

Zijn er grenzen aan de herplaatsingsverplichting?

Een voorwaarde voor werkgevers om over te kunnen gaan tot ontslag van een werknemer, is dat moet worden onderzocht of er mogelijkheden zijn om een werknemer te herplaatsen in een andere functie, al dan niet met behulp van scholing. Met name bij werkgevers die onderdeel uitmaken van een (internationaal) concern rijst de vraag hoe ver die herplaatsingsverplichting reikt.

De huidige herplaatsingsverplichting (art. 7:669 lid 1 BW) is ruimer dan de herplaatsingsverplichting zoals die gold voor de invoering van de Wet Werk en Zekerheid. Voor de invoering van de Wet Werk en Zekerheid was de herplaatsingsverplichting voor werkgevers vastgelegd in het (inmiddels vervallen) Ontslagbesluit. Op grond van art. 3:1 van het Ontslagbesluit kon het UWV in geval van een bedrijfseconomisch ontslag alleen overgaan tot het verlenen van toestemming om de arbeidsovereenkomst op te mogen zeggen als het voorgenomen ontslag redelijk was, waarbij de mogelijkheden en belangen van de betrokken werknemer in aanmerking werden genomen. Op grond van art. 5:1 van het Ontslagbesluit kon het UWV in geval van een zieke werknemer alleen haar toestemming verlenen aan de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te mogen zeggen als de werkgever aannemelijk kon maken dat de werknemer niet binnen 26 weken in een aangepaste of andere functie kon worden herplaatst. De oude herplaatsingsverplichting gold dus alleen voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met zieke werknemers, of in geval van een bedrijfseconomisch ontslag. De huidige herplaatsingsverplichting geldt in alle gevallen waarin een werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer wil beëindigen. Bijvoorbeeld in geval van disfunctioneren moet een werkgever onder de huidige regelgeving ook onderzoeken of er mogelijkheden zijn om de werknemer te herplaatsen. Alleen bij de ontslaggrond 'verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer' geldt voor de werkgever geen herplaatsingsverplichting. Bij iedere andere ontslaggrond geldt in principe dus een herplaatsingsverplichting, tenzij de werkgever kan aantonen dat herplaatsing niet in de rede ligt. In de praktijk blijkt dat dit aan de orde kan zijn bij een verstoorde arbeidsrelatie. Omdat de herplaatsingsverplichting onder het huidige recht in principe geldt voor alle ontslaggronden zullen werkgevers hier in de praktijk veel vaker mee te maken krijgen.

Inspannen voor herplaatsing

In art. 7:669 lid 1 BW staat dat de werkgever een arbeidsovereenkomst met een werknemer mag opzeggen indien herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan

niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Uit de tekst van dit artikel volgt dus dat herplaatsing van een werknemer niet altijd mogelijk is. Er zullen binnen een bedrijf niet altijd passende functies beschikbaar zijn om een werknemer te kunnen herplaatsen. De verplichting is dan ook geen resultaatsverplichting, waarbij van de werkgever verlangd wordt dat hij er altijd voor zorgt dat een werknemer hoe dan ook herplaatst wordt, maar een inspanningsverplichting.

Die inspanningsverplichting houdt in dat een werkgever moet onderzoeken of er mogelijkheden zijn om een werknemer te herplaatsen. Hoeveel inspanningen de werkgever moet leveren om aan zijn herplaatsingsverplichting te voldoen, wordt uit de jurisprudentie op dit punt nog niet duidelijk.

Rechtbank Amsterdam oordeelde over de herplaatsingsverplichting bijvoorbeeld dat van een werkgever mag worden verwacht dat hij een werknemer actief begeleidt, initiërend te werk gaat en wellicht ook, voor zover redelijk, eventuele aanwezige belemmeringen voor een nieuwe functie wegneemt. Dat kan – zo oordeelde de kantonrechter – door aan de werknemer concrete opleidingsmogelijkheden te bieden en problemen op te lossen bij een eventueel niet direct passend cv door in gesprek te gaan met leidinggevenden en de werknemer. Volgens Rechtbank Noord-Nederland kan de werkgever bij de invulling van zijn voorgeschreven herplaatsingsinspanningen niet volstaan met het bekendmaken van vacatures binnen het bedrijf. De werkgever moet de werknemer volgens de rechtbank actief begeleiden en in ieder geval gedurende de redelijke termijn maatwerk leveren, wat meebrengt een op de persoon van de desbetreffende werknemer afgestemde benadering. Daarvoor moet de werkgever in directe communicatie met de werknemer onder meer de individuele ambities en mogelijkheden, inclusief aanvullende scholingsmogelijkheden, van de werknemer in kaart brengen, aldus Rechtbank Noord-Nederland.

Wat uit deze uitspraken in ieder geval kan worden opgemaakt is dat er van de werkgever een actieve rol wordt verwacht bij het onderzoeken van de mogelijkheden tot herplaatsing van een werknemer. Daarnaast lijkt

de werkgever bij zijn inspanningen om een werknemer te herplaatsen op basis van deze uitspraken ook een 'persoonlijke aanpak' te moeten hanteren bij iedere werknemer.

Herplaatsing binnen een concern

De vraag wanneer een werkgever voldoende inspanningen heeft geleverd om aan zijn herplaatsingsverplichting te doen is al moeilijk te beantwoorden. Daar komt nog eens bij dat de werkgever, indien hij uitmaakt van een concern, zijn inspanningen niet mag beperken tot zijn eigen bedrijf. Uit art. 9 Ontslagregeling, waarin de herplaatsingsverplichting van art. 7:669 lid 1 BW nader is uitgewerkt, volgt dat een werkgever, bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is voor een werknemer, ook de arbeidsplaatsen in andere tot het concern behorende ondernemingen moet betrekken.

