvan wel;¹⁰⁹
- de beoordeling van de werknemer niet afhangt van een (subjectieve) mening van één beoordelaar in één werkomgeving, maar van meerdere beoordelaars of leidinggevendenden op verschillende werklocaties.¹¹⁰

Een goed voorbeeld van de hierboven genoemde punten komt in uitspraak **13** goed naar voren: *“Het profiel van basiswerknemers is niet duidelijk gemaakt (...). Niet is toegelicht hoe het gestelde disfunctioneren zich verhoudt tot dit functieprofiel. Evenmin is gebleken dat de competenties zoals verwoord in het functieprofiel als uitgangspunt is genomen of zijn gebruikt bij het functioneringstraject.”*¹¹¹

Het kan zijn dat de capaciteiten van de werknemer in de loop der tijd niet (meer) aan sluiten op het functieprofiel en de daarbij behorende competenties. Het kan zijn dat de functie in de loop van de tijd inhoudelijk veranderd, door bijvoorbeeld veranderingen binnen het bedrijf. De kantonrechter stelt dat in zo’n geval niet vastgesteld kan worden dat de werknemer minder is gaan functioneren, maar dat de functie van de werknemer zwaarder is geworden dan voorheen het geval was (uitspraak **11**).

Tot slot is het van belang dat de werknemer in een nieuwe functie goed wordt ingewerkt. Wanneer de werknemer niet goed wordt ingewerkt, kan de werkgever hiervoor verantwoordelijk worden gehouden.¹¹²

Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat de kantonrechter het functieprofiel veelal betreft in zijn beoordeling om te staven of een werknemer (nog) voldoet aan de eisen die aan de functie worden gesteld.

¹⁰⁸ Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121, r.o. 4.6.

¹⁰⁹ Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602, r.o. 13.

¹¹⁰ Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602, r.o. 13.

¹¹¹ Rechtbank Noord-Holland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967, r.o. 5.13.

¹¹² Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602, r.o. 14

3.2.2 Tijdig in kennis stellen werknemer

De verplichting van de werkgever van het tijdig in kennis stellen van de werknemer over zijn disfunctioneren hangt nauw samen met de verplichting tot het geven van gelegenheid tot verbetering. Er is een aantal punten die volgens de kantonrechter belangrijk zijn bij dit topic, deze punten worden hieronder nader toegelicht.

Functionerings- en beoordelingsgesprekken

Het tijdig in kennis stellen wordt in de meeste situaties gedaan door middel van functionerings- en/of beoordelingsgesprekken. In deze gesprekken moet de werknemer op de hoogte worden gebracht van zijn disfunctioneren, mocht daar sprake van zijn. In de uitspraken **1, 2, 3, 5** en **21** wordt de werknemer door middel van functionerings- of beoordelingsgesprekken (of overige schriftelijke documentatie van gesprekken met de werknemer) op de hoogte gebracht van zijn disfunctioneren. De kantonrechter kan door middel van deze gesprekken beoordelen of de werknemer tijdig in kennis is gesteld over zijn disfunctioneren. De kantonrechter ontbindt in deze uitspraken dan ook de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter stelt in uitspraak **2** het volgende: *“Uit gespreksverslagen, blijkt voorts dat [verzoekster] [verweerder] tijdig in kennis heeft gesteld van zijn disfunctioneren en hem in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren.”*¹¹³

In de uitspraken **9, 10, 13, 18** en **20** hebben er ook functionerings- of beoordelingsgesprekken (of overige gesprekken) plaatsgevonden, maar zijn deze niet op de juiste manier ingevuld. De belangrijkste aandachtspunten die in de geanalyseerde uitspraken naar voren komen zijn de volgende:

- de werknemer is niet met de hem verweten tekortkoming geconfronteerd, op een zodanig tijdstip dat hij nog een reële kans had om de gewenste verbetering in zijn functioneren tot stand te brengen;¹¹⁴
- tijdens functionerings- en beoordelingsgesprekken is er geen kritiek gegeven op het functioneren van de werknemer;
- de werkgever moet met concrete voorbeelden komen om het disfunctioneren te onderbouwen.

Vastgesteld kan worden is dat in de meeste gevallen het disfunctioneren tijdens een functionerings- of een beoordelingsgesprek kenbaar wordt gemaakt aan de werknemer, om het tijdig in kennis stellen van de werknemer aan te kunnen tonen. Het voeren van functionerings- en

¹¹³ Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610, r.o. 4.8.

¹¹⁴ Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577, r.o. 5.4.

beoordelingsgesprekken biedt de werkgever de gelegenheid om het disfunctioneren ter sprake te brengen. Om aan te tonen dat deze gesprekken daadwerkelijk hebben plaatsgevonden, dienen deze schriftelijk te worden vastgelegd.

Schriftelijke vastlegging

In de hierboven benoemde functionerings- en beoordelingsgesprekken (of overige gespreksverslagen) waarin het disfunctioneren van de werknemer wordt benoemd, wordt door verslaglegging aangetoond dat deze gesprekken ook daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Mede door schriftelijke vastlegging van de gevoerde gesprekken kan de kantonrechter beoordelen of de werknemer tijdig in kennis is gesteld betreffende zijn disfunctioneren. Een voorbeeld hiervan komt naar voren in uitspraak 5: *“Vooropgesteld kan worden dat wat betreft het houden van functioneringsgesprekken en met name de schriftelijke vastlegging daarvan, te meer nu zij heeft gesteld dat er van meet af aan al sprake was van verminderd functioneren door [verweerder], meer aandacht had behoren te besteden” (...). De kantonrechter stelt vast dat er voldoende schriftelijk is vastgelegd, maar er onvoldoende begeleiding is geweest vanuit de werkgever.*¹¹⁵

De schriftelijk vastlegging dient ook als bewijs om aan te tonen dat de werkgever de werknemer in kennis heeft gesteld van zijn disfunctioneren en op welke wijze dit is gedaan. Ook in de uitspraken: **1, 2, 3** en **6** constateert de rechter aan de hand van gespreksverslagen dat de werknemer tijdig in kennis is gesteld van het onvoldoende functioneren.

In de uitspraken **10, 13, 16** en **18** kan de kantonrechter het tijdig in kennis stellen van de werknemer moeilijk beoordelen door afwezigheid van de gespreksverslagen of de gespreksverslagen kunnen niet als zodanig voldoende worden aangemerkt door de kantonrechter. Een voorbeeld daarvan is dat gespreksverslagen bijvoorbeeld wel enkele aandachtspunten bevatten, maar geen blijk geven van disfunctioneren.¹¹⁶ De arbeidsovereenkomst wordt in deze uitspraken dan ook niet ontbonden.

3.2.3 Gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden

Het topic gelegenheid tot verbetering hangt nauw samen met de verplichting van de werkgever om voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden aan te bieden. Deze twee verplichtingen komen dan ook allebei in deze paragraaf aan de orde. Voor de kantonrechter moet het aantoonbaar zijn dat de werknemer voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn disfunctioneren te verbeteren.

¹¹⁵ Rechtbank Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135, r.o. 5.3.

¹¹⁶ Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275, r.o. 5.4.

In de uitspraken **3, 5, 6, 8 en 21** komt de kantonrechter tot het oordeel dat de werkgever wel in voldoende mate gelegenheid heeft geboden tot verbetering. De kantonrechter bekijkt of er gedurende de periode van het disfunctioneren van de werknemer (wekelijkse) gesprekken gevoerd zijn met de werknemer en bekijkt het verloop van het verbetertraject.

In de uitspraken **14, 19 en 20** concludeert de kantonrechter dat de werknemer niet voldoende in de gelegenheid is gesteld om zijn functioneren te verbeteren. In voornoemde uitspraken is een aantal belangrijke punten naar voren gekomen, deze punten zullen hieronder nader worden toegelicht.

- De kantonrechter oordeelt dat onvoldoende is gebleken dat de werknemer door de werkgever op een deugdelijke wijze in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren;¹¹⁷
- Er is geen duidelijk verbetertraject gevolgd;
- Er hebben geen evaluatiegesprekken plaatsgevonden met de werknemer;
- Bij een lang dienstverband geldt een zwaardere inspanningsverplichting voor de werkgever.¹¹⁸

De rechter komt in voornoemde uitspraken tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst niet wordt ontbonden.

In bovengenoemde punten kwamen de evaluatiegesprekken ter sprake. De evaluatiegesprekken zijn een belangrijk onderdeel van het geven van gelegenheid tot verbetering aan de werknemer. Hieronder zal verder worden ingegaan op dit onderdeel.

Evaluatiegesprekken

Om de werknemer in de gelegenheid te stellen om zijn functioneren te verbeteren kijkt de kantonrechter in zijn beoordeling onder andere naar coachingsgesprekken en/of evaluatiegesprekken die ten tijde van het disfunctioneren met de werknemer zijn gevoerd. Door het voeren van voornoemde gesprekken weet de werknemer op welke punten hij al is verbeterd of zichzelf nog moet verbeteren. Door deze gesprekken creëert de werkgever gelegenheid tot verbetering aan de werknemer. Het verschil tussen evaluatiegesprekken en functionerings- en/of beoordelingsgesprekken is dat de evaluatiegesprekken wekelijks of maandelijks kunnen plaatsvinden en functionerings- en/of beoordelingsgesprekken die één tot twee keer per jaar plaatsvinden en een formeel karakter hebben.

¹¹⁷ Rechtbank Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420, r.o. 5.13.

¹¹⁸ Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980, r.o. 4.7.

