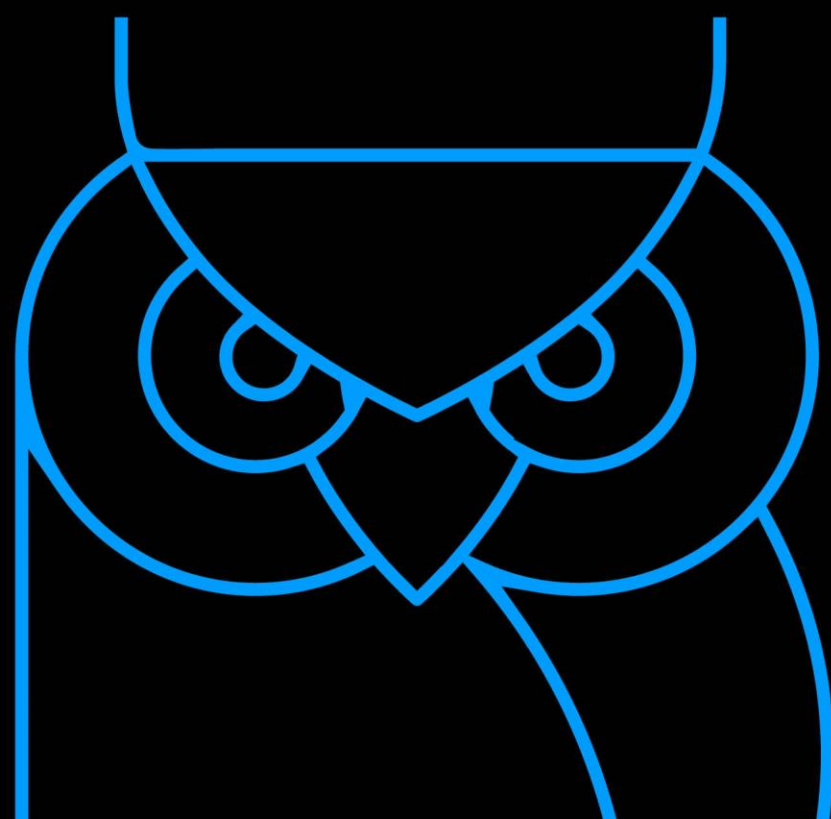
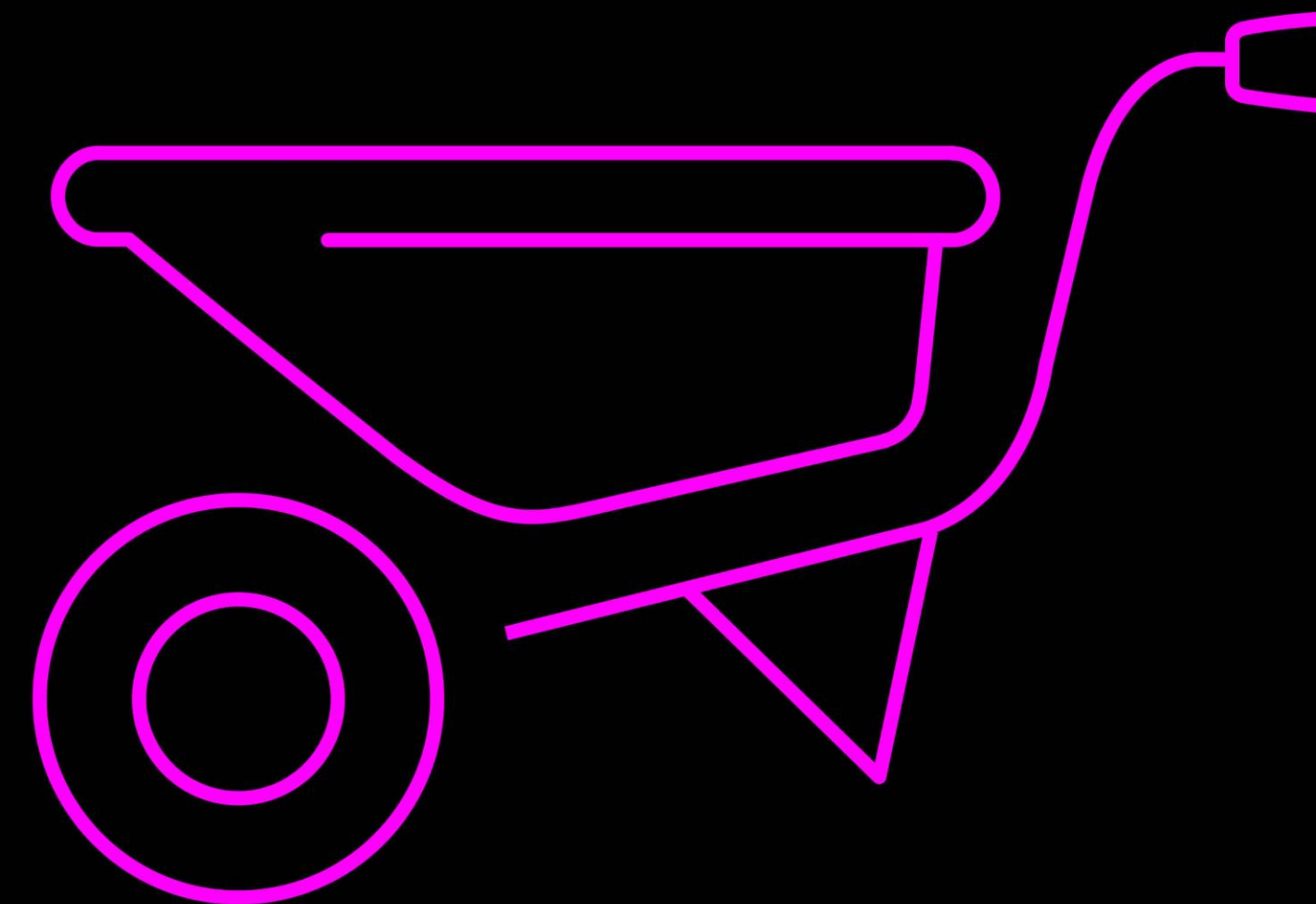
