

JAR 2016/274 Rechtbank Rotterdam, 28-09-2016, 5309236 VZ VERZ 16-18210, ECLI:...**Wetsbepaling(en):** BW BOEK 7 artikel 669, BW BOEK 7 artikel 671B**Ook gepubliceerd in:** ECLI:NL:RBROT:2016:7424, AR-Updates.nl 2016-1095

Aflevering 2016 afl. 16
College Rechtbank Rotterdam
Datum 28 september 2016
Rolnummer 5309236 VZ VERZ 16-18210
Rechter(s) mr. Van Die
De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Star OGP Projects BV te Moerdijk,
verzoekster,
Partijen gemachtigde: mr. S.M.B.W. Oosterbeek te Breda,
tegen
de werknemer te (...),
verweerder,
gemachtigde: mr. M.A.H.H. Ceelen te Amsterdam.
Noot mr. M. van Woerden
Trefwoorden Ontbinding arbeidsovereenkomst "bankzitter" wegens bedrijfseconomische redenen,
Plaatsing in komende 26 weken niet reëel
Regelgeving BW Boek 7 - 669 lid 3
BW Boek 7 - 671b

JAR 2016/274 Rechtbank Rotterdam, 28-09-2016, 5309236 VZ VERZ 16-18210, ECLI:NL:RBROT:2016:7424**Ontbinding arbeidsovereenkomst "bankzitter" wegens bedrijfseconomische redenen, Plaatsing in komende 26 weken niet reëel****»Samenvatting**

De werknemer werkt sinds 2 februari 2007 bij de werkgever, een detacheringsbureau. De werknemer is in dienst als Project Manager/Project Leader. De werkgever verzoekt het UWV een ontslagvergunning te verlenen nu de werknemer in een periode van 55 maanden slechts acht maanden kon worden ingezet op een project. De werknemer is in de overige maanden tevergeefs door de werkgever aan opdrachtgevers aangeboden. Het verzoek wordt door het UWV afgewezen omdat niet aannemelijk is geworden dat de arbeidsplaats van de werknemer komt te vervallen. De werkgever verzoekt vervolgens de kantonrechter om ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden. De werknemer bepleit afwijzing van het ontbindingsverzoek en maakt subsidiair aanspraak op de transitievergoeding.

De kantonrechter is van oordeel dat, gezien over een toekomstige periode van ten minste 26 weken, de arbeidsplaats van de werknemer noodzakelijkerwijs moet vervallen. Het is bedrijfseconomisch niet verantwoord om deze situatie nog langer te laten voortduren. Het "bankzitten" (de werknemer is niet op een project geplaatst maar moet wel doorbetaald worden) is weliswaar het risico van de detacheerder, maar aan dat risico zit een grens. Elk andersluidend oordeel zou het onaanvaardbare gevolg hebben dat een niet plaatsbare werknemer tot in lengte van dagen in dienst gehouden moet worden. Waar die grens ligt wordt niet alleen bepaald door te kijken naar de tijd dat iemand "op de bank zit", ook de overige omstandigheden van het specifieke geval zijn van belang. Zo heeft de werkgever de werknemer in dit geval tientallen keren aangeboden bij potentiële opdrachtgevers, is een consultant van de werkgever mee geweest naar een mogelijke opdrachtgever (om de presentatie van de werknemer te beoordelen) en heeft de werkgever met de werknemer gesproken over hoe hij zijn CV geschikter kon maken om op jobboards te plaatsen. De verwachting dat de werknemer in de toekomstige 26 weken wel geplaatst zou kunnen worden is niet reëel. Nu de vakinhoudelijke kwaliteit van de werknemer niet ter discussie staat, hoeft geen

verbetertraject te worden aangeboden. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden en de werkgever wordt veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding.

NB. In het verleden is vooral gediscussieerd over de vraag of in het geval van een "bankzitter" mocht worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel bij collectief ontslag. Hierover werd verschillend gedacht, zoals blijkt uit «JAR» 2005/163, «JAR» 2012/102 en «JAR» 2011/26. In onderhavig geval gaat het niet om een collectief ontslag, maar om een individuele bankzitter. Het afspiegelingsbeginsel komt daarom niet aan de orde.

beslissing/besluit

»Uitspraak

1. Het verloop van de procedure

(...; red.)