Uitspraak **19** brengt een aantal belangrijke punten naar voren ten aanzien van het voeren van evaluatiegesprekken. De kantonrechter stelt het volgende: *“De achttien gesprekken die [werkgever] benoemt als coachingsgesprekken, maar waarvan verder niets is vastgelegd en waardoor dus ook niet blijkt dat er regelmatig een voorgangsgesprek is gevoerd met de werknemer.”*¹¹⁹ In deze uitspraak wordt de arbeidsovereenkomst niet ontbonden door de kantonrechter. Eén van de punten die hierin naar voren komt is de hoeveelheid gevoerde coachingsgesprekken. In een korte periode hebben achttien coachingsgesprekken plaatsgevonden. Hieruit komt naar voren dat het belangrijk is om regelmatig met de werknemer te spreken over zijn disfunctioneren en dat dit wordt gewaardeerd door de kantonrechter. Het tweede punt is dat de hoeveelheid coachingsgesprekken geen invloed hebben op het oordeel van de rechter, wanneer deze gesprekken niet schriftelijk worden vastgelegd. Ook hier zie je dat de schriftelijke vastlegging een cruciaal element is binnen de beoordeling van disfunctioneren. In de uitspraken **1, 3, 5, 8** en **15** komen deze twee punten ook aan de orde. In deze uitspraken oordeelt de rechter dat er voldoende overleg is geweest met de werknemer tijdens zijn disfunctioneren en ontbindt de arbeidsovereenkomst. In de uitspraken **11, 13** en **17** zijn regelmatig evaluatiegesprekken gevoerd met de werknemer. Echter wordt de arbeidsovereenkomst in deze uitspraken niet ontbonden, vanwege het vastlopen op andere verplichtingen. Wel acht de kantonrechter de evaluatiegesprekken voldoende.

In uitspraak **14** heeft geen evaluatie van het verbetertraject plaatsgevonden op het functioneren van de werknemer. Dit is één van de elementen waarom de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet heeft ontbonden.

In uitspraak **17** benadrukt de kantonrechter het belang van de schriftelijke vastlegging, ook wel dossieropbouw genoemd. De kantonrechter stelt dat met de invoering van het nieuwe ontslagrecht onder de Wvz van de werkgever eens te meer wordt verlangd dat hij bij vermeend onvoldoende functioneren van een werknemer zorgt voor een volledig dossier. Uit deze zaak blijkt dat het enkel veelvuldig vastleggen van de indruk van de leidinggevende over (het vermeende uitblijven van) de voortgang van de werknemer in het verbetertraject op zichzelf geen garantie vormt voor de toewijzing van het ontbindingsverzoek.¹²⁰

¹¹⁹ Rechtbank Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044, r.o. 3.4.

¹²⁰ Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602, r.o. 16.

Voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden

Het verbetertraject

In de uitspraken **1, 5, 4, 6, 8, 21** en **22** oordeelt de kantonrechter dat het verbetertraject als voldoende mag worden beschouwd, de kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst.

De volgende punten zijn volgens de kantonrechter van belang bij een geslaagd verbetertraject:

- er zijn voldoende duidelijke afspraken gemaakt met de werknemer in het plan van aanpak;
- tijdens het verbetertraject is de werknemer zorgvuldig begeleid;
- de functie is aangepast naar een meer passende functie, nadat er geen verbetering was tijdens het verbetertraject;
- er was gedurende het verbetertraject ruimte om vragen te stellen voor de werknemer;
- er hebben (wekelijks) gesprekken tussen de vestigingsdirecteur en de werknemer plaatsgevonden, tijdens deze gesprekken werd het functioneren en de wijze waarop de werknemer de functie uit diende te oefenen besproken;
- de termijn van het verbetertraject is voldoende;
- de werknemer is een scholingstraject aangeboden.

In de uitspraken, **9, 10, 11, 14, 16, 18** en **19** wordt het verbetertraject als niet volledig beschouwd, doordat in het verbetertraject belangrijke elementen worden gemist, zoals:

- er zijn geen duidelijke wederzijdse afspraken gemaakt met de werknemer in het plan van aanpak, de werknemer weet niet precies wat van hem wordt verwacht. Ook voor de kantonrechter is niet duidelijk geworden waar het disfunctioneren uit bestond;
- het plan van aanpak is wel opgesteld, maar onvoldoende is gebleken wat het doel is van het plan en ook wat ermee is gedaan is niet duidelijk;
- er is geen begeleiding aangeboden aan de werknemer om zijn disfunctioneren te verbeteren;
- er zijn geen toetsmomenten geweest, waardoor niet gekeken kan worden of er sprake was van verbetering;
- er wordt geen duidelijkheid gegeven over wat er met de “evaluatie” gesprekken is gedaan tijdens het verbetertraject;
- de trajecten die lopen hebben een ander doel en zijn niet gericht op het verbeteren van het functioneren.

Op bovengenoemde punten wordt in uitspraak **3** een uitzondering gemaakt door de kantonrechter. De kantonrechter oordeelt dat het verbetertraject als onvoldoende beschouwd moet worden. Toch wordt de arbeidsovereenkomst wel ontbonden. De kantonrechter oordeelt dat de werknemer door zijn houding zelf geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om zich te verbeteren.

Een ander opvallend uitgangspunt is dat, naarmate de werknemer een langer dienstverband heeft, zwaardere eisen mogen worden gesteld aan de inspanningen van de werkgever om verbetering in het functioneren van de werknemer teweeg te brengen om op deze wijze ontslag te voorkomen (uitspraak **20**).¹²¹

Uit bovenstaande kan worden afgeleid welke punten er belangrijk zijn tijdens een verbetertraject om de kans op ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vergroten. Op een aantal punten uit het verbetertraject zoals, de duur van het verbetertraject, het plan van aanpak, begeleiding en coaching en het aanbieden van scholing zal hieronder nog nader worden ingegaan.

Duur verbetertraject

In bovengenoemde punten werd vastgesteld dat de termijn van het verbetertraject “voldoende” is. Welke termijn de kantonrechter bedoelt met “voldoende” wordt in de jurisprudentie niet genoemd. De duur van een verbetertraject hangt af van de individuele omstandigheden van de werknemer. De kantonrechter spreekt wel uit dat een verbetertraject gemiddeld zes maanden duurt (uitspraak **15** en **16**).¹²² De kantonrechter acht de termijn voor het verbetertraject “voldoende” wanneer de functie al op zodanige wijze is vereenvoudigd voor de werknemer, dat een verbetertraject van drie maanden als voldoende kan worden beschouwd (uitspraak **4**).¹²³ Wanneer de werkgever alle mogelijke opties heeft aangeboden aan de werknemer om zijn disfunctioneren te verbeteren, begeleiding, scholing, en coaching, acht de kantonrechter een verbetertermijn van vier jaar weer meer dan voldoende (uitspraak **6**).¹²⁴ Ook de termijn van negen maanden kan, wanneer de werknemer voldoende begeleiding tijdens het verbetertraject krijgt, voldoende zijn (uitspraak **21**).¹²⁵ Echter geeft de kantonrechter bij een werknemer, die achtentwintig jaar in dienst is, aan dat bij verandering van de bedrijfscultuur een verbetertraject voor de duur van twee maanden, als

¹²¹ Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980, r.o. 4.6.

¹²² Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142, r.o. 5.7 en Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411, r.o. 5.7.

¹²³ Rechtbank Noord-Holland 9 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8263, r.o. 5.5.

¹²⁴ Rechtbank Rotterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253, r.o. 4.7.

¹²⁵ ECLI:NL:RBROT:2017:6150

onvoldoende moet worden beschouwd (uitspraak **19**).¹²⁶ Vastgesteld kan worden dat bij de duur van het verbetertraject rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van de werknemer, waardoor in de rechtspraak geen duidelijke lijn kan worden ontdekt.

Plan van aanpak

Het plan van aanpak wordt gezien als een belangrijk onderdeel van het verbetertraject. In het plan van aanpak worden er afspraken gemaakt met de werknemer waarin verbeterpunten worden opgenomen ten aanzien van het functioneren. In de uitspraken **3** en **6** mist er een deugdelijk plan van aanpak maar ontbindt de kantonrechter wel de arbeidsovereenkomst. Dit komt voor wanneer de werkgever wel aan andere verplichtingen heeft voldaan binnen het verbetertraject. Door het aanbieden van begeleiding en scholing bijvoorbeeld.

In de uitspraken **10**, **14**, **18**, **19** en **20** is er van een deugdelijk plan van aanpak geen sprake en laat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst in stand. Uit de jurisprudentie analyse is gebleken dat:

- dat de werkgever in het plan van aanpak concrete voorbeelden op een inzichtelijke wijze moet toelichten, zodat duidelijk is waar het bij het functioneren van de werknemer precies aan schort;
- dat de werkgever aan de werknemer aangeeft wat hij verwacht van de werknemer in zijn functie en op welke wijze hij de functie dient uit te voeren;
- met welke middelen de werkgever het disfunctioneren van de werknemer wil verbeteren (bijv. scholing en begeleiding).

In uitspraak **10** geeft de kantonrechter een goed voorbeeld van bovengenoemde punten: *“Het opgestelde verbeterplan moet vooral opgevat worden als een allesomvattend voorschrift van de werkgever over de wijze waarop de werknemer zijn werkzaamheden dient uit te voeren. Daar waar die gewenste werkwijze een afwijking is van de eerdere wijze waarop de werknemer gewoonlijk gewend was zijn werkzaamheden te doen, is het aan de werkgever om daarover eerst met de werknemer in gesprek te gaan en daarover duidelijke en wederzijds kenbare afspraken te maken.”*¹²⁷

Begeleiding en coaching

De werkgever is verplicht om voldoende begeleiding en coaching aan te bieden aan de werknemer tijdens zijn verbetertraject. De werknemer mag niet aan zijn lot worden overgelaten. Er wordt van de werkgever een inspanning verwacht om de werknemer weer naar behoren te laten functioneren.