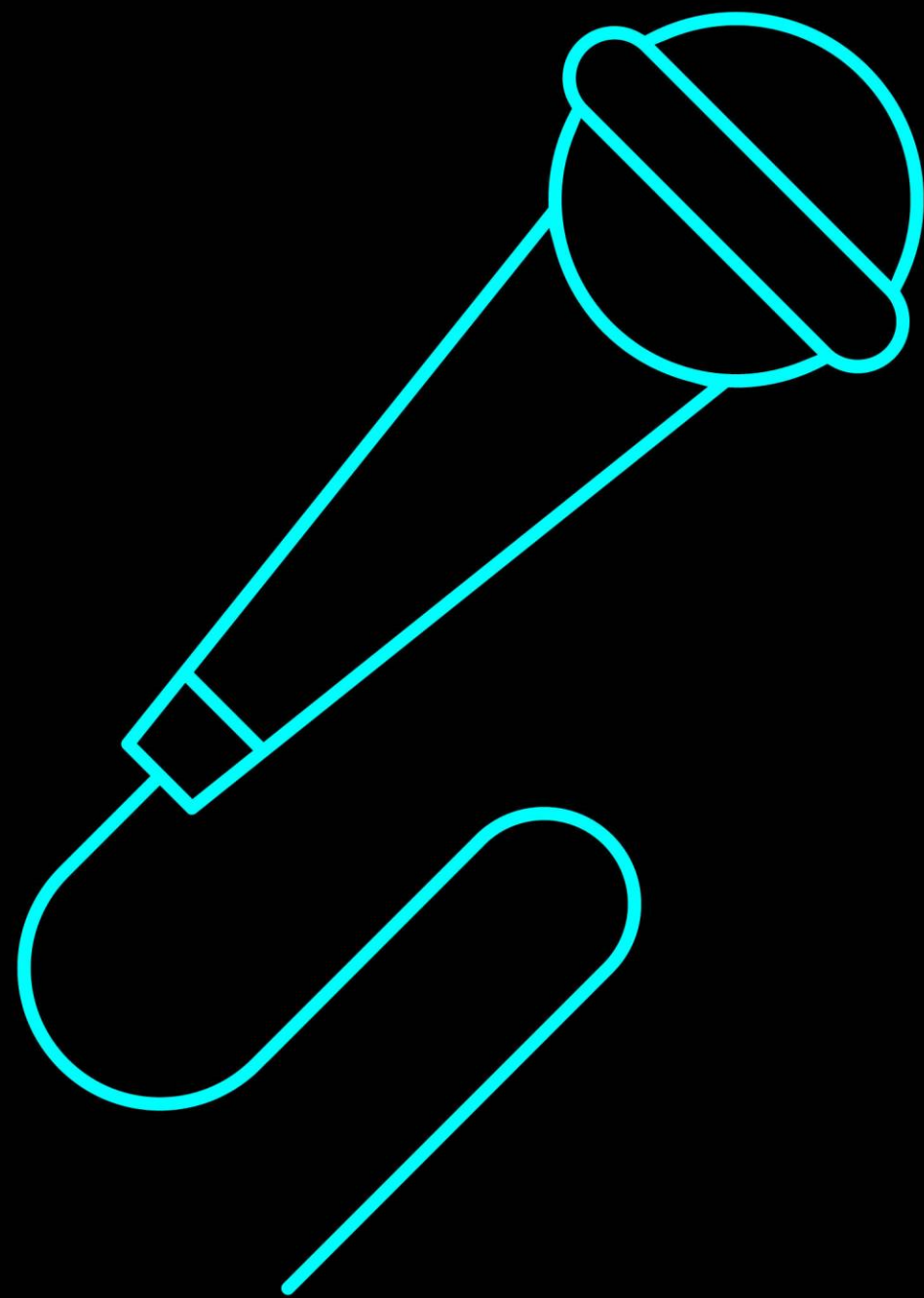