2. De feiten

Er wordt uitgegaan van de volgende feiten:

2.1. Star houdt zich bezig met het verlenen van service op het gebied van projectmanagement, consultancy en detachering binnen de "Oil, Gas, Power (en daaraan gerelateerde) industrieën".

2.2. De werknemer (geboren op (...)) is op 2 februari 2007 bij Star in dienst getreden als Project Engineer. In 2010 is hij Project Manager/Project Leider geworden. Het loon van de werknemer bedraagt (thans) € 4.000,= bruto per vier weken (exclusief vakantietoeslag).

2.3. Star heeft aan het UWV toestemming gevraagd om de werknemer te mogen ontslaan. Dit verzoek is door het UWV op 6 juli 2016 afgewezen. Het UWV schrijft in haar beslissing, voor zover nu van belang:

"Beoordeling

Uw aanvraag is gebaseerd op bedrijfseconomische omstandigheden. U geeft aan dat de werknemer sinds 2007 bij u in dienst is en dat het sinds 2012 moeilijk is om opdrachten te vinden voor werknemer. Werknemer zit langer dan gemiddeld op de bank. Nu het niet mogelijk is gebleken werknemer te plaatsen bij een opdrachtgever, bent u van mening dat u hem voor ontslag kunt voordragen. Zijn arbeidsplaats komt immers te vervallen. Wij delen uw mening echter niet. Wij zijn van mening dat u niet aannemelijk heeft gemaakt dat de arbeidsplaats van werknemer komt te vervallen. U kunt werknemer – om u moverende redenen – niet plaatsen bij opdrachtgevers. Dit betekent echter niet dat de arbeidsplaats van werknemer is komen te vervallen om bedrijfseconomische redenen.

Conform ons toetsingskader zou u moeten aantonen dat de arbeidsplaats van werknemer structureel komt te vervallen door maatregelen die om bedrijfseconomische redenen nodig zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering. U heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de arbeidsplaats van werknemer structureel komt te vervallen. Te meer nu u ons in uw reactie op het verweer verzoekt om de wederindiensttredingsvoorwaarde niet op te nemen, omdat u dit niet passend vindt. Het kan namelijk voorkomen dat er een opdracht binnen komt waarop een werknemer kan worden geplaatst die op dat moment op de bank zit. Hiermee wekt u de schijn dat u kennelijk nieuwe opdrachten verwacht binnen een korte termijn."

2.4. Van de 55 maanden die voorafgaan aan september 2016 is de werknemer 8 maanden op een project ingezet. De werknemer is door Star voor de overige maanden wel aan opdrachtgevers aangeboden, maar zonder resultaat.

3. Het verzoek en het verweer daartegen

3.1. Star verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer, primair wegens bedrijfseconomische omstandigheden, subsidiair wegens ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid en meer subsidiair in verband met overige omstandigheden, zodanig dat van Star in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

3.2. De werknemer vraagt primair om afwijzing van het verzoek van Star, subsidiair om hem bij toewijzing van het verzoek de transitievergoeding toe te kennen.

3.3. Voor zover voor de beoordeling van belang, wordt hierna ingegaan op de stellingen van partijen.

4. De beoordeling

4.1. Star moet, als zij de arbeidsovereenkomst met de werknemer op wil zeggen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden, toestemming vragen aan het UWV (artikel 7:671a lid 1 BW). Weigert het UWV die toestemming, zoals het UWV in deze zaak op 6 juli 2016 heeft gedaan, dan kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden (artikel 7:671b lid 1 aanhef en onder b BW).

4.2. De kantonrechter kan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts inwilligen als er geen opzegverbod geldt (artikel 7:671b lid 2 BW). Van een opzegverbod is in deze zaak geen sprake. Een opzegverbod staat aan toewijzing van het verzoek dan ook niet in de weg.

4.3. De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden als daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van (in dit geval) de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in rede ligt (artikel 7:671b lid 2 BW in verbinding met artikel 7:669 lid 1 BW). Een redelijke grond om de arbeidsovereenkomst te ontbinden is onder andere (artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder a BW):

Het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.

4.4. De kantonrechter is van oordeel dat, bezien over een toekomstige periode van ten minste 26 weken, de arbeidsplaats van de werknemer noodzakelijkerwijs moet vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering. Tot dit oordeel leidt het feit dat de werknemer de afgelopen 55 maanden slechts 8 maanden op een project voor Star heeft gewerkt. Het is bedrijfseconomisch bezien niet verantwoord om deze situatie nog langer te laten voortduren. Het "bankzitten" (de werknemer is niet op een project geplaatst maar moet wel doorbetaald worden) is weliswaar een risico dat een detacheerondernemer als Star loopt, maar aan dit risico zit wel een grens. Elk andersluidend oordeel zou het onaanvaardbare gevolg hebben dat een niet plaatsbare werknemer tot in lengte van dagen in dienst gehouden moet worden. Waar de hiervoor genoemde grens ligt wordt niet alleen bepaald door te kijken naar de tijd dat iemand "op de bank zit", ook de overige omstandigheden van het specifieke geval zijn van belang.

4.5. Tot die overige hiervoor genoemde omstandigheden behoort in dit geval onder andere het feit dat Star de werknemer tientallen keren heeft aangeboden bij potentiële opdrachtgevers, dat een consultant van Star een keer met de werknemer mee is geweest naar een mogelijke opdrachtgever (om te beoordelen of het eventueel schort aan de manier waarop de werknemer zich presenteert) en dat Star met de werknemer heeft gesproken over het geschikt maken van zijn CV ten behoeve van het plaatsen daarvan op jobboards (de werknemer is overigens sceptisch over het plaatsen van zijn CV op jobboards). Anders dan de werknemer stelt heeft Star zich in de afgelopen jaren dus zich wel degelijk ingespannen om de werknemer aan het werk te helpen. Star heeft daar ook alle belang bij: zij verdient immers haar geld met het detacheren van haar personeel bij opdrachtgevers. Het is Star echter niet gelukt om de werknemer steeds te plaatsen bij een opdrachtgever. In dit verband kan niet onvermeld blijven dat het de werknemer ook zelf de afgelopen jaren niet is gelukt om aan het werk te komen. Naar eigen zeggen is een hem aangeboden baan de afgelopen jaren ongeveer tien keer afgeketst op het feit dat bedrijven afhaken als de werknemer tijd vraagt om met Star een terugkeermodel te bespreken, maar als dit waar is, Star zegt hier niet van te weten, is de werkloosheid van de werknemer ook enigszins aan hemzelf te wijten. Het te veel willen van Star (een allesomvattende schriftelijke terugkeerregeling op papier waar bijvoorbeeld een e-mail met een terugkeertoezegging volstaat) schrok potentiële werkgevers kennelijk af door de tijd die dit zou kosten. Dit stond aan een nieuwe baan voor de werknemer in de weg.

4.6. De verwachting dat de werknemer in de toekomstige periode van 26 weken wel geplaatst zou kunnen worden is niet reëel. De werknemer heeft niets aangevoerd waardoor dat tot oordeel gekomen zou moeten worden. Als plaatsing al niet goed lukt, is herplaatsing ook geen reële optie. De werknemer voert in dit verband nog aan dat Star gehouden is hem in staat te stellen zijn functioneren te verbeteren, aan de hand van een concreet verbetertraject, bijscholing en begeleiding. Wat dit betreft moet echter bedacht worden dat de vakinhoudelijke kwaliteit van de werknemer niet ter discussie staat, er komt "slechts" geen match tot stand tussen hem en potentiële opdrachtgevers. De door de werknemer genoemde vaardigheden "pro-activiteit, enthousiasme en uitstraling", als het daar aan schort, zijn uiteraard te trainen, maar het is niet primair de verantwoordelijkheid van Star om iets te doen aan de persoonlijke kwaliteiten van de werknemer, te meer niet nu nergens uit blijkt dat de werknemer open staat voor een dergelijke training. Bij het voorgaande komt dat gelet op de leeftijd van de werknemer bij bijscholing de vraag gesteld moet worden of de kosten daarvan nog opwegen tegen het profijt dat Star als werkgever daar uit kan halen. Als het om een opleiding van twee jaar gaat, dit is een optie die ter sprake is geweest, moet tot het oordeel gekomen worden dat de kosten niet meer opwegen tegen de baten.