¹²⁶ Rechtbank Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044, r.o. 3.4.

¹²⁷ Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275, r.o. 5.9.

In de uitspraken **1, 3, 5** en **21** heeft de kantonrechter geoordeeld dat de werkgever de werknemer voldoende begeleiding en coaching heeft aangeboden. Dit blijkt uit de volgende punten:

- voldoende contact met de werknemer tijdens zijn begeleiding en coaching;
- duidelijke afspraken meegegeven aan de werknemer, waaraan hij diende te voldoen;
- de werknemer wordt voorzien van feedback;
- de werknemer krijgt intensieve begeleiding tijdens zijn werkzaamheden.

Er is geen concrete begeleiding en coaching aangeboden in de uitspraken: **9, 10, 13, 16, 17, 18, 19** en **20**. In voornoemde zaken werd bijvoorbeeld wel een map met werkinstructies en processen uitgereikt aan de werknemer maar verdere begeleiding daarbij ontbrak. In uitspraak **20** oordeelt de kantonrechter als volgt: *“Daarbij valt op dat [verweerder] veel initiatief heeft moeten nemen en verbeteringen moest laten zien, maar dat het aandeel vanuit de werkgever op het punt van het bieden van concrete ondersteuning en begeleiding bij verbeterpunten (zoals dat uit de gedingstukken blijkt en behoudens het regelmatig voeren van gesprekken en het geven van feedback op de werkvloer) bepaald mager is te noemen.”*¹²⁸

Vastgesteld kan worden dat het aanreiken van alleen documentatie onvoldoende is onder het mom van begeleiding en coaching.

Aanbieden scholing

Om het disfunctioneren te verbeteren is de werkgever verplicht om bijpassende scholing aan de werknemer aan te bieden, wanneer dit het functioneren van de werknemer kan bevorderen. In de uitspraken **1, 2, 3** en **6** oordeelt de kantonrechter dat er voldoende scholing is aangeboden aan de werknemer. Bij het aanbieden van scholing kan het aanbieden van opleidingsuren aan de werknemer al voldoende zijn. De werknemer dient de opleidingsuren zelf in te vullen en kan kiezen welke scholing hij wil volgen, dat de werkgever bij de invulling van de uren de verantwoordelijkheid bij de werknemer legt, leidt niet tot onvoldoende scholing (uitspraak **2**).¹²⁹ Wel moet de werkgever daarbij concrete tips, aanwijzingen en voorbeelden geven aan de werknemer. De werknemer mag niet aan zijn lot worden overgelaten. Er wordt wel een bepaalde inspanning vereist van de werkgever (uitspraak **1** en **13**).¹³⁰ Voorts kijkt de kantonrechter niet alleen of er scholing is aangeboden maar ook welke scholing. Het is belangrijk dat dat disfunctionerende werknemer

¹²⁸ Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:4980, r.o. 4.6.

¹²⁹ Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610, r.o. 4.9.

¹³⁰ Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296, r.o. 4.8 en Rechtbank Noord-Holland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967, r.o. 5.7.

scholing wordt aangeboden dat betrekking heeft op zijn disfunctioneren en daar ook specifiek op is gericht. Uitspraak **16** geeft hiervan een goed voorbeeld: *“Ter zitting is gebleken dat dit cursusprogramma is bedoeld voor alle werknemers en niet specifiek voor een disfunctionerende werknemer.”*¹³¹ Wel stelt de kantonrechter dat alleen het aanbieden van scholing nog niet leidt tot een deugdelijk verbetertraject (uitspraak **14**).¹³²

3.2.4 Herplaatsingsplicht

Naast de bovengenoemde topics heeft de werkgever de plicht om de werknemer te herplaatsen in een andere functie indien mogelijk. Uit de jurisprudentie blijkt dat de werkgever een actieve rol krijgt bij deze verplichting. Hieronder wordt de actieve rol van de werkgever nader geanalyseerd en komt de redelijke termijn van de herplaatsingsplicht ter sprake.

Actieve rol werkgever

De kantonrechter oordeelt dat de werkgever bij de invulling van zijn herplaatsingsplicht ten aanzien van zijn disfunctionerende werknemer een inspanningsverplichting heeft. De werkgever moet actief zoeken naar een passende functie voor de werknemer. In artikel 7:669 lid 1 BW staat de mogelijkheid dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt opgenomen. In de uitspraken **1, 2, 3, 4, 5, 6, 7** en **8** heeft de werkgever voldaan aan zijn inspanningsverplichting ten aanzien van zijn herplaatsingsplicht, maar stelt de kantonrechter dat herplaatsing niet in de rede ligt. De arbeidsovereenkomst wordt in voornoemde uitspraken ontbonden. De kantonrechter oordeelt dat herplaatsing niet in de rede ligt als:

- de openstaande functie een vergelijkbare functie betreft (het is te verwachten dat de werknemer op zijn nieuwe functie dan ook niet zal functioneren);
- het verleden van de werknemer niet geschikt is voor de andere beschikbare functie.
- er geen functie beschikbaar is wegens reorganisatie;
- er geen vacatures zijn;
- de werknemer niet meewerkt aan zijn herplaatsing;
- de functie van de werknemer al is vereenvoudigd;
- het opleidingsniveau en werkniveau van de werknemer in de weg staat bij een beschikbare functie;
- het vertrouwen van de werkgever in de werknemer als gevolg van het disfunctioneren een te grote breuk heeft opgelopen.

¹³¹ Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411, r.o. 5.5.

¹³² Rechtbank Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420, r.o. 5.13.

In de uitspraken **11, 13, 15, 17, 18** en **22** heeft de werkgever niet voldaan aan zijn inspanningsverplichting, de arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden. In uitspraak **18** oordeelt de rechter als volgt: *“Zowel voor de werkgever als de werknemer is in het herplaatsingstraject een actieve rol weggelegd. De werkgever moet actief onderzoek doen naar de mogelijkheden tot herplaatsing in een passende functie binnen een redelijke termijn. Het enkel wijzen op vacatures in combinatie met het aanbieden van hulp bij het solliciteren is daarbij niet voldoende. De actieve houding van de werkgever houdt in dat van de werkgever mag worden verwacht de werknemer te begeleiden, een initiërende rol aan te nemen en eventuele belemmeringen voor een passende functie op te heffen. Hoe groter de organisatie, des te meer wordt er van de werkgever verwacht. Daar staat tegenover dat ook van de werknemer verwacht wordt open te staan voor andere passende functies.”*¹³³ In uitspraak **11** stelt de kantonrechter ten aanzien van de herplaatsingsverplichting dat van een grote werkgever een actievere rol wordt verwacht. De werkgever moet actief onderzoek doen naar mogelijkheden tot herplaatsing in een passende functie binnen een redelijke termijn.¹³⁴

Redelijke termijn

De wet stelt dat de herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn moet plaatsvinden. In de geanalyseerde uitspraken wordt de redelijke termijn gelijkgesteld aan de wettelijke opzegtermijn,¹³⁵ zoals in de Ontslagregeling is vastgesteld.

3.3 Tussenconclusie

Uit voorgaande jurisprudentie analyses kunnen enkele conclusies worden getrokken. Allereerst is duidelijk naar voren gekomen dat de werkgever het disfunctioneren te allen tijde duidelijk en concreet kenbaar moet maken aan de werknemer. Dit gebeurt in de meeste gevallen tijdens een functionerings- en/of beoordelingsgesprek. Opvallend is dat de kantonrechter bij het beoordelen of er sprake is van disfunctioneren bekijkt of het functieprofiel van de werknemer aanwezig is in het personeelsdossier en of de werknemer bekend is met zijn functieprofiel. Aan de hand van het functieprofiel kan de kantonrechter toetsen of de werknemer daadwerkelijk niet voldoet aan de functie-eisen, competenties en verantwoordelijkheden die bij de functie horen. Andere factoren zoals het toekennen van salarisverhoging, bonussen en het verlengen van de arbeidsovereenkomst kunnen ervoor zorgen dat de rechter ervan uitgaat dat je als werkgever wel tevreden bent over het functioneren van de werknemer.

¹³³ Rechtbank Limburg 4 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086, r.o. 4.9.

¹³⁴ Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121, r.o. 4.7.

¹³⁵ Rechtbank Limburg 4 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086, r.o. 4.9.

Een ander opvallend aspect is het verbetertraject. De kantonrechter bekijkt of er bij het verbetertraject een plan van aanpak is opgesteld waarin voldoende duidelijke afspraken zijn gemaakt met de werknemer die worden onderbouwd door concrete voorbeelden, of er begeleiding en scholing is aangeboden en of er toetsmomenten zijn geweest waarmee de werknemer kan aantonen zijn functioneren te hebben verbeterd. Ook is het van belang dat de werknemer de gelegenheid krijgt voor het stellen van vragen. Hoe lang een verbetertraject moet duren hangt af van de individuele omstandigheden van de werknemer. Tijdens het verbetertraject is de werkgever verplicht om voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden aan te bieden. Deze verplichting bestaat uit het aanbieden van coaching, feedback gesprekken en het aanbieden van intensieve begeleiding om ervoor te zorgen dat de werknemer weer naar behoren gaat functioneren.

Tot slot de herplaatsingsplicht van de werkgever. De kantonrechter oordeelt of de werkgever en werknemer voldaan hebben aan hun inspanningsplicht tot herplaatsing. De werkgever voldoet aan deze verplichting wanneer hij actief op zoek gaat naar een andere passende functie voor de werknemer. Dit doet de werkgever door middel van het in kaart brengen van alle openstaande vacatures. Wanneer de werkgever binnen de vestiging geen mogelijkheden ziet voor herplaatsing van de werknemer, dient de werkgever te kijken of er in andere vestigingen wel herplaatsingsmogelijkheden zijn.

