

# 148. Herplaatsing: hoe ver reikt de inspanningsverplichting van de werkgever?

MR. H.H.M.A. FOESENEK EN MR. M. RUIJSSENAARS

In dit artikel staat de rol van de werkgever bij de herplaatsingsplicht ex art. 7:669 lid 1 BW centraal. Die verplichting is geen resultaatsverplichting, maar een inspanningsverplichting. De werkgever moet datgene doen dat redelijkerwijs mogelijk is om een met ontslag bedreigde werknemer te herplaatsen. In dit artikel wordt onderzocht hoe ver die inspanningsverplichting precies reikt. Wanneer voldoe je als werkgever aan deze inspanningsverplichting? Ook de rol van de werknemer komt kort aan bod. We sluiten af met concrete handvatten.

## 1. Inleiding

Sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna WWZ) per 1 juli 2015 is de herplaatsingsplicht in Boek 7 BW opgenomen. Art. 7:669 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen als daar een redelijke grond voor is en ‘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’.

In de memorie van toelichting is uitdrukkelijk opgemerkt dat met de wettelijke verankering van de herplaatsingsplicht in art. 7:669 lid 1 BW geen wijziging is beoogd ten opzichte van de oude situatie, te weten: de herplaatsingsplicht zoals neergelegd in het (inmiddels vervallen) Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV.<sup>1</sup> Toch staat de herplaatsingsplicht sindsdien veel meer *in the picture*. Zowel in rechtspraak als in literatuur is vastgesteld dat de herplaatsingsplicht onder de WWZ wel degelijk een prominentere rol heeft gekregen.<sup>2</sup> Dit komt met name omdat de herplaatsingsplicht onder de WWZ een constitutieve voorwaarde is geworden. Er kan niet (meer) tot ontslag worden overgegaan als herplaatsing mogelijk is (en in de rede ligt). Rechter worden in een ontbindingsprocedure gedwongen de herplaatsingsinspanningen van de werkgever te toetsen. Werkgevers zullen op hun beurt dus aannemelijk moeten maken dat ondanks hun serieuze inspanningen daartoe, herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

Het gaat bij de toetsing en invulling van de herplaatsingsplicht om hetgeen in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd.<sup>3</sup> In dit artikel staat die inspanningsverplichting van de werkgever centraal. We bespreken eerst kort het wettelijk kader, om de uitgangspunten van de herplaatsingsplicht helder te hebben. Vervolgens bespreken we aan de hand van rechtspraak hoe ver de inspanningsverplichting van de werkgever reikt en wat er – ook in praktische zin – wordt verwacht. Uiteraard gelden er in het kader van herplaatsing ook verplichtingen voor de werknemer. Hoewel dit artikel zich focust op de verplichtingen van de werkgever, bespreken we in paragraaf 4 kort de rol van de werknemer bij herplaatsing.

## 2. Wettelijk kader

Uit de in art. 7:669 lid 1 BW opgenomen herplaatsingsplicht volgt dat getoetst moet worden:

- (i) of herplaatsing in een **passende functie** mogelijk is;
- (ii) al dan niet met behulp van **scholing**;
- (iii) binnen een **redelijke termijn**.

De werkgever kan alleen tot opzegging overgaan of de gewenste ontbinding verkrijgen, als herplaatsing ‘niet mogelijk is of niet in de rede ligt’. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede bij ontslag wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, bij ontslag vanwege illegaliteit of het feit dat een werknemer in detentie verblijft.<sup>4</sup> Andere situaties zijn ook denkbaar. Bijvoorbeeld als een disfunctionerende werknemer bepaalde kerncompetenties mist die ook nodig zijn voor de invulling van openstaande func-

1 In HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, «JAR» 2018/72, m.nt. M.W. Koole, r.o. 3.4.7 (*Decor*) is ook in die zin beslist.

2 Zie in dit kader o.a. Rb. Gelderland 19 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7119, r.o. 4.12 en P. Kruit & J. Sap, ‘De herplaatsingsplicht in de praktijk’, *TvO* 2018, p. 32.

3 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foeselek (*SIEP*).

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 85.

ties bij de werkgever.<sup>5</sup> Of als sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, tenzij het een verstoorde arbeidsrelatie op de werkvloer betreft en niet met de werkgever zelf.<sup>6</sup>

In art. 9 en 10 van de Ontslagregeling<sup>7</sup> zijn nadere regels vastgesteld over de invulling van de herplaatsingsplicht. Zo bepaalt art. 9 van de Ontslagregeling dat de werkgever bij de zoektocht naar een passende functie ook (structurele) functies moet betrekken die worden bekleed door tijdelijke krachten<sup>8</sup>, ingeleende krachten, oproepkrachten en arbeidsplaatsen bezet door medewerkers die de AOW-leeftijd hebben bereikt. Lid 2 bepaalt verder dat de werkgever ook moet kijken naar de mogelijkheden bij andere vestigingen of ondernemingen die deel uitmaken van hetzelfde concern. Tot slot regelt lid 3 dat onder een passende functie wordt verstaan een functie die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van een werknemer.<sup>9</sup> 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 het functieniveau lager is dan dat van de functie die wordt vervuld.<sup>10</sup>

Art. 10 van de Ontslagregeling bepaalt dat de duur van de redelijke termijn in beginsel gelijk is aan de wettelijke opzegtermijn van art. 7:672 BW. Voor een werknemer met een arbeidshandicap bedraagt de redelijke termijn 26 weken. Deze termijn vangt aan op de dag waarop wordt beslist over het verzoek tot opzegging (UWV) of ontbinding van de arbeidsovereenkomst (kantonrechter).