21 nov 2019
DeFabrique

Labour Lawlands



Procederen in arbeidsrecht

Van bestuursrecht naar boek 7 BW

mr. Martijn Devilee en mr. Allard Bekius

**Labour
LawLands**

21 nov 2019
DeFabrique

Programma

- “BIG BANG”
- Het heden
- De toekomst



“BIG BANG”

**Labour
LawLands**

21 nov 2019
DeFabrique

Het besluit verdwijnt, dus:

- Geen voorgenomen besluit, geen hoorplicht
- Geen bezwaar, geen bezwaaradviescommissie
- Geen bezwaartermijn
- Geen formele rechtskracht
- Geen mogelijkheid om eventueel na bezwaar/beroep besluit te 'repareren'

Overgangsrecht

- Besluiten die op het moment van overgang (1 januari 2020) zijn genomen, behouden hun geldigheid
- Lopende procedures of nog bestaande mogelijkheden voor bezwaar blijven verlopen volgens het bestuursrecht

Verandering procesrecht

- Burgerlijke rechter: andere procedure, andere 'taakopvatting' door rechter
- Minder laagdrempelig dan bezwaar (brief/mail ambtenaar moet al snel als bezwaar worden opgevat)
- Proceskosten
- Geschillenregelingen o.g.v. cao, bijv. functiewaardering, VWNW-traject

Het heden

**Labour
LawLands**

21 nov 2019
DeFabrique

De procedure

Nu:

- Voorgenomen besluit
- Zelf besluiten tot ontslag na interne voorbereiding
- Uit dienst na besluit
- Meestal geen opzegtermijn
- Bezwaar, meestal o.b.v. advies bezwaarcommissie
- Beroep op bestuursrechter, die redelijk terughoudend toetst

Integriteitseisen ambtenaar

- Ambtenarenwet (2017)
 - Dienstbaar aan het publieke belang
- &
- Met respect voor besluiten van boven hen gestelde democratisch gelegitimeerde organen
 - Vergelijk met 'Bijzondere werknemers' met 'bijzondere taak en positie'

Ontslaggronden CAR-UWO

- Op aanvraag
- Wegens ouderdomspensioen
- Wegens weigering medewerking re-integratie
- Reorganisatie
- Niet kunnen herstellen in actieve dienst na politieke functie
- Verlies vereiste voor benoembaarheid
- Wegens lijfswang wegens schulden
- Wegens veroordeling tot vrijheidsstraf
- Wegens ongeschiktheid wegens ziekte
- ***Wegens onbekwaamheid 'anders dan'***
- Verstrekken onjuiste inlichtingen bij indiensttreding
- Wegens andere gronden
- Wegens plichtsverzuim

De maatstaf

- Een ontslag wegens ongeschiktheid voor het vervullen van de functie anders dan wegens ziekte of gebreken is ***in het algemeen*** niet toelaatbaar, als ***de ambtenaar niet op zijn functioneren of gedrag is aangesproken en in de gelegenheid is gesteld dit te verbeteren*** (CRvB 3 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1098).
- Volgens vaste rechtspraak geldt voorts dat in geval de ambtenaar als gevolg van ziekte of gebrek ongeschikt is voor zijn functie, het bestuursorgaan niet bevoegd is hem ontslag te verlenen wegens ongeschiktheid op andere dan medische gronden (CRvB 30 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:249).