4.7. Een en ander leidt ertoe dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van Star toewijsbaar is en wel per, bepaald aan de hand van hetgeen artikel 7:671b lid 8 aanhef en onder a BW daarover bepaalt, 1 november 2016. Nu het verzoek van Star op de primaire grond wordt toegewezen, hoeven de subsidiaire grond en de meer subsidiaire grond niet besproken te worden.

4.8. De arbeidsovereenkomst heeft ten minste 24 maanden geduurd en wordt ontbonden op initiatief van Star. De werknemer heeft daarom recht op een transitievergoeding (artikel 7:673 lid 1 BW). De transitievergoeding bedraagt € 14.818,86 bruto en Star wordt ertoe veroordeeld dit bedrag aan de werknemer te betalen.

4.9. De kantonrechter ziet in de aard van de relatie tussen partijen aanleiding te bepalen dat ieder van de partijen de eigen kosten van deze procedure draagt.

5. De beslissing

De kantonrechter:

ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 november 2016;

veroordeelt Star tot betaling van een transitievergoeding van € 14.818,86 bruto;

bepaalt dat elk van de partijen de eigen kosten van deze procedure draagt.

»Annotatie

Ontslag van de bankzitter onder de WWZ

Deze uitspraak zal detacheerders met langdurige “bankzitters” waarschijnlijk prettig in de oren klinken. Toch blijkt ook duidelijk uit de uitspraak dat de rechter de overige omstandigheden van het geval expliciet meeweegt in het oordeel om tot een bedrijfseconomische noodzaak te komen. Het is de vraag of daar onder de WWZ ruimte voor is.

Bedrijfseconomische redenen

Bij detachering komt het al dan niet kunnen plaatsen van de werknemer nog altijd primair voor rekening en risico van de werkgever, maar er zit kennelijk wel een grens aan deze verantwoordelijkheid.

Deze grens wordt in de onderhavige zaak bepaald door niet alleen te kijken naar hoe lang de werknemer precies ‘op de bank zit’, maar ook door de overige omstandigheden van het specifieke geval mee te wegen. Deze overige omstandigheden bestonden enerzijds uit de inspanningen die Star heeft geleverd om de werknemer bij opdrachtgevers te plaatsen en anderzijds uit het aandeel dat de werknemer zelf in zijn niet-inzetbaarheid heeft gehad.

Buiten het feit dat de werknemer al geruime tijd niet inzetbaar was (47 van de 55 maanden) leidden de bijkomende omstandigheden ertoe dat het niet aannemelijk was dat de werknemer de komende 26 weken nog geplaatst kon worden en dat zijn functie was komen te vervallen, waardoor het noodzakelijk was maatregelen te treffen. Het zou volgens de rechter bedrijfseconomisch onverantwoord zijn te situatie te laten voortduren, hetgeen ik, mede in het kader van een doelmatige bedrijfsvoering, te billijken vind. Een andere (voldragen) ontslaggrond was ook niet aan de orde.

Ervan uitgaande dat Star kwalificeert als uitzendwerkgever in de zin van de Ontslagregeling, is het de vraag of Star op grond van de Ontslagregeling zelfs niet al eerder een ontslagaanvraag had kunnen indienen. Op grond van artikel 7 Ontslagregeling wordt het beëindigen van een inleenopdracht immers geacht een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst te zijn wegens bedrijfseconomische omstandigheden. In dat kader heeft Star mogelijk zelfs goed werkgeverschap getoond door de werknemer nog zo lang in dienst te houden. Wel moet in dat geval uiteraard ook aannemelijk zijn dat de werknemer niet binnen 26 weken bij die derde dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden zal kunnen verrichten en dat herplaatsing is uitgesloten. Op dit punt liep het spaak bij UWV, omdat de werkgever UWV had gevraagd de wederindiensttredingsvoorwaarde niet op nemen, waardoor volgens UWV de indruk werd gewekt dat plaatsing op korte termijn niet was uitgesloten en waardoor de arbeidsplaats niet structureel was komen te vervallen.

Holistische weging?