### 3. De invulling van de inspanningsverplichting in de rechtspraak

Uit het hiervoor besproken wettelijk kader blijkt niet welke concrete inspanningen een werkgever precies moet verrichten om aan de herplaatsingsplicht te voldoen. Als de werkgever echter onvoldoende inspanningen verricht voor herplaatsing, kunnen de consequenties verstrekkend zijn. De gevraagde ontbinding kan worden geweigerd (terwijl er wel een redelijke grond is) of er kan een billijke vergoeding ten laste van de werkgever worden toegekend. In de rechtspraak wordt *wel* nadere invulling gegeven aan de herplaatsingsplicht. Dat kan de werkgever handvatten bieden. Wij nemen die rechtspraak onder de loep door per element te bezien welke richtlijnen hieruit naar voren komen.<sup>11</sup>

#### (i) Actieve houding werkgever

De rechtbank Noord-Nederland vat in onze visie goed samen hoe een goede invulling van de inspanningsverplichting er uit zou kunnen zien:<sup>12</sup>

‘De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever bij de invulling van zijn voorgeschreven herplaatsingsinspanningen niet kan volstaan met het bekendmaken van vacatures binnen het bedrijf. De werkgever moet de werknemer actief begeleiden, initiërend te werk gaan en waar mogelijk eventueel aanwezige belemmeringen voor een nieuwe functie wegnemen. Daarvoor moet de werkgever concrete opleidingsmogelijkheden aanbieden en bij openstaande vacatures bezien in hoeverre problemen met een niet direct aansluitend cv van de werknemer voor de vacature, kunnen worden opgelost. En daarvoor is het hoe dan ook noodzakelijk dat (leidinggevend) van de werkgever en de werknemer in gesprek naar concrete oplossingen zoeken.’

Het is van belang dat de werkgever niet inzet op een groepsgerichte benadering, maar op een individuele benadering

Uit deze uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland volgt dat de werkgever een actieve houding moet hebben en een initiërende rol moet aannemen bij het herplaatsingsonderzoek. Welke inspanningen/activiteiten moet de werkgever daarvoor minimaal verrichten? Een vaste lijn in de rechtspraak is dat het enkel wijzen naar vacatures op intranet of het verstrekken van een overzicht van vacatures zonder deze daadwerkelijk te bespreken met de werknemer, onvoldoende is.<sup>13</sup> In de praktijk zien we vaak dat werkgevers wel een herplaatsingsgesprek met de werknemer hebben, maar het vervolgens aan de werknemer overlaten om interesse te tonen in een bepaalde vacature en geen opvolging meer geven aan het onderzoek. Dat volstaat niet voor de herplaatsingsplicht.

Als blijkt dat er mogelijk een passende functie beschikbaar is voor de werknemer, moet de werkgever proactief handelen en de werknemer uitnodigen voor een sollicitatie dan wel de functie direct aanbieden. Als namelijk blijkt dat een werknemer niet wordt uitgenodigd voor het sollicitatiegesprek van een (mogelijk) passende functie, kan dat de werkgever worden aangerekend.<sup>14</sup> Ook het slechts globaal spre-

5 Rb. Gelderland 19 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7119.

6 *Handelingen II* 2013/14, 33818, nr. 54, item 9, p. 20.

7 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685.

8 Van wie het contract binnen de ‘redelijke termijn’ eindigt.

9 Of waarvoor hij binnen een redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn (*Stcrt.* 2015, 12685).

10 *Stcrt.* 2015, 12685, p. 15.

11 Voor dit artikel hebben wij alle beschikbare rechtspraak op AR-updates bestudeerd (i) in de periode van 1 juli 2015 tot en met juni 2022 en (ii) met de zoekterm ‘herplaatsing’. Herplaatsing in het geval van arbeidsongeschiktheid en/of een chronische ziekte hebben wij buiten beschouwing gelaten.

12 Rb. Noord-Holland 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, «JAR» 2017/4, r.o. 5.10.

13 Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8045, «JAR» 2015/283, r.o. 8; Rb. 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136, r.o. 5.11-5.12; Rb. Noord-Nederland 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, «JAR» 2017/4, r.o. 5.10-5.11; Rb. Noord-Nederland 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973, r.o. 5.14; Rb. Amsterdam 29 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4364, «JAR» 2017/173, r.o. 13; Rb. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, r.o. 5.11-5.14.

14 Rb. Rotterdam 1 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4136, r.o. 5.11 en 5.12.

ken over passende functies en geen concreet aanbod doen, is niet voldoende.<sup>15</sup>

De rechtbank Rotterdam ging nog een stap verder en overwoog dat de werkgever meer de regie in handen moest nemen door de werknemer feitelijk de kans te bieden om (één van) de openstaande functies te verrichten die paste bij de opleiding en ervaringen van de werknemer, al dan niet in de vorm van een proefplaatsing.<sup>16</sup> De rechter stelde dat het adagium *'the proof of the pudding is in the eating'* leidend zou moeten zijn bij de vraag of de werknemer geschikt was voor de functie. In onze optiek past deze lijn wel bij het doel van de herplaatsingsplicht. Wij menen echter dat een proefplaatsing niet een vast vereiste moet worden. Andere manieren om de geschiktheid te toetsen, zoals het afnemen van een assessment, kunnen ook doelmatig zijn. Zeker als er onzekerheid bestaat over de vraag of de werknemer gelet op zijn capaciteiten, opleiding en ervaring geschikt is voor de functie. Het is immers ondoenlijk – en dus ook niet 'redelijk' – een met ontslag bedreigde werknemer een proefplaatsing aan te bieden op verschillende *mogelijk* passende functies.

De inspanningsverplichting wordt wel begrensd door de redelijkheidsnorm.<sup>17</sup> Het gaat om wat in redelijkheid van de werkgever gevraagd kan worden in het kader van herplaatsing. Als duidelijk is dat er geen vacatures openstaan of er per definitie geen passende functie voor de werknemer beschikbaar is (ook niet met behulp van scholing), dan volgt uit rechtspraak dat je niet met elkaar in gesprek hoeft over herplaatsingsmogelijkheden enkel 'omdat het hoort'.<sup>18</sup> Ook hoeft er geen passende functie gecreëerd te worden.<sup>19</sup>

#### (ii) Maatwerk leveren

De werkgever moet bij de uitvoering van zijn inspanningsverplichting verder maatwerk leveren, wat inhoudt een op de persoon van de werknemer afgestemde benadering. De rechtbank Noord-Nederland heeft dat verder vormgegeven en overwoog 'daarvoor moet de werkgever in directe communicatie met de werknemer onder meer de individuele ambities en mogelijkheid, inclusief aanvullende scholingsmogelijkheden, van de werknemer in kaart brengen.'<sup>20</sup>

Het is van belang dat de werkgever niet inzet op een groepsgerichte benadering, maar op een individuele benadering. Zo meent de rechtbank Noord-Nederland dat het verstrekken van lijsten met vacatures zonder enige op de persoon

gerichte toelichting niet voldoende is.<sup>21</sup> In zijn algemeenheid stellen dat er voor de werknemer geen passende functies aanwezig zijn in het overzicht met vacatures, zonder aan de werknemer aan te geven waarom deze functies niet passend zijn, zal de toets niet doorstaan.<sup>22</sup> De individuele benadering kan bijvoorbeeld vormgegeven worden door een plan van aanpak op te stellen voor de werknemer.<sup>23</sup> Een werkgever moet bovendien de eigen wensen van de werknemer ten aanzien van herplaatsing ook meewegen bij zijn herplaatsingsonderzoek. Dit kan betekenen dat als de werknemer zelf heeft aangegeven dat hij niet verder dan 35 km van Rotterdam wil werken, de werkgever geen rekening hoeft te houden met vacatures die passend kunnen zijn bij andere vestigingen die verder liggen dan 35 km.<sup>24</sup> Dit is in lijn met de UWV Uitvoeringsregels 2020,<sup>25</sup> waaruit volgt dat 'met werknemer afspraken gemaakt kunnen worden over bijvoorbeeld maximaal afstand/reistijd woonwerk, minimum salaris(schaal), en of de werknemer bereid is te werken bij een andere bedrijfsvestiging of een ander onderdeel van de groep'.<sup>26</sup> Op basis van deze (maatwerk) afspraken kan de werkgever gerichter passende functies voordragen. Als de werknemer de gemaakte afspraken later alsnog wil wijzigen, zal hij dat zo spoedig mogelijk moeten bespreken en niet moeten wachten tot de ontslagprocedure (dan is de werknemer te laat).<sup>27</sup>

Nu het bij de invulling van de herplaatsingsplicht steeds gaat om hetgeen in redelijkheid van de werkgever verwacht kan worden, kan de omvang van de te leveren inspanning per werkgever en per situatie verschillen

Interessant is wanneer er dan *wel* een actieve en op de persoon van de werknemer gerichte benadering is toege-

15 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:247, r.o. 5.9.

16 Rb. Rotterdam 8 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9076.

17 Dit volgt uit art. 7:669 lid 1 BW. Zie ook: HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek (SIEP).

18 Gerechtshof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3880 en Rb. Rotterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9153.

19 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, «JAR» 2016/74, m.nt. van A.M. Helstone.

20 Rb. Noord-Nederland 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, r.o. 5.11.

21 Rb. Noord-Nederland 21 november 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5233, r.o. 5.11.

22 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:264, «JAR» 2020/46 en Rb. Rotterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8119, r.o. 5.6; de kantonrechter oordeelde dat de werkgever hier wel aan de inspanningsverplichting had voldaan door o.a. op meerdere momenten gespreksverslagen te verstrekken aan de werknemer met een lijst van openstaande functies en aan te geven waarom deze functies niet passend waren voor de werknemer.

23 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:565, r.o. 5.11.

24 Rb. Rotterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8119, r.o. 5.6.

25 UWV Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2020, versie september 2020, p. 81. Overigens heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de UWV Uitvoeringsregels niet de (civiele) rechter kunnen binden, maar een rechter kan wel acht slaan op deze regels HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212, «JAR» 2018/202, m.nt. R.L. van Heusden (*werkneemster/ANWB*).

26 De invulling van het begrip passende functie wordt vaak ook nader gespecificeerd in sociale plannen met de bonden of ondernemingsraden.

27 UWV Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2020, versie september 2020, p. 81.

past door de werkgever in zijn herplaatsingsonderzoek. Naar onze visie komt dat goed naar voren in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland. De werkgever had volgens de kantonrechter voldoende inspanningen voor herplaatsing verricht door gedurende vijf maanden vacatures te verstrekken in de door de werknemer aangegeven interessegebieden, deze vacatures wekelijks actief met hem te bespreken, binnen de eigen afdeling actief met alle HR collega's gesproken te hebben over deze specifieke werknemer, opvolging te geven aan sollicitaties van de werknemer bij andere groepsvenootschappen, vacatures binnen het concern mee te nemen in de wekelijkse gesprekken met de werknemer en job coaching te hebben aangeboden.<sup>28</sup> Dat laat zien dat de werkgever serieuze inspanningen moet verrichten waarbij maatwerk wordt geleverd. Nu het bij de invulling van de herplaatsingsplicht steeds gaat om hetgeen *in redelijkheid* van de werkgever verwacht kan worden, kan de omvang van de te leveren inspanning per werkgever en per situatie verschillen.

### (iii) Eventuele belemmeringen wegnemen

Uit rechtspraak blijkt daarnaast dat van de werkgever wordt verwacht dat hij eventuele belemmeringen die aan een herplaatsingsmogelijkheid in de weg staan, wegneemt. De rechtbanken Noord-Nederland<sup>29</sup> en Amsterdam<sup>30</sup> hebben dat verder geconcretiseerd door te bepalen dat een werkgever dat kan doen door:

- concrete opleidingsmogelijkheden aan te bieden;
- bij openstaande vacatures te bezien in hoeverre problemen met een niet direct aansluitend cv van de werknemer voor de vacature, kunnen worden opgelost;
- met de werknemer in gesprek gaan om naar concrete oplossingen te zoeken.<sup>31</sup>

Ook een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland biedt aanknopingspunten. Daarin werd overwogen dat de werkgever in kwestie tekort was geschoten bij de herplaatsingsinspanningen, omdat hij onvoldoende transparant was geweest in de wijze waarop de (voor)selectie voor een bepaalde functie zou plaatsvinden. Uit deze uitspraak kan worden opgemaakt dat van de werkgever verwacht mag worden bij een mogelijk passende vacature (i) transparant te zijn over de wijze waarop de selectie plaatsvindt en over de geldende (objectieve en vooraf vastgelegde) selectiecriteria, (ii) te bekijken in hoeverre daar al dan niet aan wordt voldaan en (iii) als niet aan alle competenties wordt voldaan, te bekijken of die ontwikkelbaar zijn.<sup>32</sup>

Als vereiste competenties ontwikkelbaar zijn, speelt het scholingsaspect een rol. De rechtbank Noord-Holland<sup>33</sup> bespreekt specifiek wat er van de werkgever wordt

verwacht bij het aanbieden van scholingsmogelijkheden. Het enkel (vrijblijvend) aanbieden van scholingsmogelijkheden, of zelfs het adviseren die scholing te volgen, acht zij niet voldoende. Zeker niet als het voor de werknemer op dat moment niet duidelijk is dat hij door het niet volgen daarvan mogelijk een herplaatsingskans misloopt. De rechtbank Noord-Holland oordeelde dat de werkgever initiatief moet nemen om aan de werknemer scholing op persoonsniveau aan te bieden. Hierbij gaat het om specifieke scholing die de werknemer in staat stelt de voor een bepaalde, mogelijk passende, functie vereiste competenties eigen te maken. Bovendien moet de werkgever de werknemer voor deze cursussen inschrijven. De actieve rol van de werkgever houdt dus niet op bij het aanbieden of adviseren van scholingsmogelijkheden.

Dat de werkgever concrete opleidingsmogelijkheden moet aanbieden, volgt ook uit art. 7:611a BW. Dat artikel bepaalt dat de werkgever de (boventallige) werknemer scholing moet aanbieden die noodzakelijk is voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Ondanks deze verplichting, laat art. 7:611a BW nu de mogelijkheid open dat de werkgever de kosten via een zogenoemd studiekostenbeding op de werknemer afwentelt.<sup>34</sup> Daar komt per 1 augustus 2022 verandering in met het aangenomen wetsvoorstel 'Implementatie Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden'. Vanaf die datum moet bij de wet of cao verplichte opleiding kosteloos door de werkgever worden aangeboden.

De vraag rijst of scholing bij herplaatsing ook onder deze verplichte opleiding valt. Hoewel art. 13 van de Richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie<sup>35</sup> spreekt over het verstrekken van een opleiding 'om het werk waarvoor zij zijn aangeworven uit te voeren' – en daar bij herplaatsing strikt genomen geen sprake van is – wordt uit de parlementaire stukken duidelijk dat ook scholing bij herplaatsing onder de implementatie van het wetsvoorstel valt.<sup>36</sup>

Een ander interessant punt is of bij herplaatsing alleen specifieke opleidingen die voor die ene concrete nieuwe functie wettelijk verplicht zijn gesteld onder de reikwijdte vallen, of dat de scholingsplicht bij herplaatsing zoals dat volgt uit art. 7:611a lid 1 BW in zijn algemeenheid onder de reikwijdte valt en dus alle scholing in dat kader door de werkgever moet worden betaald. Hoewel de Richtlijn in onze

34 Kamerstukken I 2013/14, 33818, nr. C, p. 100.

35 Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie.

36 Kamerstukken II 2021/22, 35962, nr. 6, p. 10, waar wordt gesteld: 'Het betreft dus uitsluitend opleidingen die werkgever op grond van nationaal recht, of collectieve overeenkomst of Europees recht, verplicht is aan te bieden. De werkgever is op grond van de huidige wetgeving verplicht werknemers in ieder geval in staat te stellen scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie. Ook is de werkgever op grond van deze wetgeving verplicht (voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is) scholing aan te bieden die ziet op het voortzetten van de arbeidsovereenkomst mocht de functie van de werknemer komen te vervallen.'

28 Rb. Midden-Nederland 24 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2335, r.o. 5.9.

29 Rb. Noord-Nederland 21 november 2016, «JAR» 2017/4, r.o. 5.10.

30 Rb. Amsterdam 22 oktober 2015, AR-2015-1068.

31 Zie in dit kader ook: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2155, r.o. 3.5.2.

32 Rb. Midden-Nederland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1186, r.o. 3.7.

33 Rb. Noord-Holland 16 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5812, r.o. 5.15.

optiek veel meer doelt op specifieke met naam en toenaam genoemde opleidingen die bij wet of cao verplicht worden gesteld, lijkt uit de parlementaire geschiedenis te kunnen worden opgemaakt dat vanwege art. 7:611a lid 1 BW alle scholing in het kader van herplaatsing door de werkgever moet worden bekostigd.<sup>37</sup> Hoewel de bedoeling van de Richtlijn mogelijk anders was, vinden wij die uitkomst wel valide. Het is immers niet redelijk dat een werknemer zelf kosten moet maken om zijn arbeidsovereenkomst te kunnen behouden. Hoe precies omgegaan moet worden met het nieuwe art. 7:611a BW in het kader van herplaatsing zal nader uitgekristalliseerd moeten worden.

Onzes inziens geldt ook bij het wegnemen van belemmeringen dat de te leveren inspanning wordt begrensd door hetgeen in redelijkheid van de werkgever kan worden gevraagd. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch had te oordelen over een kwestie waarbij een (voormalig) statutair bestuurder in de ogen van de werkgever niet geschikt was voor één van de zeven door hem geopperde functies. De enkele mededeling dat iemand niet geschikt is, voldoet – logischerwijs – niet aan de inspanningsverplichting. Het hof overwoog vervolgens dat niet is gebleken dat de werkgever zich ten aanzien van deze zeven functies heeft ingespannen ‘en bijvoorbeeld heeft nagevraagd of voor een bepaalde functie met betrekking tot een bepaalde vereiste een uitzondering zou kunnen worden gemaakt’.<sup>38</sup> Dat is bij uitstek een manier om belemmeringen weg te nemen. In onze optiek kan in redelijkheid echter niet van een werkgever worden gevraagd functievereisten aan te passen op de met ontslag bedreigde werknemer.

#### (iv) Concernbrede herplaatsing

Als de werkgever onderdeel uitmaakt van een (internationaal) concern,<sup>39</sup> dan volgt niet alleen uit art. 9 van de Ontslagregeling, maar ook uit rechtspraak dat de werkgever inspanningen moet verrichten om te bezien of de werknemer herplaatst kan worden in een passende functie bij andere vestigingen of ondernemingen die deel uitmaken van hetzelfde concern. Maar hoe moet nu praktisch invulling worden gegeven aan concernbrede herplaatsing?

Uit de SIEP-beschikking volgt dat herplaatsing wordt begrensd door hetgeen redelijk van de werkgever kan worden gevergd, ook bij situaties van (wereldwijde) concernbrede herplaatsing.<sup>40</sup> Het ging in deze zaak om een beëindiging van een internationale uitzending van een expat die vervolgens weer in dienst kwam bij SIEP (onderdeel van het Shell-concern). Bij het onderzoek naar

een passende functie had SIEP passende functies binnen het Shell-concern moeten meenemen. De inspanningsverplichting gaat echter niet zo ver dat van SIEP verlangd kan worden dat de werknemer ook daadwerkelijk geplaatst wordt op de passende functie en/of voorrang geniet op een vacature bij een andere groepsvennootschap. De Hoge Raad herhaalde de overweging van het hof dat ‘niet is in te zien hoe [de werkgever] – al dan niet via de moedervenootschap – 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’.<sup>41</sup>

### Van een werkgever kan meer verlangd worden bij het onderzoek naar herplaatsing als hij zeggenschap heeft over (het aannamebeleid van) de groepsvennootschappen waar een passende functie beschikbaar is

Er blijft, kortom, ondernemingsvrijheid bestaan van de andere vennootschappen binnen het concern om naar eigen inzicht hun personeelsbeleid te voeren en dat kan de werkgever niet worden tegengeworpen.

Dat betekent echter niet dat de werkgever geen inspanningen meer hoeft te verrichten.

Uit de rechtspraak volgt een aantal aanvullende uitgangspunten waarmee de werkgever rekening moet houden bij de invulling van zijn herplaatsingsplicht binnen het (wereldwijde) concern:

- De werkgever zal met de werknemer in gesprek moeten gaan om ook de herplaatsingsmogelijkheden binnen de (wereldwijde) groep te bespreken. De werkgever moet vervolgens een serieus onderzoek doen naar de passende functies binnen de (wereldwijde) groep.<sup>42</sup>
- Van een werkgever kan meer verlangd worden bij het onderzoek naar herplaatsing als hij zeggenschap heeft over (het aannamebeleid van) de groepsvennootschappen waar een passende functie beschikbaar is. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een personele unie of bij een centraal HR-beleid binnen het concern. In onze visie geldt dan een ‘zwaardere’ inspanningsverplichting; de werkgever kan immers (in)direct invloed uitoefenen op het aannamebeleid en dus of de werknemer herplaatst kan worden in de passende functie. Dit is in overeenstemming met de uitgangspunten zoals die pre-WWZ gehanteerd werden.<sup>43</sup>

37 *Kamerstukken II* 2021/22, 35962, nr. 3, p. 7. Zie ook: ook P.A. Hogewind-Wolters, ‘De scholingsplicht en het studiekostenbeding voor en na implementatie van de Arbeidsvoorwaardenrichtlijn’, *TAP* 2022/2.

38 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2155, r.o. 3.5.2.

39 Uit art. 9 Ontslagregeling volgt dat de herplaatsingsplicht zich uitstrekt over de groep. Voor de definitie van groep wordt aangehaakt bij art. 2:24b BW.

40 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54 m.nt. H.H.M.A. Foesenek (*SIEP*).

41 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54 m.nt. H.H.M.A. Foesenek, r.o. 2.36 (*SIEP*).

42 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2155. Zie ook: Rb. Noord-Holland, 15 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9758.

43 Beleidsregels ontslagtaak UWV – versie april 2014, p. 20-2. Zie ook R. Olivier & J.P. Wiewel, ‘Herplaatsing binnen de groep’, *TAP* 2017/67.



- Voorgaande betekent overigens niet dat de werkgever helemaal geen inspanningen hoeft te verrichten als hij geen zeggenschap heeft over het aannamebeleid van groepsvennootschappen. Sterker nog, hij kan zich hier niet achter verschuilen.<sup>44</sup> De werkgever moet nog wel degelijk inspanningen verrichten, zoals bij de groepsvennootschap aandringen om de werknemer als kandidaat in overweging te nemen en hem voor te dragen voor opengestelde functies.<sup>45</sup> Doet de werkgever geen serieuze poging om te bezien of de werknemer herplaatst kan worden binnen het wereldwijde concern dan wordt iedere kans op herplaatsing in een passende functie ontnomen, aldus het gerechtshof Amsterdam.<sup>46</sup>
- Het feit dat een werknemer al eerder in het buitenland gewerkt heeft (binnen of buiten de groep), lijkt door rechters te worden meegewogen.<sup>47</sup> Zo overwoog het gerechtshof Amsterdam dat de werkgever ook naar arbeidsplaatsen breder in het concern had moeten kijken, temeer daar de werknemer ‘een internationaal georiënteerde werknemer is’.<sup>48</sup>
- Als een functie remote kan worden uitgevoerd, kan de werkgever zich niet verschuilen achter het feit dat de functie in een ver land is, zoals de Verenigde Staten.<sup>49</sup> Gelet op de huidige ontwikkelingen van hybride werken, lijkt dit uitgangspunt een nog belangrijker rol te gaan spelen.

#### (v) Grootte van de onderneming

Uit rechtspraak blijkt dat voor rechters de grootte van de onderneming een rol speelt bij de mate van inspanningen die de werkgever moet leveren. Hoe groter de onderneming is, hoe meer kennelijk van de werkgever wordt verlangd.<sup>50</sup> Zo woog de rechtbank Rotterdam bij haar oordeel dat er onvoldoende inspanningen zijn geleverd door de werkgever mee dat de werkgever ‘een grote organisatie is, waardoor de mogelijkheden om een werknemer te herplaatsen groter zijn dan wanneer sprake is van een klein bedrijf’.<sup>51</sup> Ook bij de rechtbank Noord-Nederland speelde de grootte van

de organisatie een rol en zij stelde: ‘Gezien voormeld toetsingskader en gezien de grootte van het concern waartoe Achmea behoort, heeft [A] met recht betoogd dat Achmea zich aldus te passief heeft opgesteld.’<sup>52</sup>

Hoewel het logisch is dat bij een grote onderneming meer herplaatsingsmogelijkheden zijn, volgt niet uit de Ontslagregeling dat een werkgever meer inspanningen moet verrichten bij een grote organisatie ten opzichte van een kleine(re) organisatie. Onzes inziens volgt dat wel uit de redelijkheidstoets: een grotere onderneming heeft immers meer (openstaande) functies beschikbaar, in de regel meer scholingsmogelijkheden, heeft meer budget voor het passend maken van functies etc., waardoor in redelijkheid ook meer verlangd kan worden van de werkgever in het kader van herplaatsing.

Ook speelt de omvang van de organisatie een rol bij de vraag hoe ver de inspanningsverplichting van de werkgever reikt in het geval van een verstoorde arbeidsverhouding. Bij een verstoorde arbeidsverhouding in een kleine organisatie, ligt herplaatsing niet in de rede.<sup>53</sup> Dat kan bij een grotere organisatie anders zijn. Het gerechtshof ’s-Hertogenbosch overwoog in die zin:

‘Dow is een groot bedrijf, dat onderdeel uitmaakt van een heel groot internationaal concern. In Terneuzen, slechts één van de Nederlandse vestigingen van Dow, werken al meer dan tweeduizend mensen. Binnen de afdeling waren de verhoudingen verstoord, maar dat gold niet voor het hele concern.’<sup>54</sup>

Vanwege de omvang van het concern moest de werkgever – ondanks de verstoorte arbeidsverhouding – toch herplaatsingsinspanningen verrichten. De rechtbank Overijssel oordeelde in gelijke zin door de omvang van de organisatie (een stichting met 38 scholen) te betrekken in haar oordeel dat niet kon worden aangenomen dat herplaatsing wegens de vertrouwensbreuk niet in de rede ligt.<sup>55</sup>

Interessant is nog wel waar die grens ligt. Bij welke omvang van de organisatie ligt het kantelpunt? De rechtbank Limburg overwoog dat de argumenten van de werkgever tot de onmogelijkheid van herplaatsing vanwege de verstoring van de arbeidsrelatie onvoldoende waren, waarbij zij meewoog dat de werkgever drie vestigingen had met in totaal 38 werknemers (inclusief andere managers).<sup>56</sup> Daarentegen overwoog het gerechtshof ’s-Hertogenbosch dat van werkgever ‘een onderneming met ongeveer 40 werknemers van wie 7 werknemers in de buitendienst werken’ gelet op de verstoorte arbeidsverhouding ‘niet kon worden

44 Zie R. Beltzer & S. Schmeetz, ‘Herplaatsing binnen het concern’, *TvO* 2017/2, waarin besproken wordt welke complexiteiten deze plicht tot

concernbrede herplaatsing met zich meebrengen voor de praktijk.

45 Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2155. Zie ook: D.A.D. Mees, ‘De reikwijdte van de h-grond en de herplaatsingsverplichting na de SIEP-beschikking’, *TAP* 2019/5.

46 Gerechtshof 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3081, «JAR» 2019/233.

47 Gerechtshof 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3081, «JAR» 2019/233. Zie ook: HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek (*SIEP*).