De maatstaf (vervolg)

- Nu appellant meermalen duidelijk is gemaakt dat en op welke punten zijn functioneren tekortschoot, hij voldoende kansen heeft gekregen om zijn functioneren te verbeteren en hij deze kansen niet heeft benut, terwijl daarbij met zijn ziektebeeld voldoende rekening is gehouden, was het college bevoegd aan appellant ongeschiktheidsontslag te verlenen. Er is ***geen grond*** voor het oordeel dat het college ***niet in redelijkheid van zijn ontslagbevoegdheid*** gebruik heeft kunnen maken.

Mogen integriteitseisen onderdeel zijn van disfunctioneringsontslag?

“... appellant heeft kunnen en moeten beseffen dat hij zich beroepshalve verre van deze contacten moest houden.” en “...appellant heeft immers getoond zich onvoldoende bewust te zijn van zijn voorbeeldfunctie als politiefunctionaris” (ECLI:CRVB:2005:AU4262).

“...op de vlakken integriteit, betrouwbaarheid en verantwoordelijkheidsbesef – die van groot belang zijn voor de door hem uitgeoefende functie – tekortschiet, zodat sprake is van ongeschiktheid van appellant voor het door hem beklede ambt”
(ECLI:NL:CRVB:2010:BO0372)

“...Van dit laatste is bij verzoeker sprake, aangezien integriteit en vertrouwen de kern van het functioneren als douanemedewerker vormen.” (ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9010)

Verbetertraject

- De ambtenaar moet tijdig op zijn functioneren of gedrag zijn aangesproken en de gelegenheid hebben gehad dit te verbeteren.
- Een verbeterkans mag achterwege blijven indien de ambtenaar dusdanig blijkt heeft gegeven niet over de vereiste eigenschappen, mentaliteit of instelling te beschikken dat de werkgever zich op het standpunt mag stellen dat het bieden van een verbeterkans niet zinvol is. Die conclusie mag slechts in bijzonder sprekende gevallen worden getrokken.

Herplaatsing

- Re-integratie naar arbeid bevorderen (re-integratiefase conform rechtspositieregeling)
- Voortzetting in redelijkheid niet gevegd kan worden impliceert dat herplaatsing binnen organisatie niet mogelijk is of van verdere inspanningen daartoe geen resultaat te verwachten valt.

Bewijsrecht

- Ongeschiktheid moet worden aangetoond aan de hand van concrete gedragingen van de ambtenaar
- Werkgever moet aannemelijk maken dat een negatieve beoordeling niet op onvoldoende gronden berust
- Niet beslissend is of elk feit boven elke twijfel verheven is, het gaat om het totale beeld
- Getrapte besluitvorming richting ontslag
- Bij ontslag kan worden uitgegaan van onherroepelijk geworden beoordelingen