De gedachte hiërarcher lijkt volgens de jurisprudentie te zijn dat van een 'grote' werkgever meer mag worden verwacht en dus ook meer wordt gevraagd in het kader van de herplaatsingsverplichting. Die hogere verwachtingen ten opzichte van 'grote' werkgevers zorgen er dus voor dat werkgevers verder moeten kijken dan alleen hun eigen bedrijf. Daarnaast lijken de hogere verwachtingen ten aanzien van grotere werkgevers er met name ook op te zien dat deze grote werkgevers uitgebreider dienen te onderbouwen dat er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. Zo oordeelde Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld: 'Los van het voorgaande is het zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet voorstelbaar dat binnen een groot concern als Blokker is, in de periode van maart 2016 tot 1 januari 2017 geen passende functie voor [verzoeker] beschikbaar was behoudens de aangeboden functie bij Intertoys.'

Rechtbank Noord-Holland oordeelde in gelijke strekking over bouwgroep BAM: 'BAM is een groot concern, met veel vacatures. Dat er geen passende functies zijn voor [werknemer], die werkzaam was als operationeel manager/bedrijfsleider, heeft BAM tegenover de gemitiverde betwisting door [werknemer] onvoldoende onderbouwd.'

Internationale herplaatsing

Dat werkgevers die onderdeel uitmaken van een concern in het kader van de herplaatsingsverplichting naar passende functies moeten zoeken binnen het gehele concern is dus het uitgangspunt. Maar hoe moet een werkgever die onderdeel uitmaakt van een internationaal concern hiermee omgaan?

Over de herplaatsingsverplichting van een werkgever in een internationaal concern heeft Hof Den Haag zich onlangs nog uitgelaten. Het ging hier om oliemaatschappij Shell, een zeer groot internationaal concern. De werknemer die werd ontslagen door Shell stelde zich op het standpunt dat op grond van art. 9 van de Ontslagregeling moest worden gekeken naar mogelijkheden tot herplaatsing binnen het concern van Shell wereldwijd. Daarnaast verwees hij naar de toelichting op de Ontslagregeling waarin staat opgenomen dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang



geniet boven een externe sollicitant.

Hof Den Haag volgt de stelling van de werknemer dat in de rede ligt dat het onderzoek van Shell naar passende functies zich richt op het concern wereldwijd. Hof Den Haag gaat echter niet mee in zijn stelling dat hij ten allen tijde voorrang geniet boven een externe sollicitant. Daartoe wordt overwogen: 'Het ligt echter niet in de rede – in de zin van art. 7:669 lid 1 BW – om te aanvaarden dat [verzoeker] de door hem verlangde voorrang geniet. Het gaat steeds om vacatures en aanstellingen bij afzonderlijke lokale vennootschappen van het Shell concern. Met de voorrang zou worden ingegrepen in de vrijheid van deze vennootschappen om naar eigen behoefte en wensen lokaal personeelsbeleid te voeren. Niet is in te zien hoe SIEP – al dan niet via de moedervennootschap – juridisch zou kunnen afdwingen dat [verzoeker] deze voorrang krijgt, mede in aanmerking genomen de eisen van corporate governance die in een grote internationaal opererende en beursgenoteerde onderneming als het Shell concern gelden.'

De herplaatsingsverplichting voor werkgevers in een internationaal concern lijkt hiermee door het hof iets te worden genuanceerd. Het hof maakt hierbij gebruik van de mogelijkheid die art. 7:669 lid 1 BW biedt, namelijk dat herplaatsing niet steeds in de rede zal liggen.

Conclusie

De huidige herplaatsingsverplichting geldt voor alle gronden op basis waarvan een werkgever over wil gaan tot ontslag van een werknemer, behalve de ontslaggrond 'verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer'. De herplaatsingsverplichting is een inspanningsverplichting die inhoudt dat de werkgever moet onderzoeken of er mogelijkheden zijn om een werknemer in een passende functie te herplaatsen. Wanneer de werkgever onderdeel uitmaakt van een concern, moet ook worden gekeken naar mogelijk passende functies binnen het gehele concern. Een werkgever in een internationaal concern zal, voor zover dat in de rede ligt, ook moeten kijken naar de mogelijkheden om een werknemer te herplaatsen in een vestiging van het concern in een ander land. ■

mr. M. Maaijen, *Pallas Advocaten*, www.pallas.nl

Wet: art. 7:669 lid 1 BW

Jurisprudentie: Rb. Amsterdam 22-10-2015, nr. 4459119 KK EXPL 15-1279 (ECLI:NL:RBAMS:2015:8045); Rb. Noord-Nederland 21-11-2016, nr. 5282786 \ AR VERZ 16-153 (ECLI:NL:RBNNE:2016:5233); Rb. Amsterdam 20-01-2017, nr. EA VERZ 16-1277 (ECLI:NL:RBAMS:2017:842); Rb. Noord-Holland 20-07-2016, nr. 4995930 (ECLI:NL:RBNHO:2016:9542); Rb. Amsterdam 29-05-2017, nr. EA VERZ 17-77 (ECLI:NL:RBAMS:2017:4364); Hof Den Haag 19-09-2017, nr. 200.207.360/01 (ECLI:NL:GHDHA:2017:2654)

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl