

Zoekterm: foesenek

Gebruikte voorspecificaties: Inclusief
woordvariaties

Over dit document:

Informatiesoort: Jurisprudentie
Subtype: Tijdschriften
Datum uitspraak: 2019-01-18
Nummer: JAR 2019/54
Uitgavenummer: JAR 2019/3
Zaaknummer: nr. 17/06025
Toegevoegd: 2019-02-22

JAR 2019/54, Hoge Raad 18-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:64, nr. 17/06025 (met annot...

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 2 artikel 24B](#), [BW BOEK 7 artikel 669](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:HR:2019:64](#), [AR-Updates.nl 2019-0070](#), [NJ 2019/56](#), [NJB 2019/210](#), [RvdW 2019/179](#)

JAR 2019/54, Hoge Raad, 18-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:64, ECLI:NL:PHR:2018:1159,
nr. 17/06025 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Ontbinding arbeidsovereenkomst expat op de h-grond, Toetsing redelijke grond en herplaatsing vallen samen, Herplaatsingsverplichting is redelijkheidsverplichting

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	18-01-2019, 12-10-2018
Publicatie	JAR 2019/54 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 3, 2019
Annotator	Foesenek, H.H.M.A.
ECLI	ECLI:NL:HR:2019:64 , ECLI:NL:PHR:2018:1159
Zaaknummer	nr. 17/06025 17/06025
Rechtsgebied	Arbeidsrecht

Overige publicaties	ECLI:NL:HR:2019:64 ECLI:NL:PHR:2018:1159 NJB 2019/210 AR-Updates.nl 2019-0070 NJ 2019/56 RvdW 2019/179
Rechter(s)	mr. Numann mr. Heisterkamp mr. Snijders mr. Polak mr. Sieburgh
Partijen	De werknemer te (...), verzoeker tot cassatie, advocaten: mr. R.A.A. Duk en mr. F.M. Dekker, tegen Shell International Exploration and Production BV te Den Haag, verweerster in cassatie, advocaat: mr. S.F. Sagel. Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de werknemer en SIEP.
Regelgeving	BW art. 2:24b BW art. 7:669 lid 1 en lid 3 sub a en sub h Ontslagregeling art. 9 lid 1 en lid 2

Samenvatting

De werknemer, geboren in 1955, heeft van 15 augustus 1975 tot mei 1993 bij Shell Tankers BV gewerkt en aansluitend tot 15 augustus 2015 als expat voor verschillende Shell-vennootschappen. Volgens de regeling die voor expats geldt, wordt een expat vanuit het land waar hij is gerekruteerd (de Base Country) uitgezonden en treedt hij in dienst van een Shell-vennootschap in de Host Country. Voor het einde van de uitzendtermijn kan de expat via een onlineplatform op zoek gaan naar een nieuwe uitzending. De werknemer heeft tot 1 augustus 2015 voor Shell Gabon gewerkt. Daarna is hij naar Nederland teruggekeerd en in dienst gekomen bij SIEP. Aan de werknemer is een functie in Rotterdam aangeboden, maar die heeft hij niet tijdig aanvaard. Daarna is het de werknemer niet meer gelukt om een andere functie te vinden. Op verzoek van SIEP heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden met toekenning van de transitievergoeding (€ 111.908,=). Het hof heeft het hoger beroep van de werknemer verworpen. Het hof heeft daartoe overwogen dat sprake is van een redelijke grond in de zin van de h-grond indien herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie in het Shell-concern binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In dit geval lag herplaatsing niet in de rede, aldus het hof.

De Hoge Raad verwerpt het standpunt van de werknemer dat het hof ten onrechte de h-grond heeft toegepast omdat in essentie sprake is van de a-grond. Nu er geen arbeidsplaatsen zijn vervallen waardoor de werknemer wordt geraakt, is de a-grond niet aan de orde. Van een verholde a-grond is evenmin sprake. De Hoge Raad verwerpt ook het bezwaar tegen het oordeel van het hof dat de toets van de redelijke grond en die van de herplaatsing in dit geval samenvallen. Nu het bij de h-grond gaat om een restcategorie, kan onder omstandigheden sprake zijn van een redelijke grond als bedoeld in dit artikel op de enkele grond dat herplaatsing als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW niet in de rede ligt. De herplaatsingsverplichting is geen resultaatsverplichting, maar een verplichting van de werkgever om datgene te doen wat in de gegeven omstandigheden van hem kan worden gevergd. Bij de invulling

daarvan kunnen ook redelijkheidsargumenten een rol spelen. De werkgever heeft dus een zekere beoordelingsruimte. Het beroep in cassatie slaagt niet.

NB. Zie «JAR» 2017/289 voor de uitspraak van Hof Den Haag in deze zaak. Ook in «JAR» 2017/13 liet Hof Den Haag ontbinding op de h-grond van een expat in stand. Bij payrolling moet in een dergelijk geval gekeken worden naar de situatie bij de opdrachtgever. Bij detachering van een expat geldt dat niet. Wel is meegewogen dat Shell een uitgebreid stelsel kent voor het vinden van een nieuwe uitzending en dat de werknemer daarbij ook ondersteund is, onder ander door het aanbod van een functie in Rotterdam. Zie over de rol van de redelijkheid bij de herplaatsingsplicht ook HR, «JAR» 2018/73, m.nt. De Graaf (r.o. 3.5.2).

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Langemeijer)

Een *expat* bij Shell heeft, na zijn repatriëring, een “papieren” arbeidsovereenkomst in Nederland verkregen met het doel hem een nieuwe functie te laten vinden binnen het Shell-concern, overeenkomstig een binnen dat concern geldende regeling voor *expats*. Nadat verscheidene sollicitatiepogingen waren mislukt en de werknemer een hem aangeboden functie in Nederland had geweigerd, heeft de werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. In cassatie gaat het vooral om de vraag of de rechter toepassing mocht geven aan de ontslaggrond in art. 7:669, lid 3 onder h, BW. Daarnaast is de vraag aan de orde of het gerechtshof heeft mogen oordelen dat herplaatsing elders binnen het Shell-concern niet mogelijk was of niet in de rede lag, als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die het hof heeft vastgesteld onder 1.1-1.17.¹ Deze feiten houden, verkort weergegeven, het volgende in.

1.1.1. Verzoeker tot cassatie (hierna: de werknemer), geboren in 1955, is van 15 augustus 1975 tot mei 1993 in dienst geweest van Shell Tankers B.V. Die vennootschap behoort tot het Shell-concern.

1.1.2. Na mei 1993 tot 15 augustus 2015 is de werknemer als zogenoemde *expatriate* (kortweg: *expat*) werkzaam geweest voor verschillende vennootschappen in het Shell-concern.

1.1.3. De rechtspositie van de *expats* is geregeld in de binnen het Shell-concern geldende “Long Term International Assignment Policies” (hierna: LTIA-regeling).² Volgens die regeling treedt een *expat* bij uitzending in dienst van een Shell-vennootschap in de “Host Country”. Vóór het einde van de uitzendtermijn kan de *expat* deelnemen aan het systeem “Managed Open Resourcing” (hierna: MOR). Dat systeem voorziet in vier collectieve interne sollicitatierondes per jaar. Deze worden gefaciliteerd op een geavanceerd technisch *on line*-platform wereldwijd. Op dat platform worden alle interne vacatures binnen het Shell-concern kenbaar gemaakt. Mocht herplaatsing onverhoopt niet lukken binnen drie maanden na het einde van de uitzending, dan krijgt de *expat* in zijn “Base Country” een arbeidsovereenkomst aangeboden voor een lokaal gebruikelijke termijn.

1.1.4. Voor *expats* met Nederland als “Base Country” die er niet in slagen een nieuwe functie te vinden, gold in de periode van 1 januari 2012 tot 30 juni 2016 de *Overtolligheidsregeling 2012-2016* (hierna: LOR 2012). Op grond van de LOR 2012 krijgt een werknemer bij terugkeer naar zijn “Base Country” drie maanden de tijd om een andere functie te vinden, voordat hij wordt aangemerkt als “overtollig”. Bij overtolligheid kan een werknemer kiezen tussen een periode van begeleid zoeken of een vergoeding voor versneld vertrek. Indien hij heeft gekozen voor begeleid zoeken, maar het niet lukt een nieuwe functie te vinden, voorziet de LOR 2012 in beëindiging van de arbeidsovereenkomst en een beëindigingsvergoeding. Indien een overtollig verklaarde werknemer een passende functie niet heeft

willen aanvaarden, leidt dat ertoe dat die werknemer niet langer wordt aangemerkt als overtollig en niet langer in aanmerking komt voor de voorzieningen onder de LOR 2012.

1.1.5. Met ingang van 15 februari 2012 heeft de werknemer, na een door hem met succes doorlopen *MOR*-procedure, voor Shell Gabon gewerkt als “Head of Marine Services”.

1.1.6. In december 2014 bleek dat de werkvergunning van de werknemer in Gabon medio 2015 zou verlopen en waarschijnlijk niet zou kunnen worden verlengd.

1.1.7. Vanaf februari 2015 is de werknemer, in overleg met de “Maritime Global Skillpool Manager” van Shell, [betrokkene 1], via het *MOR*-systeem op zoek gegaan naar een passende nieuwe functie. De focus lag daarbij op functies in de “Skillpool Maritime”, in welke *pool* de vakinhoudelijke expertise van de werknemer is ingedeeld.

1.1.8. Per 26 augustus 2015 is de arbeidsovereenkomst met Shell Gabon geëindigd. Vervolgens is de werknemer overeenkomstig de LTIA-regeling teruggekeerd naar zijn “Base Country” Nederland.

1.1.9. Met ingang van 26 augustus 2015 is de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst getreden van verweerster in cassatie (hierna: de werkgeefster). Dit “papieren dienstverband”, zoals het in de gedingstukken wel is genoemd, had rechtspositioneel geen ander doel dan de werknemer een betrekking te geven waarin hij hetzij een nieuwe functie zou vinden hetzij overtollig zou raken. Hoewel de werknemer was vrijgesteld van het verrichten van arbeid, heeft hij in de periode van 3 september 2015 tot 6 oktober 2015 nog een *audit* in Gabon kunnen afronden.

1.1.10. Op 16 oktober 2015 is hem de functie aangeboden van *Maritime Assurance Assessor* (hierna: *MAA*) te Rotterdam. Op 22 oktober 2015 heeft de werknemer per e-mail aan de werkgeefster laten weten dat hij deze functie niet aanvaardde.

1.1.11. Bij e-mail van 5 november 2015 heeft de werkgeefster hem nogmaals de functie van *MAA* te Rotterdam aangeboden. Bij e-mail van 13 november 2015 heeft de werknemer wederom deze functie afgewezen.

1.1.12. Op 22 januari 2016 heeft de werknemer verklaard de functie van *MAA* toch te accepteren, zij het onder protest en onder voorwaarden. De vacature was toen echter al vervuld.

1.1.13. Vanaf februari 2015 heeft de werknemer in vier *MOR*-rondes zonder succes gesolliciteerd op vijftien interne functies.

1.2. In dit op 7 juli 2016 aangevangen geding heeft de werkgeefster aan (de kantonrechter in) de rechtbank Rotterdam verzocht de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op de grond van art. 7:669, lid 3 onder h, BW, met inachtneming van een opzegtermijn van één maand. De werknemer heeft verweer gevoerd en van zijn kant zelfstandige verzoeken gedaan. Tot die tegenverzoeken behoorde – voor zover in cassatie nog van belang – een subsidiair verzoek tot toekenning van een transitievergoeding van € 111.908,= bruto in het geval dat het ontbindingsverzoek zou worden toegewezen.³

1.3. Bij beschikking van 13 oktober 2016 heeft de kantonrechter in de rechtbank de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 december 2016 en de werkgeefster veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding van € 111.908,= bruto. De kantonrechter heeft deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

1.4. De werknemer heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Den Haag.⁴ In hoger beroep heeft de werknemer verzocht de werkgeefster te veroordelen de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te herstellen of, in plaats daarvan, een billijke vergoeding van € 1.494.922,66 bruto te betalen. Subsidiair heeft hij verzocht de werkgeefster alsnog te veroordelen tot betaling van de in eerste aanleg verzochte vergoedingen, met aanpassing van de einddatum van de arbeidsovereenkomst naar 1 maart 2017.

1.5. Bij beschikking van 19 september 2017 heeft het gerechtshof het hoger beroep van de werknemer verworpen en de vorderingen van de werknemer afgewezen. Kort samengevat overwoog het hof het volgende:

Op grond van art. 7:671b, lid 1 onder a, BW in verbinding met art. 7:669 lid 1 BW moet worden beoordeeld (i) of er een redelijke grond is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst en (ii) of binnen een redelijke termijn herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk is dan wel niet in de rede ligt (rov. 5).

Er is sprake van een redelijke grond in de zin van art. 7:669, lid 3 onder h, BW indien herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie in het Shell-concern binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De mobiele en tijdelijke inzetbaarheid in het Shell-concern is eigen aan de hoedanigheid van *expat*. De toetsing van de redelijke grond voor ontbinding en van de herplaatsing vallen zo samen (rov. 6).

De werkgeefster is als “goed werkgever” (in de zin van art. 7:611 BW) verplicht te onderzoeken of herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie binnen een redelijke termijn mogelijk is, al dan niet met behulp van scholing. De werknemer is vanaf 1993 binnen het Shell-concern als *expat* wereldwijd werkzaam geweest. Het ligt daarom in de rede dat het onderzoek van de werkgeefster zich richt op mogelijkheden tot herplaatsing binnen het Shell-concern wereldwijd. Het ligt niet in de rede – in de zin van art. 7:669 lid 1 BW – dat de werknemer de door hem verlangde voorrang geniet boven externe kandidaten. Evenmin ligt in de rede dat tijdelijke aanstellingen niet mogen worden verlengd teneinde de werknemer te kunnen herplaatsen (rov. 8).

Het hof verwierp het standpunt van de werknemer dat de (in rov. 7 aangehaalde) toelichting op de Ontslagregeling meebrengt dat de door hem verlangde voorrang boven andere kandidaten volgt uit een dwingendrechtelijke regel, waarvan de burgerlijke rechter niet mag afwijken. De beoordeling of herplaatsing niet “in de rede ligt”, vergt een individuele redelijkheidstoets, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. De nadere regels die op grond van art. 7:669 lid 5 BW in de Ontslagregeling zijn gesteld, zijn daarbij richtinggevend. Aan de toelichting op de Ontslagregeling komt op dit punt slechts beperkt betekenis toe: niet is vast te stellen of de kwestie van de afdwingbaarheid van de door de werknemer verlangde voorrang, met name in de context van een grote internationaal opererende en beursgenoteerde onderneming, wel onder ogen is gezien bij de totstandkoming van de Ontslagregeling (rov. 9).

Volgens de werkgeefster is voor hoogopgeleide en zelfstandige werknemers zoals deze werknemer de bekendmaking van vacatures via het *MOR*-systeem in de regel voldoende om de mogelijkheden voor herplaatsing te onderzoeken. De werknemer heeft dit niet voldoende gemotiveerd betwist. Het hof achtte in dit verband ook van belang dat de werknemer vanaf februari 2015 tot juli 2016 via het *MOR*-systeem vijftien sollicitaties heeft verricht. Daarbij komt dat de werkgeefster de werknemer heeft gewezen op (andere) passende functies bij concernvennootschappen, waarop hij zou kunnen solliciteren (rov. 11).

Het hof verwierp de stelling dat de werkgeefster is tekortgeschoten omdat aan de werknemer geen lijst is verstrekt van arbeidsplaatsen waar op korte termijn vacatures ontstaan en van de overige arbeidsplaatsen die op grond van art. 9 lid 1 Ontslagregeling moeten worden betrokken bij herplaatsing. Het hof neemt aan dat de via het *MOR*-systeem zichtbare vacatures voldoende *up to date* zijn om daarop zinvol te kunnen solliciteren (rov. 12).

Van belang is voorts dat de *Maritime Global Skillpool Manager* van Shell, [betrokkene 1], diverse acties heeft ondernomen ten behoeve van herplaatsing van deze werknemer. De werknemer heeft niet betwist dat [betrokkene 1] vacatures heeft bijgehouden, contacten heeft gelegd met bedrijven om de werknemer te herplaatsen en te promoten en dat dit ertoe heeft geleid dat sommige vacatures langer openstonden om hem een kans te geven (rov. 14).

Het betoog van de werknemer dat de mogelijkheid van herplaatsing moet worden beoordeeld naar de toestand op de dag waarop de rechter beslist, leidt volgens het hof niet tot een ander oordeel. De werknemer heeft onvoldoende gemotiveerd weersproken dat de aanhoudend lage olieprijs een negatief effect hebben op het aantal beschikbare posities in de tak “Marine”. Evenmin heeft de werknemer weersproken dat hij in Azië en het Midden-Oosten, in welke gebieden hij zijn sollicitaties concentreerde, moest concurreren met plaatselijke arbeidskrachten (zgn. “locals”) die veel goedkoper zijn dan *expats*. Bij deze stand van zaken, nu de werknemer reeds vijftien sollicitaties heeft verricht, is volgens het hof niet aannemelijk dat ten tijde van de uitspraak een beter uitzicht op herplaatsing bestaat dan op het moment van indiening van het ontbindingsverzoek (rov. 15).

Uit het voorgaande volgt dat herplaatsing van deze werknemer binnen een redelijke termijn in een andere passende functie binnen het Shell-concern, al dan niet na scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. De grieven 1 en 2 van de werknemer falen (rov. 16).

De functie van MAA te Rotterdam, die aan de werknemer werd aangeboden, is aan te merken als een passende functie in de zin van art. 3.3 LOR 2012 (rov. 18-25). De werknemer heeft deze passende functie niet binnen de gestelde tijd aanvaard (rov. 26). Ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid beschouwd, is niet onaanvaardbaar dat hem de schadeloosstelling op grond van de LOR 2012 is ontzegd (rov. 27-28). Er is steeds duidelijk met de werknemer erover gecommuniceerd dat het niet aanvaarden van de functie van MAA zou leiden tot het vervallen van zijn aanspraken op grond van de LOR 2012 (rov. 28.1). De werkgeefster heeft bovendien voldoende rekening gehouden met de aarzelingen van de werknemer vanwege zijn voorkeur voor een functie in Azië of Afrika in verband met de persoonlijke omstandigheid dat zijn gezin op de Fillippijnen woont, namelijk: door hem (niet éénmaal, maar) twee maal in de gelegenheid te stellen de functie van MAA te aanvaarden (rov. 28.2). Om deze redenen verwierp het hof ook de grieven 3 en 5 (rov. 30).

1.6. De werknemer heeft – tijdig – cassatieberoep ingesteld. De werkgeefster heeft in cassatie verweer gevoerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel omvat vier onderdelen. *Onderdeel 1* heeft betrekking op de ontslaggrond als bedoeld in art. 7:669, lid 3 onder h, BW. De *onderdelen 2, 3 en 4* gaan over de mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer binnen het Shell-concern.⁵

Onderdeel 1: ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond

2.2. *Onderdeel 1.1* is gericht tegen het oordeel van het hof dat sprake is van een redelijke grond voor ontbinding in de zin van art. 7:669, lid 3 onder h, BW (rov. 6-16). De klacht houdt in dat dit oordeel in strijd met het recht is, althans onvoldoende gemotiveerd, omdat de door de werkgeefster aan dit ontbindingsverzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden “tot het domein van de a-grond behoren”. De werknemer betoogt dat de werkgeefster op grond van art. 7:671a lid 1 BW aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) toestemming had moeten vragen voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst. Om die reden had de kantonrechter in de rechtbank de werkgeefster niet-ontvankelijk moeten verklaren in haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en had het hof het verzoek van de werknemer tot herstel van de arbeidsovereenkomst, onderscheidenlijk tot toekenning van een billijke vergoeding, moeten toewijzen.

2.3. Ter inleiding merk ik op dat de op 1 juli 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid (Wwz)⁶ een semi-gesloten stelsel van ontslaggronden meebracht.⁷ In art. 7:669 lid 3 BW en, daarop voortbouwend, in de op art. 7:669 lid 5 BW gebaseerde Ontslagregeling⁸ zijn betrekkelijk concrete normen opgenomen om te beoordelen of er een redelijke grond voor ontslag is. Beoogd is, daarmee de rechtszekerheid te bevorderen.⁹ Om die reden geeft de Wwz niet een open norm voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst,¹⁰ zoals voorheen was opgenomen in art. 7:685 lid 2 (oud) BW.¹¹ Zo is, volgens de wetgever, de toetsingsruimte voor de rechter beperkt.¹² Een ander verschil met het vroegere ontslagrecht is dat een werkgever niet langer kan kiezen tussen een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter en een ontslag met toestemming van het UWV. De te volgen procedure bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst hangt af van de grond die de werkgever daarvoor aanvoert.

2.4. Art. 7:669, lid 1, eerste volzin, BW formuleert twee – cumulatief bedoelde – voorwaarden. Ten eerste moet sprake zijn van een “redelijke grond” voor de opzegging, respectievelijk voor de ontbinding. Ten tweede is vereist dat “herplaatsing van de werknemer 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”. Het tweede vereiste zal aan de orde komen bij de bespreking van de middelonderdelen 2-4; zie alinea 2.19 e.v.

2.5. Het genoemde vereiste van een “redelijke grond” is nader uitgewerkt in art. 7:669 lid 3 BW. Dat artikel luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“Onder een redelijke grond als bedoeld in lid 1 wordt verstaan:

a. 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;

(...)

h. andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.”

Voor opzegging op de a-grond (“bedrijfseconomische omstandigheden”) is toestemming van het UWV vereist (zie art. 7:671a lid 1 BW). Wordt de toestemming geweigerd, dan kan de werkgever zich wenden tot de kantonrechter met een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:671b, lid 1 onder b, BW). Voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de h-grond (“andere omstandigheden”) is een verzoek aan de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst de aangewezen route (zie art. 671b, lid 1 onder a, BW).

2.6. Art. 7:669, lid 3 onder h, BW is, anders dan de formulering daarvan zou kunnen doen vermoeden,¹³ niet bedoeld als een overkoepelende redelijkheidsnorm die vergelijkbaar is met de open geformuleerde ontslaggrond in art. 7:685 lid 2 (oud) BW.¹⁴ De h-grond heeft een zelfstandig karakter en is bedoeld voor situaties die niet zijn terug te voeren naar de overige gronden genoemd in artikel 7:669 BW.¹⁵ Tegen deze achtergrond sprak de minister van een “restcategorie” of “vangnetbepaling” en verwierp de minister de mogelijkheid dat de h-grond wordt gebruikt voor het repareren van andere, nog onvoldragen ontslaggronden.¹⁶ Voorbeelden van gevallen waarin de h-grond kan worden toegepast, zijn volgens de memorie van toelichting: detentie of illegaliteit van de werknemer of het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning.¹⁷ In een later stadium van het wetgevingsproces heeft de regering twee andere voorbeelden genoemd, namelijk de voetbaltrainer die wordt ontslagen wegens achterblijvende resultaten en de manager met wie verschillen van inzicht bestaan over het te voeren beleid.¹⁸

2.7. In de vakliteratuur wordt, aanknopend bij de door de wetgever genoemde voorbeelden, een min of meer algemene (rest)rubriek van gevallen onderscheiden, waarin de h-grond kan worden toegepast. Het gaat dan om gevallen waarin het verrichten van de bedongen arbeid feitelijk of rechtens onmogelijk is (geworden), bijvoorbeeld omdat de werknemer niet beschikt over een voor de functie benodigd diploma, zijn positie als statutair bestuurder heeft verloren of omdat de werknemer wordt vermist. In deze gevallen wordt wel eens gezegd dat de arbeidsovereenkomst een “lege huls” is geworden en dat om die reden voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.¹⁹ Ook het geval van een voormalige *expat* zonder herplaatsingsmogelijkheden is wel eens onder het bereik van de h-grond gebracht.²⁰

2.8. Het ontbinden op de h-grond wegens het “lege huls” worden van de arbeidsovereenkomst is slechts toelaatbaar indien de omstandigheden waardoor de arbeidsovereenkomst in feite van haar inhoud is ontdaan, voldoende verschillen van de in art. 7:669 lid 3 BW onder a tot en met g genoemde omstandigheden.²¹ Een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (grond a) mag niet worden “verpakt” als een ontslag op de h-grond, met een redenering die erop neerkomt dat als gevolg van het vervallen van arbeidsplaatsen de arbeidsovereenkomst in feite zonder inhoud is geraakt.²² Dit alles laat onverlet, dat in een voorkomend geval de h-grond aanwezig kan worden geacht op grond van omstandigheden die enige verwantschap of samenhang vertonen met de in dit wetsartikel onder a tot en met g genoemde omstandigheden.²³ De door de regering genoemde voorbeelden van de voetbaltrainer en de manager illustreren dat. In wezen gaat het erom, dat de h-grond niet door een werkgever wordt ingezet als hulpmiddel om een andere, onvoldragen ontslaggrond te “repareren”.

2.9. In verband met het beginsel van ondernemersvrijheid²⁴ heeft een werkgever een zekere mate van beoordelingsruimte ten aanzien van de vraag of zich een redelijke grond voor ontslag voordoet. Tegen die achtergrond toetst de rechter of *in redelijkheid* kan worden geoordeeld dat inderdaad sprake is van de door de werkgever aangevoerde grond voor ontslag. Zo'n oordeel is naar zijn aard verweven met waarderingen van feitelijke aard, die in cassatie slechts op hun motivering kunnen worden getoetst.²⁵ Toegespitst op de h-grond betekent dit dat het veelal is overgelaten aan de rechter die de feiten beoordeelt, om te toetsen of omstandigheden die aan het ontbindingsverzoek ten grondslag liggen in

voldoende mate verschillen van de onder a tot en met g genoemde omstandigheden en, met name, of de h-grond niet wordt gebruikt/misbruikt om een andere, onvoldragen ontslaggrond te repareren.

2.10. Op 9 april 2018 is een ambtelijk voorontwerp voor een ‘Wet arbeidsmarkt in balans’ gepubliceerd ter consultatie. Dat voorontwerp regelt onder meer het toevoegen van een i-grond aan art. 7:669 lid 3 BW. Deze nieuwe “cumulatiegrond” is bedoeld voor gevallen waarin een combinatie van omstandigheden, genoemd in twee of meer van de gronden bedoeld in de onderdelen c tot en met h, een redelijke grond voor ontslag oplevert.²⁶ Het voorontwerp wil een mogelijkheid scheppen om verschillende ontslaggronden tezamen, hoewel afzonderlijk nog onvoldragen, ten grondslag te leggen aan ontbinding van een arbeidsovereenkomst. Dat is een mogelijkheid die het huidige recht niet biedt.²⁷

2.11. Nu terug naar het middelonderdeel. Het door de werkgeefster ingediende ontbindingsverzoek berustte op de stelling dat sprake is van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in art. 7:669, lid 3 onder h, BW, omdat – nadat het dienstverband bij Shell Gabon was beëindigd – het niet mogelijk is gebleken voor de werknemer binnen een redelijke termijn een nieuwe passende functie te vinden, buiten de door hem geweigerde functie van MAA in Rotterdam.²⁸ Volgens de werkgeefster is de arbeidsovereenkomst daarmee een “lege huls” geworden.²⁹ In haar inleidend verzoekschrift, par. 7.1, heeft de werkgeefster uiteengezet dat de a-grond van art. 7:669 lid 3 BW in dit geval niet van toepassing is, omdat bij deze werkgeefster geen arbeidsplaatsen zijn vervallen waardoor de werknemer wordt geraakt. Dat standpunt is niet tegengesproken in de procedure bij de kantonrechter en bij het gerechtshof. Het onderdeel vermeldt ook geen vindplaats van stellingen die ertoe strekten dat de in art. 7:669, lid 3 *onder a*, BW genoemde omstandigheden zich hier voordoen. De enkele stelling van de werknemer dat “het UWV bevoegd is over de zaak te oordelen in plaats van de kantonrechter”³⁰ kan niet als zodanig dienen.

2.12. De verdere uitwerking in het cassatieverzoekschrift houdt in dat de werkelijke reden van het ontbindingsverzoek is dat de werkgeefster “(beweerdelijk) geen werk voor hem [d.w.z. De werknemer] beschikbaar heeft”.³¹ Dat standpunt is echter in strijd met de door het hof vastgestelde feiten, waaronder: (a) het feit dat de werknemer op vijftien interne vacatures heeft gesolliciteerd (rov. 1.15), (b) het feit dat de werkgeefster hem voorts nog heeft gewezen op (andere) passende functies bij concernvennootschappen (rov. 11) en (c) het feit dat de werknemer een hem aangeboden functie – die “passend” was in de zin van de LOR 2012 – heeft geweigerd (rov. 25.4-26). Ter verduidelijking merk ik nog op dat de al genoemde arbeidsovereenkomst met Shell Gabon niet is geëindigd wegens bedrijfseconomische omstandigheden, maar omdat de werkvergunning van de werknemer in Gabon was verlopen en niet meer kon worden verlengd.³²

2.13. Al met al ontbreekt de benodigde feitelijke grondslag om in cassatie ervan te kunnen uitgaan dat de door de werkgeefster aan haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden tot het domein van de a-grond behoren, zoals het cassatiemiddel het noemt.³³ De hiervoor benodigde feitelijke grondslag is ook niet te vinden in rov. 15, waar het hof overweegt dat aanhoudend lage oliepijzen, in combinatie met de overname en integratie van British Gas door Shell, een negatief effect hebben gehad op het aantal beschikbare arbeidsplaatsen in de tak “Marine” en dat de werknemer in Azië en het Midden-Oosten moest concurreren met lokale werknemers die voor een werkgever veel goedkoper zijn. Dat is immers niet de grond waarop het ontbindingsverzoek, respectievelijk de toewijzing daarvan, berustte. Er lijkt hoogstens sprake te zijn van een indirecte samenhang tussen deze bedrijfseconomische omstandigheden en het ontslag: doordat het aantal vacatures binnen het aandachtsgebied van de werknemer beperkt was en de concurrentie groot, is hij er niet in geslaagd een hem aansprekende vervangende functie te vinden. Als indirect gevolg *daarvan* is de arbeidsovereenkomst ontbonden. Dat het verlies van zijn werkkring, zo opgevat, mede een bedrijfseconomische achtergrond heeft, maakt nog niet dat het verzoek van de werkgeefster tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst berust op het vervallen van arbeidsplaatsen in de zin van art. 7:669, lid 3 onder a, BW; vgl. alinea 2.8 hiervoor.

2.14. De toelichting in het cassatieverzoekschrift haakt aan bij de overweging van het hof dat de “mobiele en tijdelijke inzetbaarheid” van de werknemer binnen het Shell-concern inherent is aan de hoedanigheid van *expat* (rov. 6). De werknemer betoogt dat de tijdelijkheid van uitzending als *expat* voor rekening en risico van de werkgeefster komt.³⁴ Voor zover hierin al een afzonderlijke klacht is te lezen, gaat deze niet op. Het hof heeft – als zodanig onbestreden in cassatie – vastgesteld dat uitzending van een *expat* binnen het Shell-concern “per definitie steeds tijdelijk” is en dat van de *expat* dan ook mobiliteit wordt verwacht (rov. 1.3.1). Verder heeft het hof vastgesteld – eveneens onbestreden – dat de

onderhavige arbeidsovereenkomst een “papieren” dienstverband betreft, dat geen ander doel heeft dan de werknemer een betrekking te geven waarin hij hetzij een nieuwe functie zou vinden hetzij overtollig raakt (rov. 1.8). Tegen die achtergrond heeft het hof in rov. 6 geoordeeld dat – kort samengevat – een h-grond zich voordoet wanneer de werknemer niet meer binnen een redelijke termijn herplaatsbaar is binnen het Shell-concern. Kennelijk is het hof van oordeel dat deze arbeidsovereenkomst – waaraan mobiele en tijdelijke inzetbaarheid eigen is – bij gebreke van herplaatsingsmogelijkheden een “lege huls” is geworden, in de zin van de in alinea 2.7 hiervoor besproken rechtspraak en vakliteratuur. Dat oordeel berust m.i. niet op een onjuiste rechtsopvatting. De redengeving behoefde geen nadere uitwerking om voor de lezer begrijpelijk te zijn. Ik breng in herinnering dat het al dan niet aanwezig zijn van een bepaalde ontslaggrond, verweven als zij is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst.³⁵

2.15. Op het voorgaande stuit ook af het argument dat de LOR 2012 in wezen een Sociaal Plan betreft, en dat dit “het a-grond karakter van de onderhavige casus onderstreept”.³⁶ Of, en, zo ja, in hoeverre, de LOR 2012 gelijkenis vertoont met een sociaal plan, vergt een onderzoek naar de feiten. Daarvoor is in een cassatieprocedure geen plaats. Maar ook indien zou worden aangenomen dat die gelijkenis bestaat, dwingt deze niet tot de gevolgtrekking dat de ontbinding in dit geval in wezen op de a-grond berust. De ontbinding berustte op de grond dat herplaatsbaarheid van de werknemer eigen is aan zijn *expat*-functie en dat die herplaatsbaarheid is komen te ontbreken, nu verscheidene interne sollicitatiepogingen zijn mislukt en de werknemer een hem aangeboden passende functie in Nederland heeft geweigerd. Zo beschouwd, is de ontslaggrond meer gelegen in de persoon van de werknemer dan in bedrijfseconomische omstandigheden binnen het Shell-concern.

2.16. *Onderdeel 1.2* richt een rechtsklacht tegen het oordeel, in rov. 6, dat de toetsing van de redelijke grond en die van de herplaatsing in dit geval samenvallen. Volgens de klacht heeft het hof hiermee miskend dat het om twee zelfstandige vereisten gaat.

2.17. Het hof maakt in rov. 5 uitdrukkelijk onderscheid tussen het wettelijk vereiste van een redelijke grond en het herplaatsingsvereiste. Hieruit volgt dat het hof de twee vereisten niet heeft vereenzelvigd. In rov. 6 heeft het hof geoordeeld dat herplaatsbaarheid van de werknemer eigen is aan deze arbeidsovereenkomst (als *expat*) en dat om die reden de toetsing aan het vereiste van een redelijke grond (namelijk: de h-grond) en de toetsing aan het in art. 7:669 lid 1 BW bedoelde herplaatsingsvereiste *voor dit geval* op hetzelfde neerkomt, namelijk een beoordeling van de herplaatsbaarheid van de werknemer. Dát oordeel is niet in strijd met het recht. De slotsom is dat alle klachten van onderdeel 1 falen.

Herplaatsing in concernverband – inleiding

2.18. *Onderdeel 2.1* richt een rechtsklacht tegen het oordeel, in rov. 9, dat het herplaatsingsvereiste van art. 7:669 lid 1 BW een “individuele redelijkheidstoets” vergt, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. Volgens de werknemer miskent het hof dat de in art. 7:669 lid 1 BW omschreven situatie waarin herplaatsing “niet in de rede ligt”, slechts ziet op gevallen waarin de herplaatsingsvraag in het geheel niet hoeft te worden gesteld, oftewel “gevallen waarin herplaatsing (in het geheel) ‘niet logisch’ is.”

2.19. Er bestaat enige onduidelijkheid over inhoud en reikwijdte van het in art. 7:669 lid 1 BW neergelegde herplaatsingsvereiste. Dit begint al bij de gebruikte bewoordingen: in de praktijk wordt gesproken over een herplaatsings*plicht*. Het gaat echter om een gehoudenheid die in de rechtsliteratuur pleegt te worden aangeduid met het Duitse woord *Obliegenheit*: een verplichting waarvan de nakoming niet kan worden afdwongen, maar aan het niet-nakomen waarvan wel een rechtsgevolg kan worden verbonden. Van een afdwingbaar recht van de werknemer op herplaatsing is geen sprake.³⁷ De Hoge Raad gebruikt het woord “herplaatsingsvereiste”.³⁸ Dat woord brengt beter tot uitdrukking dat herplaatsing een (negatieve) voorwaarde voor ontslag is: slechts indien herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt, kan ingevolge art. 7:669 lid 1 BW tot ontslag worden overgegaan.

2.20. Onder het vóór 1 juli 2015 geldende ontslagrecht was geen sprake van een algemeen geldend herplaatsingsvereiste.³⁹ Het voormalige Ontslagbesluit⁴⁰ stelde alleen in het kader van een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid met zoveel woorden de eis dat de werkgever “aannemelijk heeft gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer binnen zesentwintig weken, indien nodig door middel van scholing, te herplaatsen” (art. 5:2 onder b). In algemene zin werd

deze eis – ook voor de overige ontslaggronden in UWV-procedures – afgeleid uit de algemene redelijkheidstoets in art. 3:1 Ontslagbesluit.⁴¹ In de Beleidsregels ontslagtaak UWV⁴² werd de herplaatsingsplicht omschreven als een inspanningsverplichting, die moest worden ingevuld met de redelijkheidsmaatstaf van art. 3:1.⁴³ Volgens deze beleidsregels kwam betekenis toe aan de aard en omvang van de onderneming en aan de overige omstandigheden van het geval.⁴⁴ In ontbindingsprocedures werd soms op grond van de omstandigheden van het geval een herplaatsingsplicht aangenomen, als uitvloeisel van de eis van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).⁴⁵

2.21. In art. 7:669 lid 1, eerste volzin, BW is – voor het eerst – een algemene, dwingend geformuleerde wettelijke basis gegeven aan het herplaatsingsvereiste. Volgens deze wettelijke bepaling is opzegging (respectievelijk ontbinding) van de arbeidsovereenkomst, ook indien daarvoor een redelijke grond bestaat, slechts toegestaan 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. Volgens de tweede volzin van dit artikellid ligt herplaatsing in ieder geval niet in de rede indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3, onderdeel e.

2.22. Het herplaatsingsvereiste is uitgewerkt in de op art. 7:669 lid 5 BW berustende Ontslagregeling, waarvan art. 9 als volgt luidt:

“Artikel 9 Herplaatsing

1. Bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, worden arbeidsplaatsen betrokken:

a. waarvoor een vacature bestaat, of waarvoor binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, een vacature zal ontstaan;

b. waarop werknemers of personen, die geen werkzaamheden van tijdelijke aard verrichten gedurende ten hoogste 26 weken, werkzaam zijn:

1°. op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, die binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, eindigt;

2°. op basis van een uitzendovereenkomst;

3°. op basis van een arbeidsovereenkomst waarin de omvang van de arbeid niet is vastgelegd;

4°. die ter beschikking zijn gesteld, anders dan door een payrollwerkgever;

5°. die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd hebben bereikt; of

6°. anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst, tenzij deze werkzaamheden worden verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep, deze werkzaamheden worden verricht door of namens natuurlijke of rechtspersonen die zijn ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, en het voor een doelmatige bedrijfsvoering noodzakelijk is dat deze werkzaamheden anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst worden verricht.

2. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep, worden bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is mede arbeidsplaatsen in andere tot deze groep behorende ondernemingen betrokken.

3. Van een passende functie is sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.”

De bijbehorende toelichting vermeldt het volgende:

“Artikel 9 Herplaatsing

De mogelijkheid van herplaatsing van een werknemer wordt gezien aan de hand van vacatures die er bij een werkgever zijn of mogelijk binnen afzienbare termijn komen. Dat is geregeld in het eerste lid, onderdeel a. Daarbij geldt, net als thans het geval, dat als de bedrijfsactiviteiten van een werkgever over meerdere vestigingen zijn gespreid, of als een onderneming deel uitmaakt van een concern, daarbij ook andere vestigingen, respectievelijk ondernemingen die deel uitmaken van een concern, betrokken

dienen te worden dan die waar een werknemer werkzaam is. Het tweede lid van het onderhavige artikel strekt hiertoe.

In het eerste lid, onderdeel b, wordt geregeld dat als een passende functie wordt bezet door werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, door ingeleend personeel (niet zijnde payrollwerknemers) of door een oproepkracht, deze functie, indien die als passend kan worden aangemerkt, bij het beoordelen van de mogelijkheden tot herplaatsing van een werknemer wordt betrokken, hetgeen tot gevolg kan hebben dat genoemde werknemers plaats moeten maken voor een werknemer wiens arbeidsplaats komt te vervallen. Hiermee wordt enerzijds aangesloten bij de thans bestaande praktijk. Anderzijds bij de regel in artikel 7:671a, zevende lid, BW op grond waarvan toestemming voor opzegging van een arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden slechts wordt verleend als een werkgever de arbeidsrelatie met de hiervoor genoemde categorieën van personen heeft beëindigd. De regel geldt echter niet als het werkzaamheden betreft van niet-structurele aard. Dat is ook logisch, enerzijds omdat de verplichting tot herplaatsing (veelal) werknemers zal betreffen met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, anderzijds omdat als het tijdelijke werkzaamheden betreft (waaronder wordt verstaan: met een duur van korter dan 26 weken) een wisseling van personeel voor (veelal) een relatief korte periode niet voor de hand ligt.

In het derde lid is geregeld wat in dit verband onder een passende functie wordt verstaan, namelijk een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van een werknemer (of waarvoor hij binnen een redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn). In de regel zal het hierbij gaan om functies die aansluiten bij het niveau van de werkzaamheden die een werknemer verricht maar dat hoeft niet het geval te zijn. Bij disfunctioneren kan bijvoorbeeld sprake zijn van een passende functie wanneer dit ligt onder het functieniveau van de functie die wordt vervuld. Dat ligt ook in de rede als de reden voor disfunctioneren is dat een werknemer het vereiste niveau niet of niet langer aan kan. Bij de bepaling of een functie passend is voor een arbeidsgehandicapte, zal in ogenschouw moeten worden genomen of de functie aansluit bij de arbeids/medische mogelijkheden van de werknemer. Ook dat kan ertoe leiden dat een functie die beneden het niveau van de oorspronkelijke functie ligt als passend moet worden aangemerkt.

Met betrekking tot scholing wordt opgemerkt dat deze optie is gekoppeld aan het eventuele bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing. Dat betekent dat een werkgever niet verplicht kan worden om een werknemer te scholen als er geen zicht is op herplaatsing in een passende functie.

De duur (in relatie tot de in acht te nemen redelijke termijn, zie hierna bij de toelichting op artikel 10) en de kosten van scholing zijn bepalend voor de vraag welk scholingsaanbod bij een mogelijk geschikte functie van werkgever gevegd kan worden, waarbij de financiële positie van een onderneming relevant is.

Het is aan de werkgever om te beoordelen welke werknemer het meest geschikt is voor het vervullen van eventuele vacatures waarbij hij zijn keuze uiteraard wel moet verantwoorden als die ter discussie wordt gesteld. Echter, in een situatie waarin een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere (niet met de vervallen functie uitwisselbare; zie artikel 13) functie, ligt het in de rede dat de werknemer die hiervoor geschikt is en op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen, als eerste in de gelegenheid wordt gesteld deze functie – na sollicitatie – te aanvaarden. Het spreekt voorts voor zich dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang geniet boven een externe sollicitant. Dat betekent dat als een werkgever (of een andere werkgever binnen een concern) een vacature vervult door een externe kandidaat terwijl die vacature als passend kan worden aangemerkt voor een met ontslag bedreigde werknemer de werkgever zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld. UWV zal dan geen toestemming voor opzegging kunnen verlenen en de rechter zal de arbeidsovereenkomst niet kunnen ontbinden.”⁴⁶

2.23. In een beschikking over een ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden heeft de Hoge Raad de zo-even geciteerde toelichting op art. 9 Ontslagregeling tot uitgangspunt genomen:

“3.4.4. Uit de toelichting volgt dat het in het kader van het herplaatsingsvereiste in beginsel aan de werkgever is om te beoordelen welke werknemer voor het vervullen van een vacature het meest geschikt is. Indien echter een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere functie, die niet met de vervallen functie uitwisselbaar is, behoort de werkgever deze functie in beginsel eerst aan te bieden aan de werknemer die daarvoor geschikt is en op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen.

(...)

3.4.7. Ten overvloede wordt nog het volgende opgemerkt. In de onderhavige zaak gaat het om de vraag welke werknemers in aanmerking komen voor een door de werkgever in het kader van een reorganisatie gecreëerde nieuwe functie. Hetgeen hiervoor in 3.4.4-3.4.5 hieromtrent is overwogen, laat onverlet dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd, voorrang heeft boven een externe kandidaat. De werkgever zal, voordat hij de nieuwe functie aanbiedt aan een externe kandidaat, moeten onderzoeken of deze functie passend is voor een met ontslag bedreigde werknemer (zie de hiervoor in 3.4.3 weergegeven toelichting op art. 9 Ontslagregeling, laatste drie volzinnen). Hierbij is van belang dat in een dergelijk geval een functie ook als passend kan worden aangemerkt indien de met ontslag bedreigde werknemer niet geschikt is voor die functie maar daarvoor wel 'binnen een redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn' (zie de genoemde toelichting, eerste volzin).⁴⁷

2.24. Bij de totstandkoming van de Wwz zijn slechts weinig woorden gewijd aan het herplaatsingsvereiste. De memorie van toelichting en de memorie van antwoord vermelden dat met art. 7:669 BW geen wijziging is beoogd ten opzichte van het vroegere ontslagrecht.⁴⁸ In de nota n.a.v. het verslag stelde de regering, in antwoord op de vraag waarom de herplaatsingsplicht een algemene plicht is geworden in het wetsvoorstel, dat "ook nu al" geldt dat een werkgever "moet nagaan of herplaatsing in een andere passende functie mogelijk is, ook in het geval van disfunctioneren". Toegesplitst op het geval van een disfunctionerende oudere werknemer, merkte de regering op dat "niet redelijk" is dat deze zou kunnen worden ontslagen zonder dat de werkgever mogelijkheden tot herplaatsing heeft onderzocht.⁴⁹ Later is het herplaatsingsvereiste in het parlement nog aan de orde geweest in verband met het amendement-Dijkgraaf, dat ertoe strekte een aantal ontslaggronden uit te zonderen van de herplaatsingsplicht en te bepalen dat herplaatsing niet in de rede ligt "indien dat redelijkerwijs niet van de werkgever kan worden verwacht".⁵⁰ De minister ontraadde dit amendement⁵¹ in bewoordingen die doen vermoeden dat de minister beducht was voor *categorische* uitzonderingen op het herplaatsingsvereiste en ruimte wilde laten voor nuancering. Een voorbeeld hiervan is het door de minister genoemde geval van een verstoorde arbeidsrelatie die beperkt is tot de "werkvloer" en kan worden weggenomen door een overplaatsing naar een andere plek. De minister benadrukte dat hij de zorg van de indiener van het amendement, dat de voorgestelde algemene herplaatsingsplicht "een verzwaring inhoudt ten opzichte van wat nu geldt", kon wegnemen, omdat volgens de minister sprake is van een verplichting die ook in het vroegere recht al gold.⁵²

2.25. In de vakliteratuur wordt die bewering van de minister in twijfel getrokken. Verscheidene auteurs gaan ervan uit dat het herplaatsingsvereiste is verruimd en verzaamd door de wijze waarop het thans is verankerd in art. 7:669 lid 1 BW. *Verruimd* achten zij het vereiste, omdat de uitzondering voor gevallen waarin herplaatsing "niet in de rede" ligt, naar hun mening een (veel) beperkter strekking heeft dan de redelijkheidsmaatstaf die onder het oude recht gold. Volgens deze auteurs ziet die uitzondering slechts op sprekende gevallen waarin een herplaatsing in het geheel niet aan de orde komt, zoals gevallen van detentie, illegaliteit en verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.⁵³ *Verzaamd* achten zij het herplaatsingsvereiste, omdat de zo-even aangehaalde toelichting op art. 9 Ontslagregeling – anders dan de voormalige UWV-beleidsregels (vgl. alinea 2.20 hiervoor) – niet verwijst naar de omstandigheden van het geval, maar zonder voorbehoud vermeldt dat een met ontslag bedreigde werknemer "voorrang geniet boven een externe sollicitant" en dat de werkgever die een externe kandidaat aanneemt terwijl de vacature als passend kan worden aangemerkt voor een met ontslag bedreigde werknemer, "zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld". Tegen deze achtergrond menen de bedoelde auteurs dat de herplaatsingsplicht onder het huidige recht tendeert naar een resultaatsverplichting. Zij bekritisieren het (vermeend) ontbreken van een "redelijkheidsventiel" en pleiten ervoor, de herplaatsingsplicht als een op het individuele geval toegesneden inspanningsverplichting te (blijven) beschouwen.⁵⁴

2.26. De besproken kritiek wordt ook toegespitst op de moeilijkheden die werkgevers die deel uitmaken van een concern, kunnen ondervinden bij herplaatsing van werknemers in concernverband. Ingevolge art. 9 lid 2 Ontslagregeling moeten, indien de werkgever deel uitmaakt van een "groep",⁵⁵ bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is, ook arbeidsplaatsen worden betrokken in "andere tot deze groep behorende ondernemingen". De Ontslagregeling verwijst in art. 1 naar art. 2:24b BW.⁵⁶ Blijkens art. 9 lid 1 Ontslagregeling gaat het niet alleen om arbeidsplaatsen waarvoor een vacature bestaat (onderdeel a), maar ook om arbeidsplaatsen die door flexibele arbeidskrachten worden vervuld (onderdeel b). Volgens de bijbehorende toelichting geniet de met ontslag bedreigde werknemer "voorrang" boven externe kandidaten en boven de flexibele arbeidskrachten. In dit verband is wel betoogd dat een herplaatsingsplicht in concernverband problematisch is indien de werkgever die een

werknemer wil ontslaan geen zeggenschap heeft over het personeelsbeleid van andere tot het concern behorende (zuster)vennootschappen. Deze werkgever kan herplaatsing bij een werkgever elders in het concernverband niet afdwingen. Niet in ieder individueel geval kan worden ingegrepen door middel van een instructie van de moedervenootschap aan de dochtervenootschap waar een vacature bestaat of waar een arbeidsplaats wordt vervuld door een tijdelijke arbeidskracht. In het verlengde hiervan is ook wel betoogd dat een concernbrede herplaatsingsplicht – met name bij grote internationale concerns – ook bezwaarlijk kan zijn, vanuit een oogpunt van autonomie van de verschillende concernonderdelen of vanwege de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid voor flexibele arbeidskrachten.⁵⁷ Beschouwd vanuit het perspectief van met ontslag bedreigde werknemers, worden kanttekeningen geplaatst bij concern-brede herplaatsing, in verband met de daaraan verbonden verhuisperikelen.⁵⁸

2.27. De Beleidsregels ontslagtaak UWV gaven een op het geval toegesneden invulling aan de herplaatsingsplicht in concernverband:

“Op grond van het Ontslagbesluit mag van de werkgever verlangd worden dat hij zich inspant een boventallige werknemer binnen de onderneming te herplaatsen. In een kleine onderneming met één vestiging beperkt de toets op herplaatsing zich noodzakelijkerwijze tot die ene vestiging. In een onderneming met meerdere vestigingen heeft de werkgever meer mogelijkheden. Goed werkgeverschap brengt dan mee dat de inspanningsverplichting tot herplaatsing zich ook uitstrekt tot die andere vestigingen dan die waar werknemer werkzaam is/was. Van werkgever mag ten minste gevraagd worden dat hij informeert naar vacatures bij de andere locaties/vestigingen. Als de bevoegdheid en/of invloed van de werkgever op het aannamebeleid verder reikt dan de eigen vestiging, heeft hij daardoor meer mogelijkheden om herplaatsing van de boventallige werknemers te bevorderen.

Is de onderneming onderdeel van een concern dan mag verwacht worden dat de werkgever onderzoekt of herplaatsing bij een zusteronderneming binnen het concern mogelijk is. Dat geldt des te meer als de werknemer door bijvoorbeeld lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt.

Alles wat binnen een redelijk bereik van de werkgever ligt, mag worden gevergd. Per werkgever zullen de mogelijkheden overigens divers kunnen zijn. De aard en omvang van de organisatie zijn hierbij relevant.”⁵⁹

Volgens de beschikking van de Hoge Raad van 16 februari 2018 kan de rechter bij zijn oordeel of sprake is van een van de ontslaggronden in art. 7:669 lid 3 BW, acht slaan op het voormalige Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde beleidsregels, nu de bedoelde ontslaggronden aan deze vroegere regelgeving zijn ontleend en “op dat punt geen wijziging is beoogd”.⁶⁰ Het is voor mij de vraag, of hetzelfde geldt voor het herplaatsingsvereiste: de in alinea 2.22 hiervoor aangehaalde toelichting bij art. 9 Ontslagregeling lijkt immers op een andere leest geschoeid dan de hier geciteerde beleidsregels van het UWV.

2.28. Er zijn ook auteurs die menen dat de wettelijke uitzondering voor gevallen waarin herplaatsing “niet in de rede” ligt, ruimte biedt om een op de omstandigheden van het geval afgestemde invulling te geven aan de herplaatsingsplicht. Zo betogen Bouwens e.a.:

“Hoeveel ruimte de wet precies biedt om een op zichzelf passend te achten functie aan een werknemer te onthouden, is onduidelijk. (...) Volgens de toelichting bij de Ontslagregeling spreekt het voor zich dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang geniet boven een externe sollicitant, maar zou de ondernemer niet toch enige ruimte moeten worden gelaten om bij meer dan geringe verschillen in bekwaamheid de voorkeur te geven aan de beste kandidaat? Verdedigbaar is onzes inziens dat herplaatsing in zodanig geval ‘niet in de rede ligt’.”⁶¹

2.29. De advocaat-generaal De Bock heeft betoogd dat het gaat om gevallen waarin voor een ieder duidelijk is dat van herplaatsing geen sprake kan zijn. Beslissend is dan ook niet zozeer of herplaatsing “redelijk” is, maar of evident is dat van herplaatsing geen sprake kan zijn.⁶² De zaak betrof toen een ontslag op de g-grond, wegens een verstoorde arbeidsverhouding met collega’s, met leidinggevenden en met de directie. De Hoge Raad liet in die zaak het oordeel van de feitenrechter dat herplaatsing niet in de rede lag, in stand. Hij overwoog, voor zover hier van belang:

“3.5.2. (...) Het oordeel van het hof moet aldus worden begrepen, dat in de concrete omstandigheden van dit geval herplaatsing niet in de rede ligt. Dat oordeel heeft het hof klaarblijkelijk gegrond op de door hem in rov. 5.5 en 5.6 vastgestelde omstandigheden dat [de werkgever] de werkomstandigheden van [de werknemer] reeds een aantal keren heeft aangepast (van buitendienst naar binnendienst, van een gezamenlijke naar een eigen kamer), dat [de werknemer] beheerst lijkt door een diepgewortelde

achterdocht jegens [de werkgever], dat de ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding zowel bestaat in de samenwerking met collega's als in de verhouding met leidinggevend en de directie, dat [de werknemer] zich niet kan neerleggen bij beslissingen of situaties die hem niet aanstaan en zich daarin vastbijt en erop blijft terugkomen, en dat [de werkgever] het vertrouwen in [de werknemer] definitief is verloren, ook al valt [de werknemer] daarvan wellicht geen verwijt te maken. In het licht van die vaststellingen geeft het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is tegen die achtergrond bezien niet onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat herplaatsing, al dan niet na scholing, niet in de rede ligt."

Houweling c.s. lezen in deze overweging een (door hen gewenste) redelijkheidstoetsing, maar tekenen aan dat ook zou kunnen worden betoogd "dat in dit (extreme) geval herplaatsing simpelweg niet in de rede lag".⁶³

2.30. In de rechtspraak heeft het herplaatsingsvereiste, sinds de codificatie daarvan, duidelijk aan betekenis gewonnen. Van een algemeen geldende resultaatsverplichting lijkt echter geen sprake te zijn. Wel worden betrekkelijk hoge eisen gesteld aan de inspanningen van de werkgever: van de werkgever wordt een actieve, op de persoon van de werknemer gerichte benadering gevergd. Die benadering houdt in dat hij de werknemer actief begeleidt, initiërend te werk gaat en eventuele belemmeringen voor nieuwe functies wegneemt. Het enkel wijzen op vacatures wordt, zeker bij de grotere ondernemingen, niet voldoende geacht.⁶⁴ Van werkgevers in een concernverband wordt – in het kader van de op hen rustende stelplicht – verwacht dat zij, overeenkomstig art. 9 lid 2 Ontslagregeling, toelichten waarom een herplaatsing elders in het concern niet mogelijk is of niet in de rede ligt.⁶⁵ De lagere rechtspraak lijkt oog te hebben voor de in alinea 2.26 hiervoor besproken moeilijkheden rondom herplaatsing in concernverband, mits daaromtrent voldoende is aangevoerd.⁶⁶ Vermeldenswaard is dat het aanbieden van één passende functie veelal voldoende wordt geacht ter naleving van de "herplaatsingsplicht".⁶⁷ De gedachte daarbij is kennelijk dat, indien de werknemer een hem passende functie *weigert*, een hernieuwde poging tot herplaatsing – uitzonderingen daargelaten⁶⁸ – niet in de rede ligt.⁶⁹

2.31. Tot besluit van deze inleidende opmerkingen ga ik kort nog in op de rechtspositie van *expats*. Zoals het hof in zijn bestreden beschikking heeft gesignaleerd (rov. 1.3.2, slot), hebben *expats* in verband met de van hen verlangde mobiliteit⁷⁰ een relatief kwetsbare positie. Zij zijn doorgaans voor korte tijd in dienst van verschillende werkgevers wereldwijd, met alle risico's van dien voor hun werkgelegenheid. Daartegenover staat dat *expats*, ter compensatie van deze risico's, vaak hebben kunnen profiteren van een betrekkelijk royaal inkomen en aanvullende pensioen- en belastingvoorzieningen (zoals in dit geval de binnen het Shell-concern geldende IBAS-voorwaarden). In de vakliteratuur is een aanbeveling gedaan om in arbeidsvoorwaarden specifiek voor *expats* bestemde faciliteiten op te nemen die het vinden van vervangend werk kunnen bevorderen, zoals bijvoorbeeld het inschakelen van een internationaal outplacementbureau, vergoeding van repatriërings- en verhuiskosten, informatieverstrekking en begeleiding.⁷¹ Dienovereenkomstig wordt in de rechtspraak (ook) ten opzichte van *expats* een actieve, persoonsgerichte inspanning van de werkgever tot herplaatsing van werknemers gevergd.⁷² De onderhavige LTIA-regeling van Shell is eerder in de rechtspraak aan de orde geweest en toen toereikend bevonden.⁷³ Vanuit internationaal perspectief wijs ik nog op de "International Labour Standards on Migrant Workers". De International Labour Organization (ILO) heeft deze opgesteld voor een "adequate protection for this vulnerable category of workers". Echter, deze standaarden lijken met name bedoeld te zijn om uitbuiting van ongeschoolde arbeidsmigranten te voorkomen. Volgens de ILO zijn "skilled migrant workers (...) less vulnerable to exploitation". De ILO wijst in dit verband mede op het belang van ontwikkelingslanden om niet te worden beroofd van "valuable labour needed for their own economies".⁷⁴

2.32. Wat betekent het voorgaande voor het toepassingsbereik en de inhoud van het herplaatsingsvereiste? Art. 7:669 lid 1 BW stelt, als gezegd, de voorwaarde dat herplaatsing "niet mogelijk is of niet in de rede ligt". Wezenlijk lijkt mij het wettelijk systeem zoals dit geldt sinds 1 juli 2015: herplaatsing is de regel; ontslag is de uitzondering. Dan ligt het op de weg van de werkgever die een ontbindingsverzoek indient, om te stellen – en zo nodig te bewijzen – dat hij heeft gedaan wat mogelijk was en in de rede lag om de werknemer te herplaatsen. De voor een herplaatsing relevante feiten en omstandigheden bevinden zich grotendeels in het domein van de werkgever. Ten minste zal een op de persoon van de werknemer gerichte poging tot herplaatsing moeten worden gesteld en, zo nodig, moeten worden bewezen.

2.33. Ik vat het wettelijk systeem op in die zin, dat om te beginnen de *herplaatsingsmogelijkheden* moeten worden gesteld en onderzocht. Heeft de werkgever daarover niet voldoende gesteld, dan zal het ontbindingsverzoek reeds op die grond moeten worden afgewezen, tenzij op voorhand duidelijk is dat een herplaatsing niet in de rede ligt (in de zin van art. 7:669 lid 1 BW)⁷⁵ of niet is vereist (in de zin van art. 7:669 lid 2 BW). Zijn er herplaatsingsmogelijkheden gesteld, dan zal vervolgens moeten worden beoordeeld of het in de rede ligt dat de werkgever die herplaatsingsmogelijkheden benut. Dat zal in beginsel het geval zijn, gelet op het wettelijke uitgangspunt van herplaatsing. Naar mijn mening moet de uitzondering voor het “niet in de rede” liggen van herplaatsing niet zozeer beperkt worden opgevat, dat die uitzondering slechts betrekking zou hebben op gevallen waarin op voorhand en in algemene zin duidelijk is dat herplaatsing is uitgesloten. Uit de hiervoor in alinea 2.29 aangehaalde beschikking van de Hoge Raad van 16 februari 2018 leid ik af dat de rechter ook op grond van een nadere weging van de omstandigheden van het geval tot het oordeel kan komen dat herplaatsing, ofschoon mogelijk en niet reeds *a priori* uitgesloten, (toch, bij nader inzien) niet in de rede ligt. In zoverre komt het mij voor dat het wettelijk stelsel al een “redelijkheidsventiel” kent. Dat ventiel is niet hetzelfde als de overkoepelende “redelijkheidsmaatstaf” uit het vóór de invoering van de Wwz geldende ontslagrecht.

2.34. Het geschetste systeem biedt ruimte om tot op zekere hoogte rekening te houden met moeilijkheden die concernwerkgevers kunnen ondervinden bij de herplaatsing van hun werknemers in concernverband. Maakt de werkgever deel uit van een concern, dan strekt de op hem rustende stelplicht (te weten: dat hij datgene heeft gedaan wat mogelijk was en in de rede lag om de werknemer te herplaatsen), zich mede uit tot arbeidsplaatsen bij andere onderdelen van het concern. Die arbeidsplaatsen zullen ingevolge art. 9 lid 2 Ontslagregeling moeten worden betrokken bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is. Indien de werkgever stelt en, zo nodig, bewijst dat en waarom hij, ondanks serieuze pogingen daartoe, niet erin is geslaagd de werknemer te herplaatsen in een functie elders binnen het concern, kan de rechter tot het oordeel komen dat herplaatsing in concernverband in de gegeven omstandigheden “niet mogelijk” is in de zin van art. 7:669 lid 1 BW. Indien, bijvoorbeeld, herplaatsing van de werknemer in een functie bij een tot het concern behorende onderneming in het buitenland onevenredig kostbaar is of anderszins bezwaarlijk, kan de rechter tot het oordeel komen dat herplaatsing bij een andere werkgever binnen hetzelfde concern in dat geval “niet in de rede” ligt, in de zin van art. 7:669 lid 1 BW.

2.35. Uiteindelijk is het aan de rechter die over de feiten oordeelt, om te beoordelen of de (concern)werkgever aan zijn stelplicht ter zake van het herplaatsingsvereiste heeft voldaan. Vanwege de eerder genoemde ondernemersvrijheid zal aan een werkgever enige beoordelingsruimte moeten worden gelaten ten aanzien van de vraag of het gebruik van een herplaatsingsmogelijkheid in de rede ligt. Dit valt enigszins te vergelijken met de beoordelingsruimte die een werkgever toekomt ten aanzien van de vraag of zich een redelijke grond voor ontslag voordoet (zie alinea 2.9 hiervoor).

Bespreking van de onderdelen 2-4 over herplaatsing in concernverband

2.36. Na deze inleidende opmerkingen kom ik terug op de rechtsklacht van onderdeel 2.1 (zie alinea 2.18 hiervoor). Het hof heeft in rov. 8 overwogen dat het niet in de rede ligt, te aanvaarden dat de werknemer voorrang boven andere kandidaten geniet met betrekking tot herplaatsingsmogelijkheden bij ondernemingen wereldwijd die tot het Shell-concern behoren. Met andere woorden: bij de toetsing aan art. 7:669 lid 1 BW behoeft de rechter niet zonder meer ervan uit te gaan dat de werknemer bij een vacature in enige onderneming binnen het Shell-concern met voorrang boven een externe kandidaat moet worden geplaatst, dan wel dat tijdelijke aanstellingen in andere ondernemingen niet mogen worden verlengd teneinde juist deze werknemer te kunnen herplaatsen. Het hof heeft zijn oordeel onderbouwd als volgt:

“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 [de werkgever] – al dan niet via de moedervenootschap – juridisch zou kunnen afdwingen van [de werknemer] 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.” (rov. 8)

2.37. In deze onderbouwing kunnen twee argumenten worden onderscheiden:

(i) het ontbreken van zeggenschap van de (eigen) werkgever, die nodig is om de bepleite voorrang voor de herplaatsingskandidaat af te dwingen indien bij een andere werkgever binnen het concern een

vacature is of wordt opengesteld of een functie wordt vervuld door iemand met een tijdelijke aanstelling;

(ii) de vrijheid van de andere vennootschappen binnen het concern om naar eigen inzicht hun personeelsbeleid te voeren.

Deze twee argumenten moeten worden gezien tegen de achtergrond van de overige feiten en omstandigheden die het hof in zijn beschikking heeft vastgesteld. Ik wijs met name op (iii) de binnen het Shell-concern geldende *LTIA-regeling* en het daartoe behorende *MOR-systeem* (rov. 1.3.1-1.3.4), waarvan (iv) tussen partijen niet ter discussie staat dat dit systeem aan hoogopgeleide, zelfstandige werknemers, zoals deze werknemer, in beginsel voldoende mogelijkheden biedt om herplaatsing te onderzoeken (rov. 11). Verder valt te wijzen op (v) de in alinea 2.12 hiervoor genoemde vaststaande feiten, die erop neerkomen dat de werknemer reële kansen heeft gehad om zich te laten herplaatsen binnen het Shell-concern en (vi) een hem aangeboden functie die “passend” was in de zin van de LOR 2012, heeft geweigerd (rov. 25.4-26). In het licht van deze omstandigheden geeft het oordeel dat herplaatsing elders binnen het concern via de door de werknemer bepleite voorrang boven andere kandidaten “niet in de rede” ligt, m.i. geen blijk van miskening van het wettelijk systeem.⁷⁶

2.38. De bestreden overweging dat het herplaatsingsvereiste een “individuele redelijkheidstoets” vergt, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval (rov. 9), komt hierop neer dat bij de beoordeling of herplaatsing “in de rede” ligt in de zin van art. 7:669 lid 1 BW, er ruimte is voor een weging van de omstandigheden van het geval. Hoewel de kwalificatie “individuele redelijkheidstoets” wellicht minder gelukkig is gekozen (omdat zij doet denken aan de ruimere redelijkheidsmaatstaf die onder het oude recht gold), meen ik dat het bestreden oordeel als geheel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

2.39. De regel van art. 9 lid 2 Ontslagregeling, die van dwingend recht is, doet aan het voorgaande niet af. Die regel vereist dat arbeidsplaatsen bij andere ondernemingen binnen het concern worden “betrokken” bij de herplaatsingstoets; niet dat onder alle omstandigheden een herplaatsing plaatsvindt. Nu art. 9 Ontslagregeling een uitwerking vormt van het herplaatsingsvereiste van art. 7:669 lid 1 BW (vgl. lid 5), moet worden aangenomen dat voor een concern-brede herplaatsingsplicht geen plaats is indien dat onder de gegeven omstandigheden “niet in de rede” ligt, in de zin van art. 7:669 lid 1 BW.

2.40. De toelichting in het cassatieverzoekschrift houdt verder in dat niet nodig is dat herplaatsing kan worden *afgedwongen*. Het gaat erom dat de reeds bestaande arbeidsovereenkomst niet kan worden beëindigd wanneer niet aan het herplaatsingsvereiste is voldaan.⁷⁷ Dat is op zichzelf juist, maar laat onverlet dat de wel of niet afdwingbaarheid van herplaatsing bij een ander concernonderdeel een belangrijk gezichtspunt kan zijn bij de beoordeling of herplaatsing in concernverband in de gegeven omstandigheden “in de rede” ligt (vgl. alinea 2.26 hiervoor). Als een herplaatsing niet kan worden afgedwongen, kan de slotsom zelfs zijn dat herplaatsing in concernverband in het geheel “niet mogelijk” is.⁷⁸ Onderdeel 2.1 faalt.

2.41. *Onderdeel 2.2* bestrijdt met een rechtsklacht (i) het oordeel dat niet in de rede ligt dat de werknemer bij herplaatsing in concernverband de door hem verlangde voorrang boven externe sollicitanten en tijdelijke arbeidskrachten geniet (rov. 8) en (ii) het oordeel dat de door de werknemer verlangde voorrang niet berust op een dwingendrechtelijke regel waarvan de burgerlijke rechter niet zou mogen afwijken (rov. 9). Volgens het onderdeel zijn beide oordelen rechtens onjuist. Uit het voorgaande blijkt dat en waarom die klacht naar mijn mening geen doel treft.

2.42. Voortbouwend daarop, klaagt het onderdeel dat het hof had moeten ingaan op de stelling van de werknemer dat het Shell-concern “vacatures voor passende functies heeft opengesteld voor en ingevuld met externe kandidaten”. Ook die klacht faalt, nu het hof heeft kunnen oordelen dat herplaatsing in concernverband, in de vorm van de door de werknemer bepleite voorrang boven andere kandidaten, in de gegeven omstandigheden niet in de rede lag.

2.43. Tot slot klaagt het middelonderdeel dat het hof niet in het nadeel van de werknemer had mogen meewegen dat de werknemer bij het solliciteren op functies in Azië en het Midden-Oosten moet concurreren met “locals” die voor een werkgever veel goedkoper zijn dan *expats* (rov. 15). De werknemer mist belang bij deze klacht, omdat de bestreden overweging uitsluitend betrekking heeft op de door de werknemer gestelde mogelijkheid van herplaatsing ten tijde van de beslissing in hoger beroep. De klacht miskent dat de bestreden overweging niet het oordeel draagt dat herplaatsing *op het tijdstip van de indiening van het ontbindingsverzoek* niet in de rede lag.

2.44. *Onderdeel 2.3* bouwt slechts voort op de voorgaande klachten. Het behoeft geen afzonderlijke bespreking. *Onderdeel 2* faalt.

2.45. De onderdelen 3.1 en 3.2, gericht tegen rov. 11 en 14, klagen dat het hof te lichte eisen heeft gesteld aan de van de werkgeefster te vergen inspanningen tot herplaatsing.⁷⁹ Meer concreet klaagt *onderdeel 3.1* dat het hof heeft miskend dat een werkgever niet kan volstaan met het bekendmaken van vacatures binnen het bedrijf. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, klaagt het onderdeel dat het oordeel onvoldoende is gemotiveerd, omdat uit de bestreden beschikking niet blijkt dat de werkgever meer heeft gedaan dan “het bijhouden, bekendmaken en soms langer openhouden van vacatures”. *Onderdeel 3.2* klaagt dat het hof heeft miskend dat een passende functie simpelweg moet worden aangeboden aan de werknemer, zonder een voorafgaande sollicitatieprocedure. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, klaagt het onderdeel dat het hof zijn oordeel dat de werkgeefster voldoende inspanningen tot herplaatsing heeft verricht, nader had moeten motiveren.

2.46. *Onderdeel 3.1* gaat naar mijn mening uit van een onjuiste lezing van de bestreden overwegingen. Het hof heeft méér inspanningen van de werkgeefster tot herplaatsing vastgesteld dan enkel het bijhouden, bekendmaken en soms het langer openhouden van vacatures. Om te beginnen, staat in cassatie vast dat de werkgeefster aan de werknemer de functie van *MAA* heeft aangeboden (rov. 1.9) en dat die functie “passend” was in de zin van de LOR 2012 (rov. 25.4). Verder staat vast dat de werkgeefster actief de werknemer heeft gewezen op andere passende functies bij concernvennootschappen (rov. 11, slot) en dat de *Maritime Global Skillpool Manager* van Shell verschillende acties heeft ondernomen ten behoeve van herplaatsing van de werknemer, waaronder het “promoten” van de werknemer bij andere vennootschappen binnen het concern (rov. 14). Mede gelet op het door Shell gehanteerde *MOR*-systeem, waarvan tussen partijen niet ter discussie staat dat het voor hoogopgeleide en zelfstandige werknemers zoals deze werknemer in beginsel voldoende mogelijkheden verschaft om ook zelf de mogelijkheden tot herplaatsing te onderzoeken (rov. 11), is niet onbegrijpelijk waarop het uiteindelijke oordeel berust dat de door de werkgeefster verrichte herplaatsingsinspanningen toereikend zijn geweest.

2.47. Wat betreft *onderdeel 3.2*: wanneer herplaatsing mogelijk is *en* in de rede ligt, kan de werknemer niet worden ontslagen zonder dat hem de desbetreffende functie is aangeboden. Een verplichting daartoe is niet aan de orde indien herplaatsing onder de gegeven omstandigheden “niet mogelijk is of niet in de rede ligt”, in de zin van art. 7:669 lid 1 BW. Met andere woorden, de op herplaatsing gerichte inspanningsverplichting is een verplichting die aan de uiteindelijke herplaatsingsplicht vooraf gaat. In dit geval heeft het hof geoordeeld – en kunnen oordelen – dat een herplaatsing in een functie bij een onderneming elders in het concernverband, zo nodig door toekenning van de door de werknemer bepleite voorrang boven andere kandidaten, niet in de rede lag. Aldus redenerend, is het hof niet toegekomen aan de in het middelonderdeel bedoelde verplichting om de desbetreffende functie(s) daadwerkelijk aan de werknemer aan te bieden. In zoverre berust ook deze klacht op een onjuiste uitleg van de overwegingen van het hof. *Onderdeel 3* faalt.

2.48. *Onderdeel 4* is gericht tegen rov. 12, waar het hof de stelling verwerpt dat de werkgeefster tekort is geschoten omdat aan de werknemer niet een lijst is verstrekt van plaatsen waar op korte termijn vacatures ontstaan en van de overige arbeidsplaatsen die op grond van art. 9 lid 1 Ontslagregeling moeten worden betrokken bij de herplaatsing. Het onderdeel is meer in het bijzonder gericht tegen de overweging dat het hierbij gaat om “kwesties die typisch de Nederlandse arbeidsmarkt betreffen”. Volgens het onderdeel miskent het hof dat art. 9, lid 1 onder b, van de Ontslagregeling geen onderscheid maakt tussen in Nederland en in het buitenland gelokaliseerde arbeidsplaatsen. Voorts zou het hof onvoldoende hebben gemotiveerd waarom de lokale arbeidsplaatsen niet bij de herplaatsing worden betrokken.

2.49. De in dit middelonderdeel bestreden overweging luidt in haar geheel als volgt:

“12. Volgens [de werknemer] is [de werkgeefster] ook tekortgeschoten omdat hem geen lijst is verstrekt van arbeidsplaatsen waar op korte termijn vacatures ontstaan en van de overige arbeidsplaatsen die op grond van art. 9 lid 1 Ontslagregeling moeten worden betrokken bij de herplaatsing. Het hof verwerpt deze stelling. Naar mag worden aangenomen zijn de via het *MOR*-systeem zichtbare vacatures voldoende up to date om daarop zinvol te kunnen solliciteren. Het is immers evident in het belang van de lokale vennootschappen dat (komende) vacatures tijdig worden vervuld. Onweersproken en voor de hand liggend is dat het management van deze vennootschappen ook in dat opzicht een eigen verantwoordelijkheid heeft. Daarnaast gaat het bij bedoelde arbeidsplaatsen ook om kwesties die typisch de Nederlandse arbeidsmarkt betreffen, zoals arbeidsplaatsen van bijna AOW-gerechtigden en

die van zzp-ers. Voor zover [de werknemer] beoogt te stellen dat hij is benadeeld doordat een dergelijke lijst niet is verschaft, is dat onvoldoende onderbouwd.”

2.50. Het hof verwerpt de desbetreffende stelling onder verwijzing naar het MOR-systeem waarin alle vacatures binnen het Shell-concern – ook komende vacatures bij de “lokale” vennootschappen – tijdig zichtbaar zijn voor de werknemer. Daarnaast vermeldt het hof dat het bij de in art. 9, lid 1 onder b, Ontslagregeling bedoelde arbeidsplaatsen óók gaat om kwesties die typisch de Nederlandse arbeidsmarkt betreffen, zoals arbeidsplaatsen van bijna AOW-gerechtigden en zzp-ers. Hiermee bedoelt het hof te zeggen dat de Ontslagregeling wat betreft die typisch Nederlandse kwesties niet rechtstreeks kan worden toegepast op arbeidsplaatsen in het buitenland. Het gaat daarbij om arbeidsplaatsen van een type dat het buitenlandse arbeidsrecht niet kent. Dat oordeel is niet onjuist, noch onbegrijpelijk. Het hof heeft juist onderkend dat bij herplaatsing in concernverband in de regel ook de buitenlandse arbeidsplaatsen moeten worden betrokken. Onderdeel 4 faalt.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de beschikking in de zaak 5218578 HA VERZ 16-135 van de kantonrechter te Dordrecht van 13 oktober 2016;

b. de beschikking in de zaak 200.207.360/01 van het gerechtshof Den Haag van 19 september 2017.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemer, geboren in 1955, is van 15 augustus 1975 tot mei 1993 in dienst geweest van Shell Tankers B.V. Die vennootschap behoort tot het Shell-concern (hierna ook: Shell).

(ii) Na mei 1993 tot 15 augustus 2015 is de werknemer als *expatriate* (“expat”) werkzaam geweest voor verschillende vennootschappen in het Shell-concern.

(iii) Volgens de regeling die voor *expats* geldt wordt een *expat* vanuit het land waar hij is gerekruteerd (“Base Country”), uitgezonden en treedt hij in dienst van een Shell-vennootschap in de “Host Country”.

(iv) Voor het einde van de uitzendtermijn kan de *expat* deelnemen aan het systeem “Managed Open Resourcing” (hierna: MOR). De MOR vindt vier keer per jaar plaats in collectieve interne sollicitatierondes via een online-platform. Op dat platform worden alle interne vacatures binnen het Shell-concern kenbaar gemaakt, met inbegrip van expat-posities.

(v) Met ingang van 15 februari 2012 heeft de werknemer voor Shell Gabon gewerkt als “Head of Marine Services”.

(vi) Nadat gebleken was dat de werkvergunning van de werknemer in Gabon, die medio 2015 zou verlopen, waarschijnlijk niet zou worden verlengd, is de werknemer vanaf februari 2015, in overleg met de “Maritime Global Skillpool Manager” van Shell, via het MOR-systeem op zoek gegaan naar een passende nieuwe functie.

(vii) In augustus 2015 is de arbeidsovereenkomst met Shell Gabon geëindigd. Vervolgens is de werknemer teruggekeerd naar zijn *Base Country* Nederland.

(viii) Met ingang van 26 augustus 2015 is hij voor onbepaalde tijd in dienst getreden van SIEP.

(ix) Op 16 oktober 2015 is de werknemer de functie aangeboden van "Maritime Assurance Assessor" (hierna: MAA) te Rotterdam. Conform de regels van de MOR kreeg hij een termijn van vijf dagen om het aanbod te accepteren. Op 22 oktober 2015 heeft de werknemer per e-mail aan SIEP laten weten dat hij deze functie niet aanvaardde.

(x) Bij e-mail van 5 november 2015 heeft SIEP hem nogmaals de functie van MAA te Rotterdam aangeboden. Bij e-mail van 13 november 2015 heeft de werknemer wederom deze functie afgewezen.

(xi) Op 22 januari 2016 heeft de werknemer verklaard de functie van MAA toch te accepteren, zij het onder protest en onder voorwaarden. De vacature was toen echter al vervuld.

(xii) Vanaf februari 2015 heeft de werknemer in vier MOR-rondes zonder succes gesolliciteerd op vijftien interne functies.

3.2.1. In deze procedure verzoekt SIEP ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:669 lid 3, onder h, BW, met inachtneming van een termijn van een maand. De werknemer verzet zich tegen de ontbinding en verzoekt, subsidiair, rekening te houden met een opzegtermijn van vier maanden en toekenning van een vergoeding van € 625.067,24 op grond van de binnen het Shell-concern geldende Overtolligheidsregeling 2012-2016 (LOR 2012), althans van € 350.010,= op grond van de Overtolligheidsregeling 2016, althans van een transitievergoeding van € 111.908,= (alles bruto).

De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 december 2016, met toekenning van een transitievergoeding van € 111.908,= bruto.

3.2.2. Het hof heeft het hoger beroep van de werknemer verworpen ongegrond geoordeeld en diens vorderingen afgewezen.

Het heeft daartoe met betrekking tot de door SIEP ingeroepen ontslaggrond het volgende overwogen:

"6. Er is sprake is van een redelijke grond in de zin van een h-grond indien herplaatsing van [de werknemer] in een andere passende functie in het Shell concern binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Immers, de mobiele en tijdelijke inzetbaarheid in het Shell concern is inherent aan de hoedanigheid van [de werknemer], die van expat. De toets van de redelijke grond en die van de herplaatsing vallen aldus samen."

Het hof heeft de stelling van de werknemer verworpen dat bij de beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden alle bestaande en op korte termijn te verwachten vacatures van het Shell-concern en de passende functies waar personen op tijdelijke basis zijn aangesteld, wereldwijd moeten worden betrokken, en dat hij daarbij voorrang geniet, in welk verband de werknemer zich op art. 9 lid 2 van de Ontslagregeling heeft beroepen. Het heeft overwogen:

"8. Het hof stelt voorop dat SIEP als goed werkgever verplicht is te onderzoeken of herplaatsing van [de werknemer] binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie mogelijk is. [De werknemer] is vanaf 1993 als expat wereldwijd werkzaam geweest in het Shell concern. Het ligt dan in de rede dat het Onderzoek van SIEP zich richt op de herplaatsingsmogelijkheden binnen het Shell concern wereldwijd. Het ligt echter niet in de rede – in de zin van art. 7:669 lid 1 BW – om te aanvaarden dat [de werknemer] 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 moedervernootschap – juridisch zou kunnen afdwingen dat [de werknemer] 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."

Het hof heeft voorts de stelling van de werknemer verworpen dat de door hem verlangde voorrang een regel van dwingend recht vormt. Volgens het hof heeft de rechter te toetsen of herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Dit laatste vergt een individuele redelijkheidstoets, waarbij rekening

wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de nadere regels, gesteld in de Ontslagregeling, richtinggevend. (rov. 9) Deze toetsing heeft het hof tot het volgende geleid:

“11. Als gezegd hanteert het Shell concern het MOR-systeem (...). SIEP stelt dat dit een duur en geavanceerd systeem is dat beoogt om werknemers zo goed mogelijk in staat te stellen intern functies te vinden. Het systeem gaat uit van hoogopgeleide en zelfstandige werknemers, die in deze omgeving zelf hun weg kunnen vinden en aan de bel trekken als zij op problemen stuiten. Volgens SIEP moet het aanbieden van dit MOR-systeem voor werknemers die in staat moeten worden geacht in lastige buitenlandse omstandigheden hoogwaardig werk te verrichten, zoals [de werknemer], in beginsel voldoende zijn om herplaatsing te onderzoeken. Daaraan heeft SIEP toegevoegd geen toegevoegde waarde te zien om [de werknemer] verder te onderwijzen in en/of te ondersteunen bij het gebruik van dit systeem. Deze voorstelling van zaken is door [de werknemer] niet gemotiveerd betwist, zodat het hof deze voor juist houdt. Van belang op dit punt is voorts dat [de werknemer] zelf stelt dat hij vanaf februari 2015 tot juli 2016 in totaal vijftien sollicitaties via het MOR-systeem heeft verricht op passende functies. Daar komt nog bij dat SIEP daarnaast [de werknemer] nog heeft gewezen op (andere) passende functies bij concernvennootschappen, waarop hij zou kunnen solliciteren.”

Het hof heeft ook de stelling van de werknemer verworpen dat SIEP tevens is tekortgeschoten doordat hem geen lijst is verstrekt van arbeidsplaatsen waar op korte termijn vacatures zouden ontstaan en van de overige ingevolge de Ontslagregeling relevante arbeidsplaatsen. Het heeft geoordeeld dat mag worden aangenomen dat de via het MOR-systeem zichtbare vacatures voldoende up-to-date zijn om daarop zinvol te kunnen solliciteren. (rov. 12)

Voorts heeft, aldus het hof, de hiervoor in 3.1 onder (vi) bedoelde *Maritime Global Skillpool Manager* acties ondernomen ten behoeve van de herplaatsing van de werknemer, vacatures bijgehouden en contacten gelegd met bedrijven om de werknemer te herplaatsen, hetgeen ertoe heeft geleid dat sommige vacatures langer openstonden om hem een kans te geven. (rov. 14)

3.3.1. Onderdeel 1 heeft betrekking op de toepassing van de “h-grond” voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het gaat daarbij om de grond, vermeld in art. 7:669 lid 3, onder h, BW luidende: “andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.”

3.3.2. Onderdeel 1.1 klaagt dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, die grond aanwezig heeft geacht omdat de door SIEP aan dit ontbindingsverzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden “tot het domein van de a-grond behoren”, zodat SIEP op de voet van art. 7:671a lid 1 BW in verbinding met art. 7:669 lid 3, aanhef en onder a, BW aan het UWV toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst had moeten vragen.

3.3.3. Vast staat in dit geding dat bij SIEP geen arbeidsplaatsen zijn vervallen waardoor de werknemer wordt geraakt (zie de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2.11). De in art. 7:669 lid 3, onder a, BW genoemde omstandigheden doen zich dus in deze zaak niet voor. Voor zover het onderdeel betoogt dat de aangevoerde ontslaggrond verhuult dat in wezen sprake is van een geval als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder a, BW, mist het doel, nu het hof, in cassatie onbestreden, heeft vastgesteld dat de werknemer in MOR-rondes naar vijftien functies binnen Shell heeft gesolliciteerd (zie hiervoor in 3.1 onder (xii)), dat SIEP daarnaast de werknemer nog heeft gewezen op (andere) passende functies bij concernvennootschappen (rov. 11) en hij een passende functie heeft geweigerd (zie hiervoor in 3.1 onder (ix)-(xi)). Het onderdeel faalt.

3.3.4. Onderdeel 1.2 klaagt over onjuistheid van het oordeel van het hof (in rov. 6) dat de toetsing van de redelijke grond en die van de herplaatsing in dit geval samenvallen. Betoogd wordt dat het hof hiermee miskent dat het om twee zelfstandige vereisten gaat.

3.3.5. De klacht mist in zoverre feitelijke grondslag dat het hof niet heeft miskend dat het bij de redelijke grond van art. 7:669 lid 3, onder h, BW en de herplaatsingsverplichting van art. 7:669 lid 1 BW om zelfstandige vereisten gaat. Het hof onderscheidt beide vereisten immers. Voor zover de klacht zich richt tegen het oordeel van het hof dat beide vereisten in dit geval samenvallen, faalt de klacht. Nu het bij de “h-grond” gaat om een algemeen geformuleerde restcategorie, kan onder omstandigheden sprake zijn van “andere dan de onder a-g vermelde omstandigheden, die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren”, op de enkele grond dat herplaatsing als in het eerste lid bedoeld, niet in de rede ligt.

3.4.1. Onderdeel 2.1 behelst een rechtsklacht tegen het oordeel van het hof (rov. 9) dat de vraag of herplaatsing in de rede ligt (in de zin van art. 7:669 lid 1 BW) een “individuele redelijkheidstoets” vergt, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. Het onderdeel betoogt dat herplaatsing slechts dan “niet in de rede ligt” in de zin van genoemde bepaling, in gevallen waarin de herplaatsingsvraag in het geheel niet hoeft te worden gesteld, oftewel “gevallen waarin herplaatsing (in het geheel) ‘niet logisch’ is”.

3.4.2. Uit de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal in 2.20-2.22 weergegeven geschiedenis van de thans in art. 7:669 lid 1 BW neergelegde herplaatsingsverplichting en de toelichting op de (op art. 7:669 lid 5 BW stoelende) Ontslagregeling blijkt dat met deze regelingen geen breuk is beoogd met het voor de invoering van de Wwz op dit punt geldende recht. In HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:182](#) (Decor) (rov. 3.4.7), is ook in die zin beslist. Daarom moet worden aangenomen dat met het gebruik van het begrippenpaar “niet mogelijk is of niet in de rede ligt” niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen, maar dat het daarbij gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd (vgl. HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:220](#), rov. 3.5.2).

Hieruit volgt dat het bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, niet enkel gaat om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar dat daarbij ook redelijkheidsargumenten een rol kunnen spelen. Daarmee wordt de werkgever een zekere beoordelingsruimte gelaten. Het onderdeel mist dus doel.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de werknemer in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SIEP begroot op € 6.572,07 aan verschotten en € 1.800,= voor salaris.

Noot

In deze uitspraak spreekt de Hoge Raad zich uit over de ontslaggrond die de basis kan vormen voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een zogeheten “bankzitter”. In lagere rechtspraak varieerde de ontslaggrond voor een dergelijke werknemer tussen de a-grond (Rb. Rotterdam 28 september 2016, «JAR» 2016/274, m.nt. M. van Woerden) en de h-grond (Rb. Amsterdam 13 oktober 2016, *AR-Updates* 2016/1301 en Rb. Overijssel 13 december 2018, «JAR» 2019/29). De Hoge Raad oordeelt hier dat van een (verhulde) a-grond geen sprake is, nu bij SIEP BV geen arbeidsplaatsen zijn vervallen. Dat betekent dat ontbinding van deze “bankzitter” op de h-grond in stand blijft.

Mijns inziens is de h-grond de terechte ontslaggrond voor dergelijke bankzitters. De reden van het gewenste ontslag is immers gelegen in de persoon van de werknemer, niet in de functie. Bij ontslag op de a-grond is sprake van een *specifieke functie* die komt te vervallen. Welke werknemer vervolgens voor ontslag wordt voorgedragen, komt pas daarna aan de orde (zo nodig aan de hand van het afspiegelingsbeginsel). Bij het gewenste ontslag van een bankzitter daarentegen gaat om een *specifiek persoon* van wie men afscheid wil nemen. Een andere werknemer met dezelfde functie – die wel inzetbaar is – kan aanblijven. Afspiegeling is dan ook niet aan de orde. Dergelijke in de persoon van de werknemer gelegen redenen moeten worden ondergebracht bij de c- tot en met h-grond. Nu de andere persoonlijke gronden geen uitkomst bieden, komt men uit bij de h-grond, die als restgrond fungeert.

Het feit dat een werknemer niet kan worden herplaatst en ontbinding daarom gerechtvaardigd is, roept een aantal vragen op, waarvan ik er hier twee bespreek. De eerste vraag is of het niet voor rekening en risico van de werkgever komt dat een werknemer niet kan worden herplaatst. De tweede vraag is hoe de herplaatsingsverplichting van art. 7:669 lid 1 BW en de h-grond zich tot elkaar verhouden.

Relevant voor de beantwoording van beide vragen zijn mijns inziens de hoge eisen die gesteld (moeten) worden aan ontbinding op de h-grond wegens het niet kunnen (her)plaatsen van een werknemer. In onderhavige zaak dat sprake is “van een redelijke grond in de zin van een h-grond indien herplaatsing van [verzoeker] in een andere passende functie in het Shell-concern binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. [...] De toets van de redelijke grond en die van de herplaatsing vallen dus samen” (Hof Den Haag 19 september 2017, «JAR» 2017/289). Door qua woordkeuze letterlijk bij de herplaatsingsverplichting van lid 1 aan te haken en te benoemen dat de verplichtingen samenvallen, zou de indruk kunnen ontstaan dat sprake is van één vereiste (met dezelfde criteria). Dat is in mijn optiek niet zo. De Hoge Raad maakt terecht duidelijk dat de herplaatsingsverplichting en de h-grond twee zelfstandige vereisten zijn. Ik zou daar expliciet aan willen toevoegen dat de eisen die gesteld worden aan ontbinding op de h-grond (wegens het niet kunnen herplaatsen van een werknemer) strenger zijn dan de eisen die worden gesteld aan het voldoen aan de herplaatsingsverplichting van lid 1.

Hoewel het herplaatsingsvereiste van lid 1 een actieve rol van de werkgever eist, is de redelijke termijn voor herplaatsing in duur beperkt (een tot vier maanden). Bij de uitspraken waarin het niet kunnen (her)plaatsen van een bankzitter tot ontbinding op de h-grond heeft geleid, was gedurende een veel langere periode gezocht naar een geschikte arbeidsplaats. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Overijssel kon de werknemer gedurende 2,5 jaar niet worden geplaatst en in de aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam zat de werknemer in totaal zelfs bijna vier jaar op de bank. Ook in onderhavige zaak waren gedurende ruim een jaar pogingen ondernomen om de werknemer binnen het Shell concern te herplaatsen. Daar komt bij dat zowel in onderhavige zaak als ook in de “expatzaak” van de Rechtbank Amsterdam (Rb. Amsterdam 13 oktober 2016, *AR-Updates* 2016/1301) alternatieve functies waren aangeboden (in Nederland), die de werknemer vervolgens niet passend vond. Kortom: er was steeds sprake van “bijkomende omstandigheden” waardoor ontbinding op de enkele grond dat een werknemer niet kon worden herplaatst gerechtvaardigd was.

Het antwoord op de eerste vraag is mijns inziens dan ook dat het in beginsel voor rekening en risico van de werkgever komt dat een “bankzitter” niet kan worden geplaatst, maar dat aan dat risico een grens zit; zo oordeelde ook de Rechtbank Rotterdam 28 september 2016, «JAR» 2016/274, m.nt. M. van Woerden, r.o. 4.4. Het enkele feit dat is voldaan aan de herplaatsingsverplichting van lid 1 is niet voldoende voor ontbinding op de h-grond. Er zijn “bijkomende omstandigheden” nodig, bijvoorbeeld een zeer lange periode van bankzitten.

De tweede vraag – hoe de herplaatsingsverplichting van art. 7:669 lid 1 BW en de h-grond zich tot elkaar verhouden – is hiermee eigenlijk al beantwoord. Het zijn twee zelfstandige vereisten, waarbij mijns inziens geldt dat de herplaatsingsinspanningen die nodig zijn om te voldoen aan lid 1 minder zwaar zijn dan de herplaatsingsinspanningen die nodig zijn om tot ontbinding op de h-grond te komen. Dat maakt dat bij een succesvol beroep op de h-grond vanwege het niet kunnen (her)plaatsen van een bankzitter automatisch is voldaan aan de algemene verplichting van lid 1. Het herplaatsen van de werknemer is dan niet mogelijk of ligt niet (meer) in de rede. Andersom geldt dat niet. Als is voldaan aan de algemene herplaatsingsverplichting van lid 1, betekent dat niet automatisch dat sprake is van een voldragen h-grond.

Als in onderhavige zaak eerst expliciet de h-grond was getoetst en pas daarna was ingezoomd op de herplaatsingsverplichting van lid 1, was de discussie over de uitleg van de zinsnede “niet mogelijk is of niet in de rede ligt” waarschijnlijk niet gevoerd. Herplaatsing was dan immers sowieso “niet logisch” geweest. Het oordeel van de Hoge Raad dat met die zinsnede niet is beoogd een resultaatsverplichting voor de werkgever in het leven te roepen, is overigens niet verrassend. Een resultaatsverplichting zou immers betekenen dat ontbinding in geval van een redelijke grond niet mogelijk is.

mr. H.H.M.A. Foesenek, advocaat bij Liber Dock Advocaten in Amsterdam

Voetnoten

- 1) Gerechtshof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, *JAR* 2017/289; *JIN*

2018/90, m.nt. D.A.D. Mees. Zie ook de beschikking in eerste aanleg van 13 oktober 2016, onder 2.1-2.9.

- 2) Zie voor een samenvatting van de LTIA-regeling de bestreden beschikking onder 1.3.1-1.3.4.
- 3) Het verzoek van de werknemer om ontheffing of beperking van het non-concurrentiebeding blijft hier onbesproken; met dat verzoek heeft de werkgeefster ingestemd (zie rov. 5.19 van de beschikking in eerste aanleg van 13 oktober 2016).
- 4) Het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van de werkgeefster (zie de bestreden beschikking onder 3) speelt in cassatie geen rol meer.
- 5) De toepasselijkheid van Nederlands recht op deze arbeidsovereenkomst is geen punt van discussie tussen partijen.
- 6) Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216. Zie voor een bespreking van de Wwz en het oude ontslagrecht de conclusie van A-G De Bock voor HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:220](#), *JAR* 2018/73 m.nt. L.B. de Graaf, alinea 3.3 e.v.
- 7) Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, blz. 44.
- 8) Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, *Stcrt.* 2015/12685. De Ontslagregeling vormt “recht” in de zin van art. 79 RO (zie HR 13 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1212](#), *JAR* 2018/202 m.nt. R.L. van Heusden, rov. 3.3.3).
- 9) MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 43. Zie in gelijke zin: Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, blz. 44; MvA, *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, blz. 89.
- 10) MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 84.
- 11) Ingevolge art. 7:685 lid 2 (oud) BW golden als “gewichtige redenen” voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder meer “veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.”
- 12) MvA, *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, blz. 46.
- 13) Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 84, waar de wetgever reageert op de typering door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak van de h-grond als “een restcategorie, die de eerdere weergave overbodig lijkt te maken”.
- 14) Zie ook alinea’s 3.12-3.13 van de conclusie van A-G De Bock voor HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:220](#).
- 15) Zie de MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 84; Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, blz. 44.
- 16) Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 46, 84, 99; Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, blz. 130; MvA, *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, blz. 91.
- 17) MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 46 en 84. Zie in gelijke zin Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, blz. 44 en 85.
- 18) Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, blz. 130.
- 19) Zie bijv. W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer:

Kluwer 2018, blz. 457; F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Mon. Sociaal recht nr. 72), Deventer: Kluwer 2018, blz. 50; A.J.C. Theunissen e.a., *SDU Commentaar Arbeidsrecht thematisch*, art. 7:669 BW (2018), aant. C.8; P. Disseldorp, 'De h-grond in de lagere rechtspraak: een verzameling vreemde eenden', *ArbeidsRecht* 2016/50 (afl. 12), blz. 3-5; en J.T. van der Kroon e.a., 'De "andere omstandigheden" van de h-grond; ruim een jaar op weg', *TRA* 2016/83 (afl. 10), blz. 23-25; E.S. de Bock, Kroniek Statutair bestuurder medio 2016-medio 2018, *ArbeidsRecht* 2018/33 (afl. 8/9), blz. 19-20 (telkens met verwijzingen naar lagere rechtspraak).

- 20) Zie bijv. Ktr. Amsterdam 13 oktober 2016, *AR-Updates* 2016/1301, rov. 5; gerechtshof Den Haag 22 november 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3372](#), rov. 3.6 (met een annotatie van J.A. Tersteeg in *JIN* 2017/46).
- 21) Zie bijv. Hof Den Haag 22 november 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3372](#), *JIN* 2017/46 m.nt. J.A. Tersteeg, rov. 3.8. Vgl. A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51, par. 3.2; en J.T. van der Kroon e.a., 2016, reeds aangehaald, blz. 26.
- 22) Zie bijv. Ktr. Haarlem 23 maart 2018, [ECLI:NL:RBNHO:2018:2654](#), betreffende een ontbindingsverzoek op de h-grond wegens het afbranden van een bedrijfspand. De werkgever werd niet-ontvankelijk verklaard omdat het verzoek "in feite gegrond" was op bedrijfseconomische omstandigheden in de zin van art. 7:669, lid 3 onder a, BW (rov. 5.1).
- 23) Zie bijv. Hof Den Haag 22 november 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3372](#), *JIN* 2017/46 m.nt. J.A. Tersteeg, rov. 3.6, waar het hof overweegt dat de omstandigheid dat de werknemer door bedrijfseconomische omstandigheden niet in een hogere functie kan terugkeren naar zijn buitenlandse werkgever, niet maakt dat sprake is van een a-grond. Zie in gelijke zin J.M. van Slooten e.a., *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 1.4.6.5.b.
- 24) Zie bijv. J.M. van Slooten e.a., *Handboek nieuw ontslagrecht* 2015, reeds aangehaald, nr. 1.4.3.
- 25) Vgl. HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:182](#), rov. 3.4.4; HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:220](#), reeds aangehaald, rov. 3.4.4. Zie onder het oude recht bijv. HR 20 juni 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF6200](#), *NJ* 2003/523, rov. 3.4.6, waarin werd geoordeeld dat de aanwezigheid van een "dringende reden" in de zin van art. 7:678 oud BW in cassatie niet op juistheid kon worden getoetst.
- 26) Zie <https://www.internetconsultatie.nl/arbeidsmarkt_in_balans> (art. I onderdeel G van de concept regeling en blz. 59-64 van de concept toelichting).
- 27) Zie voor een nadere bespreking van het consultatievoorstel en de achtergronden daarvan de conclusie van A-G De Bock van 14 september 2018 ([ECLI:NL:PHR:2018:1029](#)), alinea 3.8-3.10.
- 28) Zie rov. 5.2 van de beschikking van de kantonrechter d.d. 13 oktober 2016.
- 29) Zie par. 7.10 e.v. van het inleidend verzoekschrift (en in gelijke zin par. 23 e.v. van het verweerschrift in cassatie).
- 30) Zie par. 27 van het beroepschrift (laatste volzin), waar deze stelling niet wordt uitgewerkt.
- 31) Zie par. 18 van het cassatieverzoekschrift.
- 32) Vgl. rov. 1.5 in verbinding met 1.8 van de bestreden beschikking en rov. 2.5 van de beschikking van de kantonrechter d.d. 13 oktober 2016. Zie ook par. 21 van het cassatieverzoekschrift.
- 33) Daarmee was er dus ook geen ruimte voor ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, zoals de toelichting in par. 17 van het cassatieverzoekschrift bepleit.

- 34) Zie par. 18 van het cassatieverzoekschrift.
- 35) Overigens verdedigt D.A.D. Mees in zijn annotatie bij de bestreden beschikking het standpunt dat, gelet op de LTIA-regeling, het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst voor rekening van de werknemer komt (*JIN 2018/90*, par. 2).
- 36) Zie par. 19 van het cassatieverzoekschrift.
- 37) Zie P. Kruit en J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2018 (afl. 2), blz. 40.
- 38) Zie HR 13 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1212](#), *JAR 2018/202* m.nt. R.L. van Heusden, rov. 3.4.3 e.v.
- 39) Zie voor een bespreking van het herplaatsingsvereiste onder het oude en het huidige recht: conclusie van A-G De Bock voor HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:220](#), *JAR 2018/73* m.nt. L.B. de Graaf, alinea 3.25 e.v.
- 40) Besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998/238, laatstelijk gewijzigd per 20 februari 2015 (*Stcrt.* 2015/4604) en ingetrokken per 1 juli 2015 (*Stcrt.* 2015/12685).
- 41) Art. 3:1 Ontslagbesluit (oud) luidde: "Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hij neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden."
- 42) Zie over de (blijvende) betekenis van deze (per 1 juli 2015 vervallen) beleidsregels: HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:182](#), *JAR 2018/72*, m.nt. M.W. Koole, rov. 3.4.7 en de bijbehorende conclusie van A-G De Bock, alinea 3.10 e.v.
- 43) Beleidsregels ontslagtaak UWV – versie april 2014, blz. 20-2 (m.b.t. ontslag wegens bedrijfseconomische redenen).
- 44) Zie ook blz. 20-3 en 20-4 van deze beleidsregels (m.b.t. ontslag wegens bedrijfseconomische redenen), blz. 25-6 (m.b.t. ontslag wegens disfunctioneren) en blz. 29-3 en 29-4 (m.b.t. ontslag wegens veelvuldig ziekteverzuim).
- 45) Zie bijv. Hof Leeuwarden 14 oktober 2008, [ECLI:NL:GHLEE:2008:BG3269](#), *JAR 2008/317*, rov. 14 e.v.
- 46) Toelichting Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015/12685, blz. 15-16.
- 47) HR 13 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1212](#), *JAR 2018/202* m.nt. R.L. van Heusden.
- 48) MvT, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, blz. 98. Zie in gelijke zin MvA, *Kamerstukken I 2013/14*, 33 818, C, blz. 56.
- 49) Nota n.a.v. het verslag, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, blz. 85-86.
- 50) Amendement van het lid Dijkgraaf, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 9.
- 51) Het amendement heeft wel geleid tot de vastlegging in art. 7:669 lid 1, tweede volzin, BW, dat herplaatsing bij ontslag op de e-grond niet in de rede ligt (vgl. *Handelingen II 2013/14*, nr. 54 (item 9) d.d. 13 februari 2014, blz. 53-54), zoals ook al in de toelichting stond vermeld (MvT, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 3, blz. 98).

- 52) *Handelingen II* 2013/14, nr. 54 (item 9) d.d. 13 februari 2014, blz. 20.
- 53) Deze voorbeelden zijn kennelijk ontleend aan MvT, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 46, waar wordt gesteld dat in deze situaties het al dan niet kunnen herplaatsen van de werknemer geen rol speelt.
- 54) Zie in die zin (accentverschillen daargelaten): F.G. Laagland, in: R.M. Beltzer e.a., *Concernwerkgeverschap* (preadvies Levenbach/VvA nr. 43), Deventer: Kluwer 2015, blz. 58-59; F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13 (afl. 2), blz. 9-10; L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven?', *TRA* 2016/82 (afl. 10), blz. 16-20; R.M. Beltzer en S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017 (afl. 2), blz. 64 e.v.; R. Olivier en J.P. Wiewel, 'Herplaatsing binnen de groep', *TAP* 2017/67 (afl. 2); T.J. van Frankenhuijsen, 'Concern-brede herplaatsing: wat is de laatste stand van zaken', *ArbeidsRecht* 2018/5 (afl. 1), blz. 23-26. Zie ook (meer beschrijvend): J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht. Deel 3. Ontslagrecht*, Zutphen: Paris 2017, blz. 104; A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: BJU 2018, blz. 56-57; F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers 2018, reeds aangehaald, blz. 22; en A.J.C. Theunissen e.a. 2018, reeds aangehaald, aant. C.1.4.1.
- 55) Zie over dit begrip: HR 13 juli 2018, [ECLI:NL:HR:2018:1212](#), *JAR* 2018/202 m.nt. R.L. van Heusden, rov. 3.3.3 e.v.
- 56) Een groep in de zin van art. 2:24b BW kan ook buitenlandse rechtspersonen omvatten: vgl. Asser/Maeijer en Kroeze 2-I, 2015/261-262; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, 2009/816-817.
- 57) Zie in de reeds aangehaalde vakliteratuur: F.G. Laagland en I. Lintsen, 2016, blz. 9-10; L.B. de Graaf, 2016, blz. 18-19; R. Olivier en J.P. Wiewel, 2017; R.M. Beltzer en S. Schmeetz, 2017, blz. 67-68 en 71-74; T.J. van Frankenhuijsen, 2018, blz. 25-26; A.R. Houweling (red.) 2018, blz. 58-59; P. Kruit en J. Sap, 2018, blz. 38-40.
- 58) Zie T.J. van Frankenhuijsen, 2018, reeds aangehaald, blz. 25-26.
- 59) Beleidsregels ontslagtaak UWV – versie april 2014, blz. 20-2 (m.b.t. ontslag wegens bedrijfseconomische redenen).
- 60) HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:182](#), *JAR* 2018/72 m.nt. M.W. Koole, rov. 3.4.7.
- 61) W.H.A.C.M. Bouwens e.a., *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2018, reeds aangehaald, blz. 420-421.
- 62) Conclusie van A-G De Bock voor HR 16 februari 2018, [ECLI:NL:HR:2018:220](#), *JAR* 2018/73, m.nt. L.B. de Graaf, alinea 3.34.
- 63) A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, reeds aangehaald, blz. 58.
- 64) Zie bijv. Ktr. Amsterdam 22 oktober 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:8045](#), *JAR* 2015/283, rov. 8; Ktr. Rotterdam 1 juni 2016, [ECLI:NL:RBROT:2016:4136](#), rov. 5.11-5.12; Ktr. Assen 21 november 2016, [ECLI:NL:RBNNE:2016:5233](#), *JAR* 2017/4, rov. 5.10-5.11; Ktr. Leeuwarden 22 maart 2017, [ECLI:NL:RBNNE:2017:973](#), rov. 5.14; Ktr. Amsterdam 29 mei 2017, [ECLI:NL:RBAMS:2017:4364](#), *JAR* 2017/173, rov. 13; Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, [ECLI:NL:RBAMS:2018:5116](#), rov. 5.11-5.14. Vgl. onder het oude recht HR 25 mei 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BL6075](#), *NJ* 2010/495 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss., rov. 3.5, waar werd geoordeeld dat van een werkgever "in beginsel een extra inspanning verwacht mag worden om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen".
- 65) Hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2016, [ECLI:NL:GHARL:2016:10148](#), rov. 5.4. Zie in

gelijke zin bijv. Ktr. Haarlem 3 januari 2017, [ECLI:NL:RBNHO:2017:1107](#), *JAR* 2017/125 m.nt. C.G.M. Fruytier, rov. 5.7; Ktr. Amsterdam 20 januari 2017, [ECLI:NL:RBAMS:2017:842](#), rov. 9; Ktr. Amsterdam 17 juli 2018, [ECLI:NL:RBAMS:2018:5116](#), rov. 5.11.

- 66) Vgl. bijv. Ktr. Rotterdam 18 mei 2017, [ECLI:NL:RBROT:2017:3818](#), rov. 5.16 (de werkgever heeft niet aangevoerd “dat en waarom het redelijkerwijs van haar niet verlangd kan worden [de werknemer] te herplaatsen bij een groepsvennootschap”); Ktr. Roermond 14 juni 2017, [ECLI:NL:RBLIM:2017:5521](#), rov. 4.12 (bij gebreke van “centrale leiding” in de zin van art. 2:24b BW kon de werkgever arbeidsplaatsen bij gelieerde vennootschappen buiten beschouwing laten); Ktr. Bergen op Zoom 16 maart 2018, [ECLI:NL:RBZWB:2018:1800](#), rov. 5.12 (herplaatsing bij lokale Shell-vennootschappen kan niet worden afgedwongen en is daarmee “geen reële mogelijkheid”).
- 67) Zie bijv. Ktr. Maastricht 26 oktober 2016, [ECLI:NL:RBLIM:2016:9799](#), rov. 4.4; Hof Den Haag 22 november 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3372](#), *JIN* 2017/46, m.nt. J.A. Tersteeg, rov. 3.13; Ktr. Alkmaar 6 januari 2017, [ECLI:NL:RBNHO:2017:868](#), rov. 5.13.
- 68) Zie bijv. Ktr. Amsterdam 20 januari 2017, [ECLI:NL:RBAMS:2017:842](#), rov. 9 (zonder nadere toelichting is “niet voorstelbaar” dat binnen een groot concern als Blokker geen andere passende functie beschikbaar was dan de door de werknemer geweigerde, qua arbeidsvoorwaarden minder aantrekkelijke functie bij Intertoys). Vgl. ook R.M. Beltzer en S. Schmeetz 2017, reeds aangehaald, blz. 72, die n.a.v. Hof Den Haag 22 november 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3372](#) betogen dat het enkele aanbieden van een kortdurend contract voor bepaalde tijd “wat mager” is.
- 69) Zie bijv. L.B. de Graaf, ‘Herplaatsing: over wijziging, weigering en preventieve toetsing’, *TRA* 2018/46 (afl. 6), blz. 7; W.H.A.C.M. Bouwens e.a. 2018, reeds aangehaald, blz. 420; en P. Kruit en J. Sap 2018, reeds aangehaald, blz. 36. Vgl. ook onder het oude recht: HR 3 september 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BM7049](#), *RvdW* 2010/986, rov. 3.4 (het weigeren van een passende functie elders binnen het concern is weliswaar niet doorslaggevend, maar moet wel worden meegewogen bij de toetsing aan art. 7:681 lid 2 onder b oud BW).
- 70) Zie daarover in algemene zin F.G. Laagland, preadvies 2015, reeds aangehaald, blz. 53 e.v.
- 71) J. Kroes en M. Westerbeek, ‘De rechtspositie van expats bij reorganisatie’, *ArbeidsRecht* 2010/38 (afl. 8/9), blz. 7.
- 72) Zie bijv. onder het oude recht Ktr. Amsterdam 8 januari 2009, [ECLI:NL:RBAMS:2009:BH6214](#), rov. 14-15.
- 73) Zie Hof Den Haag 22 november 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3372](#). Vgl. ook de bijbehorende annotatie van J.A. Tersteeg, *JIN* 2017/46, die wijst op de kwetsbare rechtspositie van *expats* bij reorganisaties, maar uiteindelijk kan instemmen met ’s hofs oordeel. Vgl. ook D.A.D. Mees, *JIN* 2018/90, die n.a.v. de in cassatie bestreden beschikking opmerkt dat door het aanbieden van het MOR-systeem is voldaan aan de inspanningsplicht die voortvloeit uit art. 7:669 lid 1 BW.
- 74) Zie < <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lang--en/index.htm> >.
- 75) Men denke hierbij aan de voornoemde gevallen van detentie, illegaliteit en verwijtbaarheid.
- 76) Zie eveneens instemmend: F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers 2018, reeds aangehaald, blz. 26-27; T.J. van Frankenhuijsen 2018, reeds aangehaald, blz. 26; D.A.D. Mees, annotatie onder de bestreden beschikking, *JIN* 2018/90.
- 77) Zie par. 47 van het cassatieverzoekschrift.
- 78) Aldus bijv. R. Olivier en J.P. Wiewel 2017, reeds aangehaald.

79) Zie par. 51 van het cassatieverzoekschrift.