De toekomst

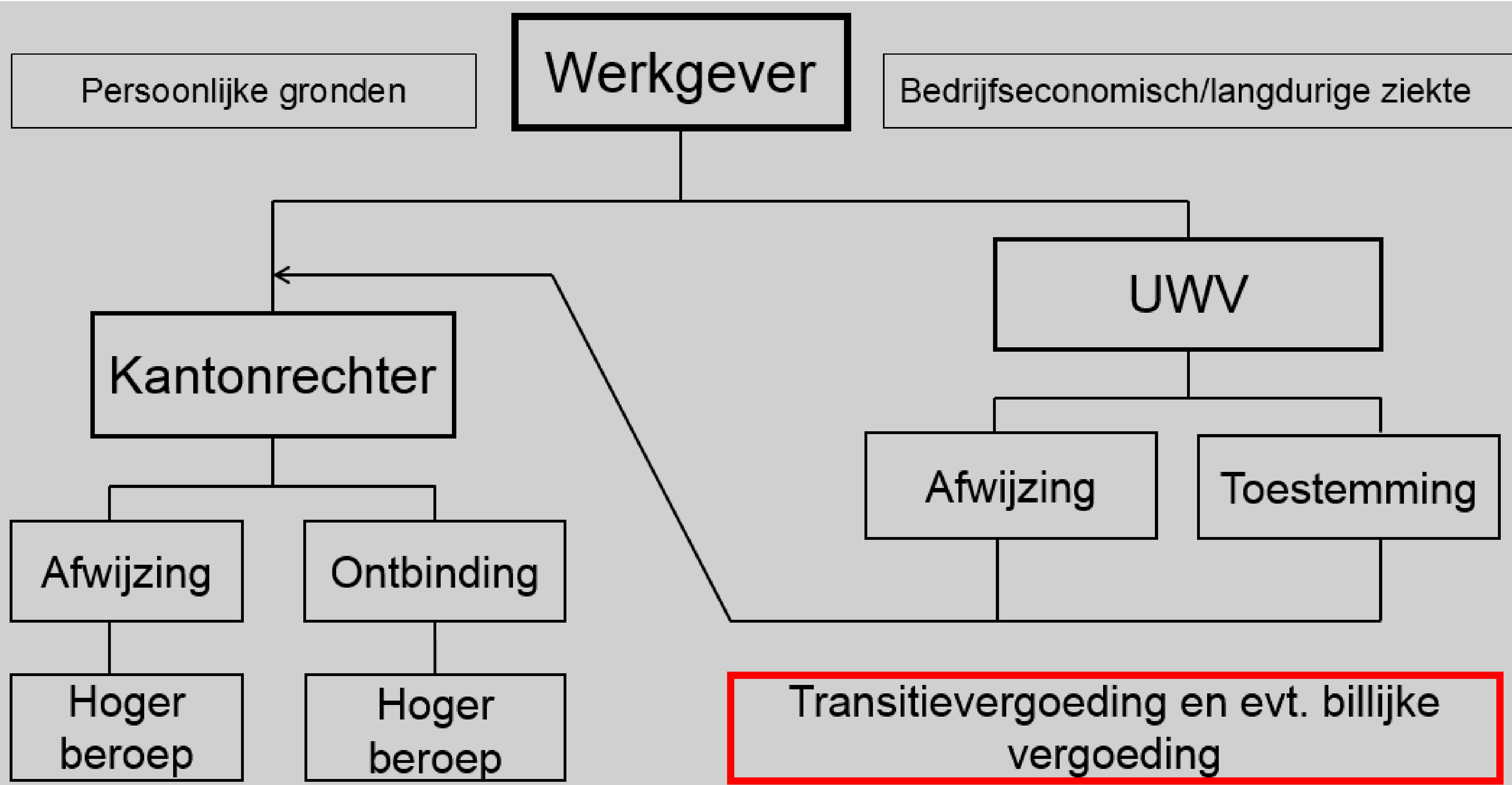
**Labour
LawLands**

21 nov 2019
DeFabrique

De procedure

Straks:

- Voorafgaande toetsing ontslag door externe instantie (volle toetsing)
- Tot positief oordeel UWV/kantonrechter is werknemer in dienst
- Opzegtermijn
- Hoger beroep en cassatie



Wettelijke grondenstelsel (artikel 7:669 BW)

- a. bedrijfseconomische omstandigheden
- b. langdurige arbeidsongeschiktheid
- c. frequent ziekteverzuim
- d. *disfunctioneren***
- e. verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer
- f. gewetensbezwaren
- g. verstoorde arbeidsverhouding
- h. ontslag op grond van andere omstandigheden



De maatstaf

- **Werkgever bepaalt (in redelijkheid) de norm:**
 - welke prestaties moet de werknemer leveren?
 - welk gedrag moet de werknemer vertonen?
- **Relevante (hulp)bronnen:**
 - arbeidsovereenkomst, functiebeschrijving, eerdere functioneringsgesprekken
 - beleid, richtlijnen & protocollen, afspraken, teamvergaderingen
 - afspraken met werknemer, opdrachten, waarschuwingen
- **Vaststellen disfunctioneren:**
 - aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, tegen de achtergrond van de functievereisten, aantonen dat werknemer niet voldoet

Verbetertraject

- Werkgever maakt in duidelijke bewoordingen kenbaar wat er in zijn optiek aan schort en geeft werknemer de mogelijkheid om functioneren te verbeteren
- Werknemer moet aan concrete punten kunnen werken, die SMART zijn geformuleerd
- Wat is “voldoende”? : duur van het traject is niet in de wet geregeld

Eisen verbetertraject

- Niet is gebleken dat een concreet verbeterplan is opgesteld en dat werknemer **daadwerkelijk begeleiding** door werkgever of een ander is geboden. Evenmin blijkt dat hem anderszins instrumenten ter verbetering van zijn functioneren zijn aangereikt (Rb. Den Haag)
- Het ligt **op de weg van de werkgever om zich in te spannen** teneinde het functioneren van de werknemer in kwestie op het gewenste niveau te brengen, door middel van een transparant en duidelijk verbeterplan, waarin ook wordt vastgelegd welke competenties verbetering behoeven, hoe dat aangepakt gaat worden en binnen welk tijdsbestek (Rb. Rotterdam)
- Een verbetertraject kan **ook op een informele wijze** plaatsvinden. Het moet werknemer in ieder geval duidelijk zijn – door begeleiding bij zijn werkzaamheden en door herplaatsing in een eenvoudiger functie – dat hij in een verbetertraject was geraakt (Rb. Utrecht).

Eisen verbetertraject (vervolg)

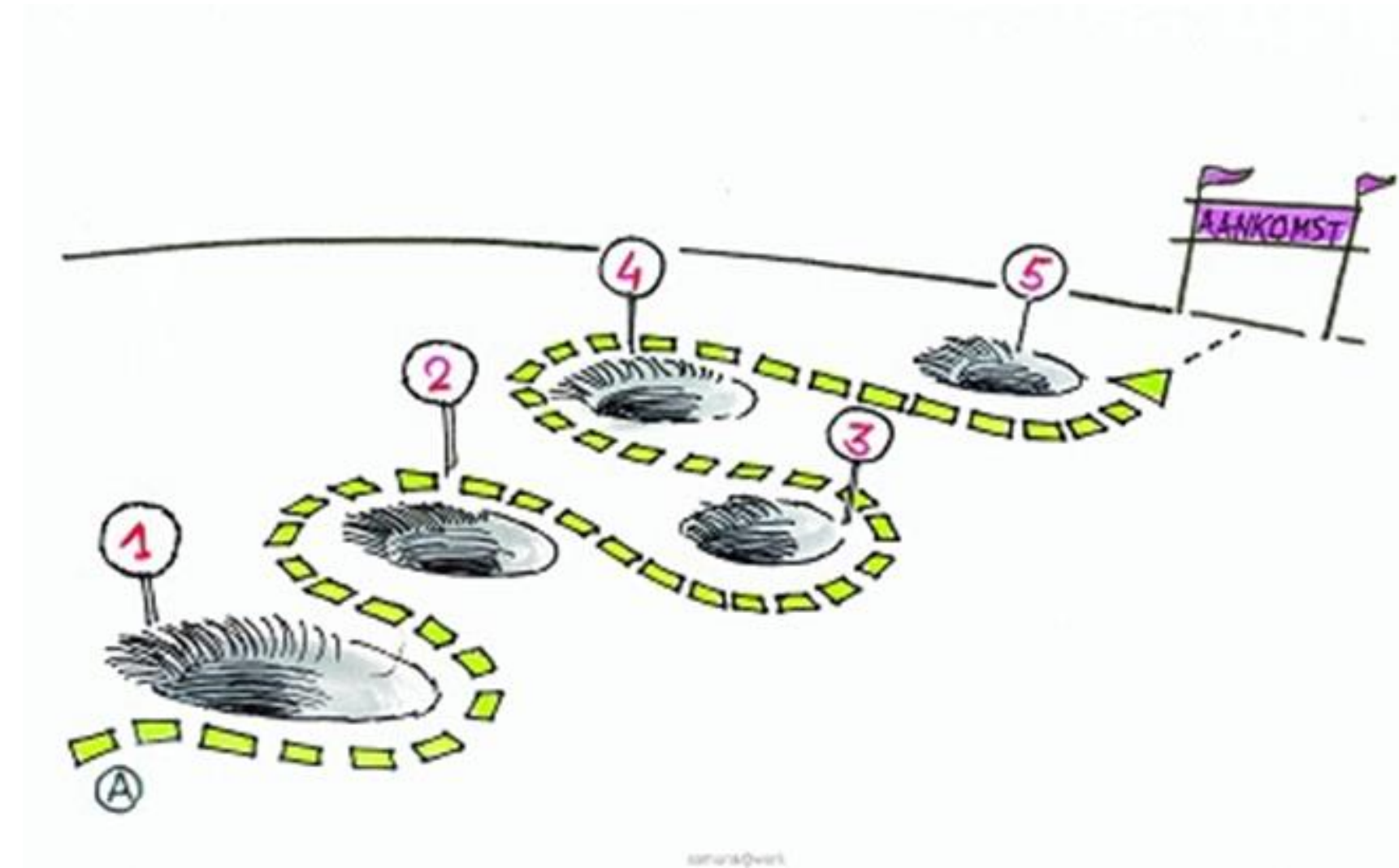
- Een werkgever moet een werknemer ***serieus en reëel gelegenheid tot verbetering bieden***. Welke hulp, ondersteuning en begeleiding ***in een concreet geval*** van de werkgever mag worden verwacht ter verbetering van het functioneren van de werknemer, alsmede op welke wijze een en ander moet worden vastgelegd, hangt af van de omstandigheden van het geval. ***Daarbij kunnen onder meer een rol spelen de aard, de inhoud en het niveau van de functie, de bij de werknemer aanwezige opleiding en ervaring, de aard en mate van de ongeschiktheid van de werknemer, de duur van het onvoldoende functioneren vanaf het moment dat de werknemer daarvan op de hoogte is gesteld, de duur van het dienstverband, wat er in het verleden reeds is ondernomen ter verbetering van het functioneren, de mate waarin de werknemer openstaat voor kritiek en zich inzet voor verbetering, en de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever*** (Hoge Raad).

Verbetertraject in orde

- Schooldirecteur (35 jaar in dienst) vier jaar geleden al gecoacht op leiderschap. Nieuw coachingstraject van drie maanden dat na evaluatie met drie maanden is verlengd, is voldoende (Hof Arnhem-Leeuwarden)
- Competenties waarover een werknemer in zijn functie dient te beschikken, laten te wensen over, zoals het doorvoeren van voorstellen, prioriteren en plannen. Vanaf augustus 2013 tot juni 2015 coachingstraject. Vanaf juni 2015 tweewekelijks overleg waarin steeds duidelijke afspraken (SMART) zijn meegegeven waaraan werknemer diende te voldoen (Rb. Utrecht)

Valkuilen

- Terugval disfunctioneren na eerder doorlopen verbetertraject: onvoldoende opnieuw opgepakt (althans vastgelegd): afwijzing ontbindingsverzoek (Rb. Leeuwarden)
- Werknemer moet zelf verbeterplan schrijven en wordt daarvoor ook verantwoordelijk gesteld en op afgerekend. Geen goed werkgeverschap: afwijzing ontbindingsverzoek (Rb. Leeuwarden)



Afbakening disfunctioneren en verwijtbaar handelen

- Onderscheid tussen niet (meer) kunnen voldoen aan gestelde ***functie-eisen en gedragingen*** die maken dat werknemer de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet naleeft. In dat laatste geval is sprake van verwijtbaar handelen of nalaten en is herplaatsing niet aan de orde
- Onderscheid tussen ***niet kunnen*** en ***niet willen***. Onwil van werknemer is dan verwijtbaar handelen

Herplaatsing

- Ontslag is alleen mogelijk indien werkgever aantoont dat herplaatsing van werknemer in een passende functie (al dan niet na scholing) binnen een redelijke termijn niet mogelijk is.
- Passende functie: “een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer”
 - functie moet vacant zijn
 - functies van flexwerkers
 - herplaatsingsverplichting strekt uit tot het “concern”

Bewijsrecht

- Het bewijsrecht is van toepassing
- Werkgever moet relevante feiten stellen en zo nodig bewijzen
- Bewijzen ≠ steeds vereist dat onomstotelijk vast staat, maar soms is voldoende dat aannemelijk is gemaakt
- Disfunctioneringsdossier kan niet trapsgewijs worden ‘vastgeklikt’, dus meer stellingen van werkgever staan potentieel ter discussie
- Bij de volgende vraag of de onvoldoende geschiktheid genoegzaam uit het beschikbare bewijs is gebleken, heeft de werkgever een zekere mate van beoordelingsvrijheid