Met het voorgaande is de vijfde en laatste deelvraag van dit onderzoek beantwoord.

4. Conclusie

Uit bestudering van de literatuur, wetteksten en kamerstukken kan worden geconcludeerd dat ontslag wegens disfunctioneren door de wijzigingen binnen het ontslagrecht sinds de invoering van de Wwz is bemoeilijkt. In artikel 7:669 lid 3 sub d BW staat ontslag wegens disfunctioneren opgenomen. De wet geeft niet specifiek aan wat disfunctioneren inhoudt alleen dat het moet gaan om de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken. Wel wordt er een onderscheid gemaakt in twee varianten disfunctioneren, bij de eerste variant van disfunctioneren voldoet de werknemer niet aan de gestelde functie-eisen. Bij de tweede variant is sprake van disfunctioneren wanneer disfunctioneren veroorzaakt wordt door eigenschappen of gedragskenmerken van de werknemer. In deze variant moet weer onderscheid worden gemaakt tussen het niet kunnen functioneren of het niet willen functioneren.

Het verzoek voor ontslag wegens disfunctioneren dient na de wijzigingen in het ontslagrecht bij de kantonrechter te worden ingediend. Voor een geslaagd ontbindingsverzoek is het van belang is dat het disfunctioneren schriftelijk duidelijk en concreet kenbaar is gemaakt aan de werknemer. Verder dient het functieprofiel bekend te zijn bij de werknemer en te zijn opgenomen in het personeelsdossier. Bij afwezigheid van het functieprofiel kan het disfunctioneren van de werknemer niet, althans moeilijk, worden gemeten. Gebleken is verder dat de kantonrechter het disfunctioneren in bepaalde gevallen als vaststaand feit beschouwd wanneer het disfunctioneren niet wordt betwist door de werknemer.

Ten tweede dient de werknemer tijdig in kennis te zijn gesteld over zijn disfunctioneren. Deze verplichting van de werknemer hangt nauw samen met de verplichting van het geven van gelegenheid tot verbetering. Aan de hand van functionerings- en/of beoordelingsgesprekken kan de werknemer op de hoogte worden gesteld betreffende zijn disfunctioneren. Het schriftelijk vastleggen van de functionerings- en/of beoordelingsgesprekken is van grote waarde, hierdoor kan in de toekomst door de kantonrechter vastgesteld worden of dit “tijdig” was. Van tijdig is sprake wanneer de werknemer voldoende de tijd heeft gehad om zijn functioneren te verbeteren, dit kan door middel van een verbetertraject en/of het aanbieden van scholing. Aan de hand van schriftelijke verslaglegging kan de werkgever aantonen aan zijn verplichtingen te hebben voldaan.

De gelegenheid tot verbetering komt samen met de verplichting van de werkgever voor het aanbieden van voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden. De werkgever dient een

verbetertraject op te starten. Hoe lang het verbetertraject moet duren is niet wettelijk vastgelegd. De duur van het verbetertraject kan afhankelijk zijn van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Een onderdeel van het verbetertraject is het opstellen van een plan van aanpak met de werknemer. In het plan van aanpak worden concrete haalbare doelstellingen geformuleerd, aan de hand van concrete voorbeelden en middelen waarmee de doelstelling moeten worden gehaald, bijvoorbeeld door middel van scholing en/of coaching. Bij het aanbieden van scholing kunnen opleidingsuren worden aangeboden aan de werknemer of concrete scholing dat specifiek op de disfunctionerende werknemer is gericht. Tijdens het verbetertraject is het van belang dat er regelmatig evaluatiegesprekken met de werknemer worden gehouden en een tussenbeoordeling wordt ingepland. Aan de hand van deze gesprekken en beoordelingen kan, wanneer er geen verbeteringen zijn, het plan van aanpak worden aangepast.

De laatste verplichting voor de werkgever is de herplaatsingsplicht. Bij deze plicht wordt er een inspanning van zowel de werkgever als de werknemer verwacht. De werkgever behoort alle openstaande vacatures in kaart te brengen binnen de vestiging waar de desbetreffende werknemer werkzaam is. Mochten er binnen de vestiging geen mogelijkheden zijn dan moet er gekeken worden naar herplaatsingsmogelijkheden in andere vestigingen. De termijn die de werkgever hierbij in acht moet nemen is de opzegtermijn, zoals staat opgenomen in de Ontslagregeling.

Tot slot wordt benadrukt dat bij alle bovengenoemde verplichtingen dossieropbouw in de vorm van schriftelijke verslaglegging dient plaats te vinden.

5. Aanbevelingen

Nu dit onderzoek heeft plaatsgevonden uit naam en op verzoek van de HR-afdeling van Makro, kunnen er enkele aanbevelingen worden gedaan. De centrale vraag die centraal stond in dit onderzoek was als volgt: *Welk advies kan gegeven worden aan de afdeling Labour Relations (HR) van Makro ten aanzien van de vraag wanneer dossiervorming zodanig compleet is, dat er sprake is van een voldragen ontslaggrond volgens, art. 7:669 lid 3 sub d BW middels wet, literatuur en jurisprudentieonderzoek?*

Uit het onderzoek zijn verschillende resultaten naar voren gekomen. Vanuit deze resultaten kan een aantal aanbevelingen worden gedaan aan Makro. De belangrijkste aanbevelingen worden hieronder nader toegelicht.

Aanbeveling 1: vaststellen disfunctioneren

1a. Duidelijk en concreet

Makro moet aantonen dat er sprake is van disfunctioneren. Belangrijk hierbij is dat de werkgever het disfunctioneren schriftelijk duidelijk en concreet kenbaar moet maken aan de werknemer. Of het disfunctioneren vast is komen te staan hangt onder meer af van de mate van concreetheid en onderbouwing en van de eventuele betwisting door de werknemer. De werknemer moet bekend zijn gemaakt met zijn disfunctioneren aan de hand van concrete voorbeelden.

1b. Aanwezigheid Functieprofiel

Wanneer het disfunctioneren kenbaar wordt gemaakt aan de werknemer, is het van belang om de werknemer te wijzen op zijn functieprofiel en de daarbij behorende functie-eisen. De kantonrechter neemt hierbij in acht dat de werknemer bekend moet zijn met zijn functieprofiel, zodat hij weet wat van hem wordt verwacht en welke competenties en verantwoordelijkheden bij zijn functie horen. Voor Makro kan het van belang zijn om bij de indiensttreding van een werknemer zijn functieprofiel op te nemen in zijn personeelsdossier.

Aanbeveling 2: tijdig in kennis stellen

Deze verplichting hangt nauw samen met de verplichting van het bieden van gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden.

2a. Functionerings- beoordelingsgesprekken

Aan te raden is om met alle werknemers functionerings- en/of beoordelingsgesprekken te voeren. Het disfunctioneren kan op deze manier kenbaar worden gemaakt aan de werknemer. Wanneer de leidinggevende constateert dat de werknemer niet naar behoren functioneert, is het van belang om tijdens het functionerings- en/of beoordelingsgesprek duidelijk en concreet te benoemen waaruit het disfunctioneren van de werknemer bestaat. Voor de onderbouwing van het disfunctioneren is het handig dat de leidinggevende concrete voorbeelden aandraagt. Tijdens het functionerings- en/of beoordelingsgesprek is het van belang dat de werknemer, wanneer die nog niet bekend was met zijn functieprofiel, op de hoogte wordt gebracht van de inhoud van zijn functieprofiel en welke competenties, verwachtingen en verantwoordelijkheden daarbij horen.

2b. Tijdig

Het is voor Makro van belang om zich vanaf het moment dat het disfunctioneren wordt geconstateerd zich zoveel mogelijk **in te spannen** om het functioneren van de werknemer te bevorderen. Wanneer de werknemer in kennis wordt gesteld over zijn disfunctioneren is het van belang om gelijk maatregelen te treffen. Denk hierbij aan: het gelijk opstellen van een plan van aanpak samen met de werknemer en/of het aanbieden van cursussen etc. Of de in kennisstelling “tijdig” was kan pas achteraf worden beoordeeld.

Aanbeveling 3: gelegenheid tot verbetering en voldoende zorg voor scholing en arbeidsomstandigheden

Voor Makro is het belangrijk dat zij haar inspanning om het functioneren van de werknemer te verbeteren kan aantonen.

3a. Verbetertraject

Wanneer een werknemer disfunctioneert is het belangrijk om een verbetertraject op te starten. Uit de jurisprudentie blijkt dat de kwaliteit van het verbetertraject een belangrijke rol speelt in de beoordeling van het ontbindingsverzoek.

Aan het begin van het verbetertraject moet er een **plan van aanpak** worden opgesteld. Het plan van aanpak kan het beste door de werkgever en werknemer samen worden opgesteld. In het plan van aanpak moeten in ieder geval haalbare en concrete doelstellingen worden gesteld, maar ook de invulling van de scholing, coaching en begeleiding is goed om bespreekbaar te maken en op te

nemen in het plan van aanpak. Het plan van aanpak dient in het kader van dossieropbouw schriftelijk te worden opgenomen in het personeelsdossier.

3b. Duur verbetertraject

Bij het vaststellen van de termijn van het verbetertraject moet gekeken worden naar de inhoud van de functie van de werknemer en naar de duur dat de werknemer al in dienst is. Een verbetertraject kan in de meeste gevallen het beste worden vastgesteld op een duur van 6 maanden.