De kantonrechter dient bij ontbinding dezelfde wettelijke bepalingen en ministeriële besluiten toe te passen als UWV (Verhulp, T&C Arbeidsovereenkomst, art. 7:671b lid 1 sub b BW aant. 3). Toch lijkt de rechter onderhavige zaak genuanceerder te benaderen dan UWV. Dat kan het gevolg zijn van het feit dat

UWV enkel mocht toetsen aan art. 7:669 lid 3 sub a BW en gebonden is aan het ontslagformulier, terwijl in de ontbindingsprocedure ook andere ontslaggronden kunnen worden aangevoerd die de rechter dient te wegen. Hoewel in beide procedures sprake moet zijn van een voldragen redelijke grond (Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 9. Idem eerder: Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 87) is het toetsingskader van de rechter mogelijk toch iets breder en leidt dit kennelijk tot een meer holistische weging (vgl. holistische weging voor de WWZ, L.G. Verburg, 'Schikken in het nieuwe ontslagrecht: bedenk eer ge begint', Arbeidsrechtelijke Annotaties 2014, 2). De mondelinge behandeling draagt mijns inziens ook bij aan deze meer genuanceerde weging, hoewel UWV in beginsel tot dezelfde beslissing had kunnen komen en vice versa.

Herplaatsing

Je zou kunnen zeggen dat (her)plaatsing ex art. 7:669 lid 1 BW door de aard van de detachering al voortdurend onderdeel van het proces is geweest, waardoor aan deze toets sneller is voldaan. Een detacheerder heeft daar ook zelf belang bij. In onderhavige zaak vond de rechter herplaatsing niet reëel. Ook de vakinhoudelijke kwaliteiten stonden plaatsing niet in de weg, zodat scholing op dat punt niet aan de orde was. A contrario zou gesteld kunnen worden dat indien de gedetacheerde werknemer vakinhoudelijk te kort schiet, van de detacheerder op het punt van scholing meer verwacht zou kunnen worden. In dat geval zou wellicht eerder gekozen worden voor disfunctioneren als ontslaggrond in plaats van bedrijfseconomische omstandigheden, waardoor een verbetertraject wel aan de orde is.

Afspiegelingsbeginsel

Rechtspraak over ontslag van de "bankzitter" is schaars en dateert van ruim voor de WWZ (vgl. Ktr. Nijmegen 3 mei 2005, «JAR» 2005/163, Ktr. Nijmegen 8 maart 2012, «JAR» 2012/102). De uitspraken zijn tamelijk casuïstisch. Wat opviel in deze uitspraken is dat afwijking van het afspiegelingsbeginsel (destijds anciënniteitsbeginsel) onder omstandigheden geoorloofd was indien de werkgever kon motiveren dat hij er alles aan had gedaan om de werknemer elders te plaatsen.

Uit onderhavige uitspraak blijkt niet dat het afspiegelingsbeginsel is toegepast of dat dit onderdeel van de discussie is geweest. Was dat wel zo geweest, dan is het de vraag of voornoemde rechtspraak onder de WWZ nog standhoudt. De rechter dient zich namelijk net als UWV te houden aan het afspiegelingsbeginsel opgenomen in de Ontslagregeling.

Toepassing van het afspiegelingsbeginsel kan er toe leiden dat een andere bij een derde werkzame werknemer voor ontslag in aanmerking komt (vanwege een lagere anciënniteit). In de Ontslagregeling is op deze situatie geanticipeerd. Indien een uitzendwerkgever een bankzitter met een uitwisselbare functie op grond van bedrijfseconomische omstandigheden wil ontslaan en aannemelijk kan maken dat vervanging van deze andere werknemer, in het licht van de zakelijke relatie tussen de werkgever en de derde, te bezwaarlijk is, dan mag van het afspiegelingsbeginsel worden afgeweken (art. 11.4 Ontslagregeling, vgl. Ktr. Nijmegen 8 maart 2012, «JAR» 2012/102).

Conclusie

Ook onder de WWZ heeft de detacheerder mogelijkheden om tot ontslag over te gaan indien een gedetacheerde werknemer langdurig niet inzetbaar blijkt of wanneer de opdracht door de inlener wordt beëindigd en herplaatsing niet mogelijk is. Deze uitspraak laat zien dat hoewel zowel UWV als de kantonrechter aan dezelfde regels moeten toetsen, de rechter de overige omstandigheden van het geval meer betreft bij de beslissing dan UWV en dat de individuele omstandigheden een belangrijke rol kunnen spelen.

mr. M. van Woerden,