Casus

Casus

- Harry de Roode werkt als administratief medewerker bij de gemeente Utrecht. Hij heeft het er naar zijn zin. De werkdruk is hoog, maar hij heeft aardige collega's.
- Vanaf begin 2020 krijgt Harry steeds vaker kritiek op zijn functioneren. Hij is vergeetachtig, niet in staat het nieuwe telefoniesysteem onder de knie te krijgen en stelt zich niet proactief op.
- In juli 2020 wordt in lijn met de beoordelingssystematiek een voortgangsgesprek met Harry gevoerd. In dat gesprek wordt Harry (nogmaals) geconfronteerd met de klachten. Na dit gesprek wordt aan Harry opgedragen een verbeterplan op te stellen met zijn verbeterdoelen erin.
- **Vraag:** waar zal in het voortgangsgesprek op moeten worden gelet? Op welke wijze zal de gemeente het verbetertraject inzetten? Hoe lang moet dit duren?

Antwoord

Gemeente zal:

- alles op papier (laten) zetten
- tekortkomingen aankaarten
- aangeven dat er een verbetertraject wordt gestart

Werknemer zal:

- verzoeken om kopie gespreksverslag
- zo nodig schriftelijk reageren op gespreksverslag
- tekortkomingen betwisten
- beste beentje voor zetten

Antwoord

- *Vraag 'Op welke wijze zou de gemeente het verbetertraject inzetten?'*
 - Nadat het verbeterplan door de werknemer is opgesteld, met korte tussenpozen evalueren. Bijvoorbeeld een tweewekelijks overleg waarin steeds duidelijke afspraken (SMART) zijn meegegeven waaraan werknemer dient te voldoen
 - Als het verbetertraject niet goed wordt doorlopen, zal de gemeente moeten aangeven dat er afscheid wordt genomen.
- *Vraag 'Hoe lang moet het verbetertraject duren?'*
 - Afhankelijk van de omstandigheden, vaak is 6 maanden genoeg. Soms kan worden volstaan met minder (denk aan 3 maanden) en de andere keer juist langer (1 jaar).

Casus (vervolg)

- In dezelfde periode krijgt Harry de diagnose reuma. Hij heeft al meer dan een jaar klachten en na vele artsenbezoeken is er eindelijk een diagnose.
- Harry is als gevolg van zijn ziekte minder mobiel, maar ook moe, met een lagere concentratie en lager energieniveau. Hij moet minstens twee keer per week naar de fysiotherapeut om zijn gewrichten soepel te houden en zijn conditie op peil. Hij krijgt daar alle ruimte voor van de gemeente. De gemeente houdt met het toedelen van werk ook rekening met Harry's verminderde aanwezigheid.
- De gemeente constateert eind 2020 dat Harry zijn verbeterdoelen niet heeft gehaald. Het verbetertraject wordt nog enkele maanden verlengd en Harry krijgt nog coaching van zijn collega, maar ook dan blijkt Harry niet in staat zijn functioneren op het gewenste niveau te krijgen.

Casus (vervolg)

- De gemeente biedt Harry de functie van junior assistent aan, maar Harry weigert de functie omdat hij degradatie geen optie vindt.
- De gemeente wil Harry ontslaan.

Vraag: welke grondslag ziet u?

Vraag: heeft een ontslag kans van slagen?

Antwoord

- Ontslag wegens disfunctioneren, 7:671b lid 1 sub a jo. 7:669 lid 3 sub d BW
- (1) Herplaatsing: één functie aangeboden. Passend? Is dit voldoende?
- Bij weigering passende functie ligt herplaatsing niet in de rede
- (2) Voldragen redelijke grond: disfunctioneren, tijdig in kennis gesteld, verbeterkans, geen onvoldoende zorg voor werkomstandigheden
- Maar...
- Harry kan betogen dat zijn disfunctioneren verband houdt met zijn ziekte. Ziekte kwam in dezelfde periode naar voren als disfunctioneren. Ook is het niet onaannemelijk dat de klachten van Harry hebben geleid tot disfunctioneren.

Antwoord

Let op!

Uit casus blijkt niet direct dat Harry is ziek gemeld, alleen dat hij een fysiotherapeut bezoekt. Je kan dus de vraag stellen of Harry wel ongeschikt wegens ziekte is.

Einde - Vragen?

Allard Bekius – (0)88 752 00 81 (secr.) / (0)6 539 770 96
allard.bekius@nysingh.nl

Martijn Devilee – (0)10 436 07 33 / (0)6 391 483 41
devilee@vandenbrekeladvocaten.nl