3c. Voldoende contact met de werknemer

Verder wordt nog een bepaalde inspanning van de werkgever gevraagd. Het is belangrijk dat Makro na het opstellen van het plan van aanpak voldoende contact houdt met de werknemer om verbetering teweeg te brengen in zijn functioneren. Hierbij kan gedacht worden aan het **inplannen van een (twee)wekelijkse evaluatiegesprekken** en het geven van een **tussenbeoordeling**. Wanneer de leidinggevende tijdens de evaluatiegesprekken en/of de tussenbeoordeling constateert dat de werknemer nog geen vooruitgang boekt, is het belangrijk om eventueel een andere invulling te geven aan het verbetertraject.

Voorts is aan te bevelen om de werknemer een aantal **opleidingsuren** aan te bieden aan het begin van zijn verbetertraject. Bij het aanbieden van deze uren is het goed om **concrete voorbeelden** of een **voorstel met de te volgen cursussen** mee te geven aan de werknemer.

Aanbeveling 4: herplaatsing werknemer

4a. Inspanningsverplichting

Aan de kantonrechter moet aangetoond kunnen worden dat Makro wel aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan bij zijn herplaatsingsplicht. Wanneer Makro aan de herplaatsingsplicht wil voldoen is het van belang dat alle **vacatures** binnen Makro in kaart worden gebracht. Om te beginnen moet er gekeken worden naar vacatures binnen de vestiging waar de werknemer werkzaam is. Mochten hier geen mogelijkheden voor herplaatsing zijn, dan moet er in andere vestigingen gekeken worden naar beschikbare vacatures. Makro is een grote onderneming met 17 vestigingen in Nederland.

4b. Redelijke termijn

Ten aanzien van de redelijke termijn moet de **opzegtermijn van de werknemer** worden aangehouden, zoals staat opgenomen in de Ontslagregeling.

De afdeling HR wilde een gericht advies met betrekking tot dossiervorming bij een disfunctionerende werknemer. Naast het nakomen van alle verplichtingen die de wet stelt is **dossiervorming** ten aanzien van deze verplichtingen van groot belang. Op basis van een goed aangelegd dossier komt de kantonrechter tot de conclusie of hij de arbeidsovereenkomst wel of niet kan ontbinden.

Aanbeveling 5: dossiervorming

5a. Opbouw dossier

Het is belangrijk dat Makro in een **zo vroeg mogelijk stadium** begint aan **schriftelijke verslaglegging** ten aanzien van dossieropbouw. Een verzoek tot ontbinding wordt gezien de geanalyseerde jurisprudentie in beginsel afgewezen indien het disfunctioneren van de werknemer niet schriftelijk wordt vastgelegd.

5b. Schriftelijke vastlegging

De **inhoud van het ontslagdossier** moet aantonen dat de werkgever voldaan heeft aan zijn verplichtingen. Het is van belang om de functionerings- en/of beoordelingsgesprekken (of overige gesprekken) schriftelijk vast te leggen en eventueel te laten ondertekenen door de werknemer, zodat deze gesprekken later niet kunnen worden betwist door de werknemer.

Bronnenlijst

Kamerstukken

- **Memorie van antwoord**
Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, nr. C.
- **Memorie van Toelichting**
Kamerstukken II 2013/14 33 818, nr. 3.
- **Nota naar aanleiding van het verslag**
Kamerstukken II 2013/14 33 818, nr. 7.

Literatuur

- **Van Genderen, Fluit & de Wolff 2015**
D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels en D.J.B. de Wolff, *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: SDU 2016.
- **Loonstra 2015**
C.J. Loonstra, *Hoofdstukken Sociaal recht*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2015.
- **Geugjes & Wits 2016**
H.C. Geugjes, E.B. Wits, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.
- **Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017**
Mr. Dr. J. van Drongelen, mw. Mr. S. Klingeman, mr A.D.M. van Rijs, *Het ontslagrecht in de praktijk*, Zoetermeer, Drunen, Amsterdam: Uitgeverij Paris B.V. 2017.
- **Eijsenga 2017/18**
Margit Eijsenga, *Dossieropbouw en ontslag*, Utrecht: Big Business Publishers 2016.

Juridische vakbladen

- J.H. Even en E.M. Poutsma, 'Arbeid & Onderneming 2016', afl. 2.
- M.H. Oppedijk, 'dossieropbouw bij disfunctioneren, functioneert niet (altijd)', JutD-13 2012.

- Mr. A. Hiebendaal en mr. M.C. van der Kamp, *'Kroniek Wet Werk en Zekerheid'*, Bd 2018/22, afl. 2.

Jurisprudentie

- **Gerechtshoven**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2016, JAR 2016/74

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april, JAR 2016/129

- **Rechtbank**

Rechtbank Amsterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2602

Rechtbank Limburg 8 april 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3044

Rechtbank Limburg 4 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4086

Rechtbank Midden-Nederland 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1296

Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1577

Rechtbank Midden-Nederland 6 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1125

Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6275

Rechtbank Midden-Nederland 8 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6610

Rechtbank Noord-Holland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:967

Rechtbank Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8420

Rechtbank Noord-Holland 9 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8263

Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:121

Rechtbank Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:566

Rechtbank Noord-Nederland 15 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4558

Rechtbank Overijssel 4 mei 2017 ECLI:NL:RBOVE:2017:2006

Rechtbank Overijssel 18 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4686

Rechtbank Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4980

Rechtbank Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3411

Rechtbank Rotterdam 15 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6150

Rechtbank Rotterdam 8 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6135

Rechtbank Rotterdam 22 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9253

Rechtbank Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10142

Rapporten

- **Evaluatieonderzoek VAAN-VvA 2016**

A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, VAAN-VvA, Evaluatieonderzoek Wwz 2016, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

Bijlage

- **Bijlage 1**

Samenvatting topics

- **Bijlage 2:**

Analyse topics

Bijlage 1: Samenvatting topics

Nummer	ECLI-nummer	Samenvatting jurisprudentie geanalyseerde topics
1	ECLI:NL:RBMNE:2016:1296	Het disfunctioneren wordt niet betwist door de werknemer. Gelet op de functioneringsverslagen plaats de werkgever al vanaf 2013 kanttekeningen bij het functioneren van de werknemer. De werknemer herkent het kritiek op zijn functioneren. Vervolgens is er een coachingstraject ingezet en twee wekelijkse evaluatiegesprekken gevoerd met de werknemer. Ook beschikte de werknemer over een opleidingsbudget dat hij naar eigen inzicht kon inzetten. Onduidelijk blijft wel welke cursus de werknemer had willen volgens. Ten aanzien van de herplaatsing van de medewerker was dit niet haalbaar i.v.m. reorganisatie. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.
2	ECLI:NL:RBMNE:2016:6610	Het disfunctioneren wordt niet betwist door de werknemer. De kantonrechter neemt het disfunctioneren als vaststaand feit aan. Uit gespreksverslagen blijkt dat de werknemer tijdig in kennis is gesteld en in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren. Ten aanzien van de herplaatsingsverplichting heeft de werkgever voldaan aan zijn inspanningsverplichting. Binnen het bedrijf zijn er 2 vacatures. De eerste vacature betreft een vergelijkbare functie. De tweede functie ligt gezien het verleden van de werknemer niet in de rede. Het zou niet redelijk zijn om de werknemer te herplaatsen. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.
3	ECLI:NL:RBNNE:2016:4558	De kantonrechter stelt vast dat er sprake is van disfunctioneren. Vanaf 2012 worden er al kanttekeningen geplaatst bij het functioneren van de werknemer. Bij het instellen van een verbetertraject heeft de werknemer geweigerd mee te werken. Ook heeft de werkgever een aanbod gedaan om de werknemer mee te laten werken aan loopbaancoaching. Ten aanzien van de herplaatsingsplicht heeft de werkgever de afgelopen jaren geprobeerd de werknemer intern voor andere functies in aanmerking te brengen. Er zijn geen andere vacatures beschikbaar binnen het bedrijf. De werkgever heeft de werknemer ook een functie aangeboden bij een ander bedrijf waar de werknemer ook werkzaam was met het aanbod twee jaar gerant te willen staan voor het inkomen van de werknemer. De werknemer heeft dit geweigerd. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

4	ECLI:NL:RBNHO:2017:8263	Het disfunctioneren wordt niet betwist door de werknemer. De kantonrechter neemt het disfunctioneren als vaststaand feit aan. De werknemer is volgens de rechter tijdig in kennis gesteld over zijn disfunctioneren. De functie van de werknemer is per 1 januari 2016 aanmerkelijk vereenvoudigd. Gelet op vorenstaande is het aangeboden verbetertraject van drie maanden voldoende. Tijdens het verbetertraject is de werknemer begeleid door zijn leidinggevende, zijn er voortgangsgesprekken gevoerd en was er ruimte om vragen te stellen, zodat op dat punt niet is gebleken van onzorgvuldigheid aan de zijde van de werkgever. Na geen verbetering tijdens het verbetertraject is de functie van de werknemer verder aangepast. Werknemer maakte tijdens het verbetertraject veel fouten terwijl werknemer liet weten na de functie wijziging tijd over te hebben. Tijdens het verbetertraject is de cursus klantvriendelijk telefoneren aangeboden. Uit niets is gebleken dat de werknemer om aanvullende scholing heeft gevraagd. Als laatste de herplaatsingsverplichting. De functie van de werknemer was al aanzienlijk vereenvoudigd. Onder deze omstandigheden kan niet worden verwacht dat de werkgever een andere functie creëert. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.
5	ECLI:NLRBROT:2016:6135	Er is sprake van ongeschiktheid van de werknemer. In 2014 heeft de werkgever tijdens het functioneringsgesprek aangegeven niet tevreden te zijn over het functioneren van de werknemer. De werknemer heeft zelf aangegeven dat er nog punten zijn voor verbetering. Het disfunctioneren is door de werkgever duidelijk kenbaar gemaakt aan de werknemer. Tijdens het gestarte verbetertraject zijn er wekelijkse gesprekken met de werkgever en de werknemer gevoerd. In deze gesprekken werd het functioneren en de wijze waarop de werknemer zijn functie diende uit te oefenen besproken, verbetering is niet gebleken. De werknemer volgde op eigen initiatief een opleiding. De werkgever gaf aan dat herplaatsing in dit geval niet mogelijk was. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

6	ECLI:NL:RBROT:2016:9253	Vastgesteld is dat de werknemer niet geschikt is om de bedongen arbeid te verrichten, ondanks dat werkgever voldoende gelegenheid heeft geboden om zijn functioneren te verbeteren. De werknemer heeft 4 jaar de tijd gehad om zich te verbeteren. In 2016 is de werknemer nog in de gelegenheid gesteld zelf te komen met een verbeterplan. In e-mail is uitdrukkelijk aan de werknemer kenbaar gemaakt dat het verbeterplan middelen tot verbetering moesten bevatten. Het verbeterplan heeft lang op zich laten wachten, bedachte verbeteringen hadden eerder moeten plaatsvinden. In 2012 is de werknemer een opleiding aangeboden en heeft de werknemer een geruime periode mee kunnen kijken in de praktijk gaat. De werknemer is ook na zijn inwerkperiode begeleid om zijn functioneren te verbeteren. Wat de werknemer aan zelfstudie heeft gedaan komt niet naar voren. Na het in 2016 aangekondigde verslag ging de medewerker "aan de slag", dit is te laat. De werknemer had vanaf het begin ook zelfinitiatief moeten tonen om zijn baan tot een succes te maken. Herplaatsing in een andere functie, ligt niet in de rede. Werknemer is in 2012 al in een andere functie geplaatst, omdat hij niet meer geschikt bleek om zijn vorige functie uit te oefenen. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.
7	ECLI:NL:RBOVE:2016:4686	Het disfunctioneren van de werknemer is vastgesteld door middel van een assessment dat is afgenomen bij de werknemer. Uit het assessment kwam naar voren dat de werknemer zich op alle functies uit het profiel verder zal moeten ontwikkelen om op niveau te kunnen functioneren. De werknemer is in 2015 in kennis gesteld betreffende zijn disfunctioneren. De werkgever heeft de werknemer een scholingstraject aangeboden. De werkgever heeft onderzoek gedaan naar welke scholing werknemer nodig heeft om zijn functie uit te kunnen oefenen en heeft de werknemer opleiding aangeboden. De heeft de werknemer heeft de opleiding afgewezen. De werkgever heeft voor de werknemer een functie gecreëerd en heeft nu geen geld om nog een functie te creëren. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

8	ECLI:NL:RBOVE:2017:2006	Het disfunctioneren wordt niet betwist door de werknemer. De kantonrechter neemt het disfunctioneren als vaststaand feit aan. Vast staat dat de werkgever het functioneren van de werknemer in 2015 als gebrekkig is gaan ervaren. Aanleiding daarvan is de werkgever een informeel verbetertraject gestart. Dit heeft niet geleid tot verbetering. Tijdens het informeel verbetertraject is de werknemer overgeplaatst naar een ander team. In 2016 heeft de werkgever een officieel verbetertraject gestart. De brief aan werknemer heeft voldoende duidelijk gemaakt wat de doelstellingen waren van het verbetertraject en op welke punten werknemer zich concreet diende te richten om haar functioneren te verbeteren. De werknemer diende de kwaliteit van haar dienstverlening te verbeteren en deze dienstverlening diende te professionaliseren. Vastgesteld wordt dat werknemer intensief door werkgever is begeleid teneinde zijn functioneren te verbeteren. Dit bestond uit een interne praktijkcoach van werkgever, elf gesprekken waarin de werknemer werd voorzien van advies en praktische tips en hem ondersteuning werd aangeboden bij zijn werkzaamheden. Tijdens het verbetertraject heeft er een evaluatie van de voortgang van het verbetertraject plaatsgevonden, waarna is besloten dat het traject verlengd zou worden. De resultaatgebieden en concrete verbeterpunten zijn nogmaals schriftelijk aan de werknemer bevestigd. In de betreffende brief is werknemer erop gewezen dat indien zijn functioneren niet op het gewenste niveau wordt gebracht, dit tot arbeidsrechtelijke maatregelen zal leiden. De werknemer had dan ook de ernst van de situatie moeten inzien en moeten beseffen dat bij het uitblijven van een verbetering, zijn baan op het spel zou staan. Tijdens het verbetertraject kreeg de werkgever klachten van collega's en cliënten over de werknemer. De werknemer heeft niet gereageerd op de klachten. De kantonrechter ziet geen reden om te oordelen dat herplaatsing van de werknemer in een andere functie binnen redelijke termijn in de rede ligt, nu gelet op alle feiten en omstandigheden aannemelijk is dat het vertrouwen van werkgever in werknemer als gevolg van het disfunctioneren van werknemer een te grote breuk heeft opgelopen. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
---	-------------------------	---

9	ECLI:NL:RBMNE:2016:1577	Er is geen sprake van disfunctioneren (De kantonrechter overweegt dat bij het hier bedoelde disfunctioneren moet gaan om het op een onjuiste wijze vervullen van taken en/of het in onvoldoende mate voldoen aan functie-eisen. Uit gespreksverslag en loopbaanreflectie heeft de werknemer al aangegeven niet gelukkig te zijn met zijn werk). Kantonrechter oordeelt dat de werkgever onvoldoende heeft aangetoond dat de werknemer niet meer in staat is om zijn functie op goede wijze te vervullen. Ook is gebleken dat de werknemer niet met de hem verweten tekortkomingen is geconfronteerd, op een zodanige wijze dat hem redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat bij gebreken van verbetering ontslag dreigde en op een zodanig tijdstip dat hij nog een reële kans had om de gewenste verbetering in zijn functioneren tot stand te brengen. Voorts is er geen coaching of begeleiding ingezet door de werkgever. De trajecten die liepen hadden een ander doel en waren niet gericht op het verbeteren van het functioneren. Het ontbindingsverzoek slaagt niet, herplaatsing komt niet aan de orde. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
---	-------------------------	--

10	ECLI:NL:RBMNE:2016:6275	De kantonrechter oordeelt dat er bij het disfunctioneren een patroon aanwezig moet zijn dat rechtvaardigt dat in eerdere jaren de werknemer al slecht zou hebben gefunctioneerd. Van een dergelijk patroon en/of functioneren is echter geen sprake. Uit het feit dat de werknemer jaarlijks salarisverhogingen en bonussen ontving, kan dan ook eerder worden afgeleid dat de werkgever tevreden was over zijn functioneren dan dat sprake was van disfunctioneren. Verslagen van 2002 en 2003 bevatten enkele aandachtspunten, maar geven geen blijk van disfunctioneren. Voorts is niet duidelijk en concreet aangegeven in welk opzicht het functioneren van de werknemer volgens de werkgever te kort schoot. Verslagen van de functioneringsgesprekken die in 2005, 2006, 2009, 2010, 2011, 2013 en 2015 hebben plaatsvonden bevatten geen kritiek op het functioneren van de werknemer en de algemene waarschuwing die in 2010 is gegevens betrof alle medewerkers en ziet dus niet specifiek op het functioneren van de werknemer. Het functioneringsgesprek in 2014 kan de werknemer zich niet herinneren. Ook uit die aantekeningen blijkt dat de werkgever niet duidelijk en concreet aan werknemer heeft aangegeven in welk opzicht volgens hen het functioneren te kort schoot. Van een behoorlijk verbetertraject is evenmin gebleken. De kantonrechter overweegt in dat kader dat een verbeterplan betrekking dient te hebben op voor de werknemer kenbare tekortkomingen in de uitoefening van zijn functie. Het dient heldere afspraken te bevatten over wat precies van de werknemer wordt verwacht. Het opgestelde verbeterplan moet vooral opgevat worden als een allesomvattend voorschrift van de werkgever over de wijze waarop de werknemer zijn werkzaamheden dient uit te voeren. Daar waar die gewenste werkwijze een afwijking is van de eerdere wijze waarop de werknemer gewoonlijk gewend was zijn werkzaamheden te doen, is het aan de werkgever om daarover eerst met de werknemer in gesprek te gaan en daarover duidelijke en wederzijds kenbare afspraken te maken. Bovendien is niet gebleken dat de werkgever duidelijk heeft laten weten dat bij het uitblijven van concreet omschreven verbeteringen of bij het herhaald niet nakomen van afspraken, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou worden nagestreefd, hetgeen wel van werknemer verwacht had mogen worden. De herplaatsing blijft onbesproken. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
----	-------------------------	--

11	ECLI:NL:RBNNE:2018:121	De capaciteiten van de werknemer sluiten - ondanks alle inspanningen - niet (meer) aan bij het niveau van de functie, hetgeen de werknemer ongeschikt maakt voor de bedongen arbeid. Op dit punt aangekomen overweegt de kantonrechter dat de werkgever de werknemer zonder voorbehoud heeft aangesteld in de functie van en hem daartoe kennelijk geschikt heeft geoordeeld. De werknemer heeft jarenlang goed gefunctioneerd. Uit het betoog van de werkgever kan niet worden afgeleid dat de werknemer in de loop van de tijd minder is gaan functioneren; de functie van de werknemer is de laatste jaren zwaarder geworden dan voorheen het geval was. Ook heeft de werkgever het disfunctioneren onvoldoende onderbouwd. In 2016 is een verbetertraject gestart. In het kader van dit verbetertraject vinden er diverse evaluatiegesprekken plaats. Uit het beoordelingsformulier 2016 blijkt dat de werknemer zich op het punt van communicatie goed ontwikkeld heeft maar het verbetertraject zou op de overige ontwikkelpunten onvoldoende verbetering hebben gebracht in het functioneren van de werknemer. Het enige dat beschikbaar is, is het verslag van de leidinggevende, verdere documentatie ontbreekt. Ook is onvoldoende duidelijk geworden waaruit het disfunctioneren zou bestaan. Dat er vanuit de leidinggevende op basis van het functieprofiel bepaalde wensen bestaan, is duidelijk, maar de werkgever wijst in dit kader niet zozeer op de resultaatsgebieden van de functie, maar op de gedragsnormen. Voorts is gebleken dat de werknemer niet in de gelegenheid is gesteld om scholing te volgen. De mogelijkheid van herplaatsing van de werknemer is onvoldoende overtuigend onderzocht. De werkgever stelt dat er geen geschikte functies voor herplaatsing zijn. Zij wijst op een vacature waarvoor de werknemer niet in aanmerking zou komen. Naar het oordeel van de kantonrechter is hierin te weinig gebeurd. Voor een grote werkgever is in het herplaatsingstraject een actieve rol weggelegd. De werkgever moet actief onderzoek doen naar de mogelijkheden tot herplaatsing in een passende functie binnen een redelijke termijn. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
----	------------------------	--

12	ECLI:NL:RBNNE:2017:566	Naar het oordeel van de kantonrechter staat vast dat de werknemer ter zake de Basic Rules en de naleving hiervan regelmatig, in voorkomende dossiers, ondermaats functioneert. Dit rechtvaardigt naar het oordeel van de kantonrechter echter geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werknemer wordt steeds (meer) ingezet op complexere zaken. Dat de werknemer dergelijke zaken toevertrouwt aan de werknemer is een aanwijzing dat de werkgever tevreden is over de kwaliteit van de inhoudelijke werkzaamheden. De kantonrechter is van oordeel dat de werknemer weliswaar ondermaats presteert wat betreft de naleving van de Basic Rules, maar dat geen sprake is van disfunctioneren in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub d BW. De conclusie is dan ook dat de kantonrechter het verzoek zal afwijzen en dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden ontbonden. De vraag of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen voor een herplaatsing van de werknemer blijft onbesproken.
13	ECLI:NL:RBNHO:2017:967	Er is sprake van disfunctioneren. De eerste jaren van het dienstverband is er kennelijk geen noemenswaardige kritiek geweest op het functioneren van de werknemer. De functie die de werknemer thans vervult is dezelfde als bij zijn indiensttreding. In 2012 is het functioneren van de werknemer door de werkgever op een vijftal competenties als onvoldoende beoordeeld. De werknemer heeft in opdracht van de werkgever plannen van aanpak opgesteld en een tijdpad voor verbetering van die competenties, met als doel een zichtbare verbetering in 2013. Uit het verslag van het functioneringsgesprek dat plaatsvindt in 2013 blijkt dat de werkgever een significante verbetering ziet. Over de periode van 2013 tot 2014 zijn geen gespreksverslagen overgelegd of andere stukken met betrekking tot het functioneren van de werknemer. Bij het jaarlijkse functioneringsgesprek dat plaatsvindt in juli 2014 wordt het functioneren van de werknemer als matig beoordeeld, met name op het gebied van communicatie en assertiviteit. Aan de werknemer wordt de opdracht gegeven in kaart te brengen wat haar wensen zijn met betrekking tot het werken en assertiever te zijn. In dat verband doet de werkgever aan de werknemer de suggestie tips te bekijken en op internet een eventuele cursus te zoeken. De werkgever laat evenwel na zelf concrete tips aan de werknemer mee te geven. De mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer is onvoldoende onderzocht. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.

14	ECLI:NL:RBNHO:2016:8420	Bij de vraag of er sprake is van disfunctioneren gaat het niet (meer) om feitenvaststelling, maar om een waardering en beoordeling van die feiten. Gelet op de wetsgeschiedenis kan daarbij een rol spelen dat het in eerste instantie aan de werkgever is om te beoordelen of een werknemer nog voldoet aan de eisen die aan een functie worden gesteld. Daarbij kan de vraag worden betrokken of de werkgever al dan niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen om de werknemer te ontslaan. Onvoldoende is gebleken dat de werknemer in de gelegenheid is gesteld tot verbetering, gevergd kan worden dat de werkgever kritiekpunten duidelijk kenbaar maakt aan de werknemer, dat zij aangeeft op welke concrete punten verbetering wordt gewenst en dat afspraken worden gemaakt over een verbetertraject, waarbij de nodige ondersteuning en begeleiding plaatsvindt en waarin de afspraken regelmatig worden geëvalueerd en zo nodig bijgesteld. De werkgever heeft in de brief van 18 juli 2015 gesteld dat een plan van aanpak wordt gemaakt, kennelijk met het doel om het functioneren van de werknemer te verbeteren, maar waaruit dat plan heeft bestaan en wat daarmee is gedaan, is de kantonrechter niet duidelijk geworden. Na juli 2015 is pas in mei 2016 weer sprake van verslaglegging van gesprekken met de werknemer, zonder dat duidelijk is wat in de tussentijd is gedaan aan een verbetertraject. Wel is een cursus Nederlandse taal in september 2015 kennelijk met goed gevolg door de werknemer afgerond, maar dat enkele feit levert geen deugdelijk verbetertraject op. Ook is de kantonrechter er niet van overtuigd dat de gestelde ongeschiktheid van de werknemer niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden. Echter is van een plan van aanpak of een adequaat verbeteringstraject, dan wel een gerichte scholing of opleiding onvoldoende gebleken. De herplaatsingsmogelijkheden blijven onbesproken. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.
----	-------------------------	---

15	ECLI:NL:RBROT:2016:10142	Om vast te kunnen stellen of er sprake is van disfunctioneren zal duidelijk moeten zijn wat de functie-eisen zijn van de werknemer. De beoordeling van het functioneren mag niet afhangen van één (subjectieve) mening van één beoordelaar in één werkomgeving. Dit alles draagt bij aan de geloofwaardigheid van het oordeel van de werkgever dat de werkgever niet aan de functie-eisen voldoet. Er hebben verschillende verbetertrajecten plaatsgevonden, intensieve begeleiding en is de werknemer op de hoogte gesteld van klachten die tegen hem liepen. De werkgever was vanaf het begin al ontevreden over het functioneren van de werknemer. Op 30 maart 2015 is het eerste verbetertraject van start gegaan. Op 3 augustus 2015 is, na het intrekken van de ontbindingsprocedure, een nieuw verbetertraject begonnen dat in oktober 2015 werd voortgezet op een andere locatie. Gedurende de elkaar opvolgende verbetertrajecten zijn regelmatig evaluatiegesprekken gevoerd en werd de werknemer voorzien van feedback op zijn functioneren. Waar een verbetertraject gemiddeld zes maanden duurt, heeft de werkgever de werknemer inmiddels 15 maanden de gelegenheid gegeven om zich op diverse locaties onder verschillende leidinggevendens te bewijzen. Verder heeft de werkgever op verzoek van de werknemer een vaardigheidstrainer ingeschakeld en heeft hij kunnen rekenen op intensieve begeleiding van een externe coach. Daarmee heeft de werkgever zich (meer dan) voldoende ingespannen om het functioneren van de werknemer te verbeteren. Dat het disfunctioneren van de werknemer het gevolg is van onvoldoende scholing of het gevolg is van ziekte of gebreken, is gesteld noch gebleken. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.
----	--------------------------	--

16	ECLI:NL:RBROT:2016:3411	Het disfunctioneren van de werknemer is vooral gelegen in zijn houding, gedrag en motivatie. De werknemer komt basale werkafspraken niet na. De kantonrechter is in dit kader van oordeel dat de werknemer (in ieder geval) uit de inhoud van het verslag van het beoordelingsgesprek op 8 oktober 2014 moest begrijpen dat de werkgever kritiek had op zijn houding, gedrag en motivatie. Niet gebleken is dat de werkgever de werknemer op niet mis te verstane wijze kenbaar heeft gemaakt dat bij het uitblijven van concreet omschreven verbetering of bij het niet nakomen van afspraken, beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou worden nagestreefd, hetgeen naar het oordeel van de kantonrechter wel van de werkgever mocht worden verwacht. De enkele opmerking in het verslag dat de werkgever genoodzaakt zal zijn “minder plezierige maatregelen te nemen” is onvoldoende. Ter zitting is gebleken dat het aangeboden cursusprogramma is bedoeld voor alle medewerkers en niet specifiek voor een disfunctionerende werknemer. Bovendien heeft de instructeur van de cursus ter zitting verklaard dat de werknemer door het niet behalen van de cursus niet ongeschikt is voor de uitoefening van zijn eigen functie. Daarbij komt dat van een behoorlijk verbetertraject evenmin is gebleken. Aan de werknemer is een map met werkinstructies en processen uitgereikt. De werknemer heeft aangevoerd dat begeleiding tijdens het zogenoemde verbetertraject ontbrak. De kantonrechter stelt in dit kader vast dat begeleiding door de werkgever ook nergens uit blijkt. Onduidelijk is gebleven op welke manier de werkgever de werknemer na 8 oktober 2014 heeft ondersteund bij het verbeteren van zijn functioneren. Zo spreekt de werkgever over een verbetertraject van zes maanden, maar blijkt nergens uit dat de werkgever de werknemer tijdens deze zes maanden op afspraken c.q. overtredingen daarvan heeft gewezen, dan wel de resultaten van het traject op andere wijze aan de werknemer heeft teruggekoppeld. De mogelijkheden tot herplaatsing blijven onbesproken. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
----	-------------------------	--

17	ECLI:NL:RBAMS:2016:2602	De functie-eisen van de functie waren niet veranderd maar de invulling van de functie wel. De druk kwam te liggen op de vraag of de werknemer wel voldoende beschikte over de diverse competenties. De beoordeling van de werknemer kwam eenzijdig bij de directe leidinggevende van de werknemer te liggen, zonder dat ergens uit blijkt dat deze opereerde vanuit een bredere visie op personeelsbeleid of op andere wijze professioneel werd ondersteund. Het ingezette verbetertraject moet vanaf het begin als een ongelijke strijd worden beschouwd. Afgezien van de ongebruikelijk lange duur waarin het functioneren van de werknemer ter discussie stond, is in dit geding niet voldoende duidelijk geworden of de gestelde doelen wel samenvallen met de functie-eisen. Het verbetertraject lijkt vooral gericht te zijn geweest op een verandering van de persoon van de werknemer. Deze benadering gaat echter voorbij aan de vraag of de werkwijze van de werknemer in lijn was met de vanaf zijn indiensttreding ongewijzigde functiebeschrijving. De kantonrechter oordeelt dat het verbetertraject niet als voldoende kan worden beschouwd. Bovendien is onvoldoende gebleken dat de werkgever zich daadwerkelijk heeft ingespannen om te onderzoeken of hij de werknemer elders in zijn organisatie meer tot zijn recht kon laten komen. Vanzelfsprekend kan van de werkgever niet worden gevergd dat hij speciaal voor de werknemer een nieuwe functie creëert. Dat neemt niet weg dat de werkgever met ruim 60 man aan personeel, geacht moet worden in staat te zijn de kwaliteiten van de werknemer daarin te zetten waar deze ook voor hem meer rendement geven. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
18	ECLI:NL:RBLIM:2017:4086	Bij de beoordeling van het functioneren van de werknemer gaat de kantonrechter uit van de taken en de verantwoordelijkheden die gelden in die functie. De enkele omstandigheid dat er verbeterpunten zijn, is daarmee kort gezegd onvoldoende voor het oordeel dat de werknemer niet naar behoren functioneert in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Er moet meer aan de hand zijn om te kunnen spreken van disfunctioneren, zoals een onsuccesvol verbetertraject. Uit beleidsregels van het UWV blijkt dat voor aanvang van het verbetertraject een plan van aanpak, ook wel een verbeterplan genoemd, moet worden opgesteld. In het verbeterplan moet de werkgever aan de hand van concrete voorbeelden op een inzichtelijke wijze toelichten waar het bij het functioneren van de werknemer precies aan schort, wat de werkgever precies van de werknemer in zijn functie verwacht en op welke wijze of met welke instrumenten de werkgever verwacht dat de beoogde verbetering moet worden bereikt. De cursussen die de werkgever heeft aangeboden zijn niet gericht op het verbeteren van het functioneren van de werknemer maar zijn algemene cursussen. Het verbetertraject is onvoldoende. Ten aanzien van de herplaatsingsplicht stelt de kantonrechter dat er onvoldoende mogelijkheden zijn gepresenteerd of er een passende functie is. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.

19	ECLI:NL:RBLIM:2016:3044	De werknemer kreeg slechts twee maanden de tijd om de door zijn leidinggevende gewenste manier van werken zich eigen te maken en op te volgen. De kantonrechter acht de termijn in deze uitspraak onvoldoende om te kunnen vaststellen dat de werkgever de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld om zijn functioneren te verbeteren. De achttien gesprekken die de werkgever benoemt als coachingsgesprekken, maar waarvan verder niets is vastgelegd en dus ook niet blijkt wat daar daadwerkelijk is besproken en afgesproken maken dit niet anders. Dat een leidinggevende regelmatig een voortgangsgesprek voert met een medewerker is immers een onderdeel van zijn functie als leidinggevende en niet bijzonder. De kantonrechter neemt daarbij tevens in aanmerking dat de werkgever geen enkel incident benoemt waarbij het aantoonbaar aan de werknemer kan worden verweten dat er ernstige fouten door hem zijn gemaakt. Daarnaast hebben de in het verbeterplan genoemde punten, slechts betrekking op een deel van de werkzaamheden van de werknemer en wordt er door de werkgever onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er een substantieel deel van de functie van de werknemer onder de maat was. De kantonrechter concludeert dat er geen sprake is van een voldragen d-grond. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
20	ECLI:NL:RBOVE:2016:4980	De vaststelling dat de werknemer zijn functie niet naar behoren uitoefent is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst echter niet voldoende. Daarvoor is nodig dat de werknemer voldoende concreet op zijn functioneren is aangesproken. Met betrekking op het verbetertraject is naar voren gebracht dat de werkgever verplicht is voldoende contact te hebben met de werknemer om verbetering teweeg te brengen in zijn functioneren. Dat contact moet gericht zijn op verbetering en mag zich niet beperken tot het enkel registeren of rapporteren van het gesteld tekortschietend functioneren. Een concreet en toetsbaar plan van aanpak met een omschrijving van het verschil aan eisen tussen de oude en de nieuwe functie, op de werknemer toegesneden en geconcretiseerde verbeterpunten in relatie tot deze functie-eisen, de overeengekomen begeleiding en een omschrijving van duidelijke tussentijdse toetsmomenten alsmede een eindevaluatie, is niet opgesteld en uitgevoerd. In plaats van steun en begeleiding te ontvangen van de werkgever om zich te kunnen ontwikkelen in zijn nieuwe functie, lijkt de werknemer in een functionerings- en beoordelingstraject terecht te zijn gekomen met het vooruitzicht van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Niet kan worden geoordeeld dat de werkgever voldoende in het werk heeft gesteld om het functioneren van de werknemer te verbeteren. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.
21	ECLI:NL:RBROT:2017:6150	Er is sprake van disfunctioneren. De werkgever heeft voldoende onderbouwd waaruit het disfunctioneren zou bestaan. De werknemer beweerde dat hij niet op de hoogte was van de te verbeteren punten uit het verbetertraject. Echter blijkt uit gespreksverslagen dat de werknemer wel op de hoogte was van de te verbeteren punten. De werknemer heeft het gespreksverslag

		voor akkoord getekend. Voorts is de kantonrechter van oordeel dat de aangeboden hulp voldoende is geweest. Het verbetertraject heeft gemiddeld 9 maanden geduurd. Tijdens het verbetertraject hebben evaluatiegesprekken plaatsgevonden met de werknemer. Ten aanzien van de herplaatsing zijn er geen andere functies die de werknemer kan uitvoeren. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst.
22	ECLI:NL:RBMNE:2018:1125	Er is geen sprake van disfunctioneren. De werkgever heeft de werknemer zelf in een andere functie geplaatst. De kantonrechter gaat ervanuit dat de werkgever in dit geval de werknemer geschikt achtte voor deze functie ook stelt de kantonrechter dat de functie waar de werknemer in is geplaatst dat deze onvoldoende aansluit op zijn capaciteiten, kennis en ervaring. De kantonrechter komt tot de conclusie dat de werknemer nooit in een passende functie is geplaatst en dat de werkgever zich ook niet heeft ingespannen om tijdens het verbetertraject wel een passende functie voor de werknemer te vinden. De arbeidsovereenkomst wordt niet ontbonden.

Bijlage 2: Analyse topics

Nummer	ECLI-nummer	Sprake van disfunctioneren	Medewerker tijdig in kennis gesteld	Gelegenheid tot verbetering	Herplaatsingsmogelijkheid bekeken	Niet het gevolg van onvoldoende zorg scholing/arbeidsomstandigheden	Arbeidsovereenkomstontbonden	Arbeidsovereenkomstniet ontbonden
1	ECLI:NL:RBMNE:2016:1296	x	x	x	x	x	x	
2	ECLI:NL:RBMNE:2016:6610	x	x	x	x	x	x	
3	ECLI:NL:RBNNE:2016:4558	x	x	x	x	x	x	
4	ECLI:NL:RBNHO:2017:8263	x	x	x	x	x	x	
5	ECLI:NL:RBROT:2016:6135	x	x	x	x	x	x	
6	ECLI:NL:RBROT:2016:9253	x	x	x	x	x	x	
7	ECLI:NL:RBOVE:2016:4686	x	x	x	x	x	x	
8	ECLI:NL:RBOVE:2017:2006	x	x	x	x	x	x	
9	ECLI:NL:RBMNE:2016:1577							x
10	ECLI:NL:RBMNE:2016:6275			x				x
11	ECLI:NL:RBNNE:2018:121		x	x		x		x
12	ECLI:NL:RBNNE:2017:566							x
13	ECLI:NL:RBNHO:2017:967	x		x				x
14	ECLI:NL:RBNHO:2016:8420	x	x					x
15	ECLI:NL:RBROT:2016:10142	x	x	x		x	x	
16	ECLI:NL:RBROT:2016:3411	x	x					x
17	ECLI:NL:RBAMS:2016:2602			x				x
18	ECLI:NL:RBLIM:2017:4086							x
19	ECLI:NL:RBLIM:2016:3044			x				x
20	ECLI:NL:RBOVE:2016:4980		x					x
21	ECLI:NL:RBROT:2017:6150	x	x	x	x	x	x	
22	ECLI:NL:RBMNE:2018:1125							x