48 Gerechtshof Amsterdam 15 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:771, r.o. 3.5.

49 Gerechtshof Amsterdam 15 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:771, r.o. 3.5.

50 Rb. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, «JAR» 2018/243, r.o. 5.11 en Rb. Noord-Holland 18 mei 2021 ECLI:NL:RBNHO:2021:6783, r.o. 5.9. Zie ook: Gerechtshof Den Haag 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520, r.o. 17, waarin het hof meewoog bij het oordeel dat herplaatsing niet in de rede lag gelet op onder meer de kleine(re) organisatie van de werkgever.

51 Rb. Rotterdam 8 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9076.

52 Rb. Noord-Nederland 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973, r.o. 5.14.

53 Rb. Midden-Nederland 6 april 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1294, r.o. 5.11.

54 Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 19 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4627, «JAR» 2020/31, r.o. 7.10.

55 Rb. Overijssel 5 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:934, r.o. 3.18.

56 Rb. Limburg 6 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3129, r.o. 4.5.

verlangd dat zij zou onderzoeken of [werknemer] kon worden herplaatst in een andere functie'.<sup>57</sup>

Het bepalen van een algemeen geldend kantelpunt is niet reëel, nu dat steeds zal afhangen van de vraag wat in redelijkheid van de werkgever verlangd kan worden. Als de verstoring slechts ziet op één afdeling of één manager en niet organisatiebreed of met het bestuur van de onderneming, dan kan onzes inziens van de werkgever eerder verlangd worden dat hij de werknemer herplaatst. De grootte van de onderneming zal hierbij wel een belangrijke rol spelen.

Als de reden van de verstoorde arbeidsverhouding echter gelegen is in 'de aard van het beestje' (van de werknemer), ligt herplaatsing ook in een grote organisatie niet in de rede. Het gerechtshof Den Haag kwam tot die conclusie in twee uitspraken die op dezelfde dag geweest zijn. In de ene zaak waren er conflicten 'binnen de diverse geledingen van NN waar hij bij betrokken was' en was er geen aanleiding 'te veronderstellen dat deze of soortgelijke conflicten en incidenten zich elders binnen NN niet weer opnieuw zouden voordoen'.<sup>58</sup> In de andere zaak was eveneens sprake van een moeizame samenwerking en ernstige conflicten en oordeelde het gerechtshof: 'Het ligt aan de wijze waarop deze moeizame verhouding is ontstaan voor de hand om aan te nemen dat ook de samenwerking in een andere functie tot een onwerkbaar situatie zou leiden'.<sup>59</sup>

#### (vi) De invloed van de duur van het dienstverband

Welke invloed heeft de duur van het dienstverband op de herplaatsingsverplichting van de werkgever? Een langer dienstverband leidt tot een langere wettelijke opzegtermijn ex art. 7:672 BW. Nu de duur van de redelijke termijn op haar beurt weer is gekoppeld aan de wettelijke opzegtermijn, leidt een langer dienstverband ertoe dat de werkgever over een langere periode herplaatsingsinspanningen moet verrichten. De wet biedt géén aanknopingspunten te oordelen dat de werkgever gedurende die redelijke termijn meer of andere inspanningen moet verrichten.

In de rechtspraak is echter meermaals geoordeeld dat een langer dienstverband er óók toe leidt dat er *zwaardere* eisen aan de inspanningsverplichting van de werkgever mogen worden gesteld. Zo overwoog de rechtbank Rotterdam in twee verschillende uitspraken:

- dat de inspanningen van de werkgever om te bezien of herplaatsing van de werknemer in een andere passende functie mogelijk was te gering zijn in de gegeven omstandigheden 'mede gelet op het langdurige en onberispelijke dienstverband van [verweerder]'.<sup>60</sup>
- dat aannemelijk is gemaakt dat er passende functies aanwezig waren en de werkgever zich niet mag ver-

schuilen achter de opvatting dat individuele managers hun eigen afweging maken, hetgeen te meer geldt nu de werknemer 'reeds lang bij UWV in dienst is en in dat verband zwaardere eisen aan de inspanningen van UWV mogen worden gesteld om op die wijze ontslag te voorkomen'.<sup>61</sup>

De rechtbank Amsterdam overwoog: '[verzoeker] is bijna tien jaar in dienst geweest, heeft promotie gemaakt bij Accor en gesteld noch gebleken is dat hij niet goed functioneerde' en concludeerde vervolgens: 'Naar het oordeel van de kantonrechter had van Accor tegen de achtergrond van voormelde omstandigheden meer en meer langdurige inspanningen op het gebied van de herplaatsing van [verzoeker] mogen worden verwacht, voordat zou worden overgegaan tot het beëindigen van de arbeidsrelatie'.<sup>62</sup> En ook de rechtbank Noord-Holland betrok de duur van het dienstverband in haar oordeel dat de werkgever te weinig herplaatsingsinspanningen had verricht.<sup>63</sup>

Deze uitspraken zijn in lijn met – en wellicht dus ook gebaseerd op – oudere rechtspraak die voor de invoering van de WWZ is geweest.<sup>64</sup> Die rechtspraak was op haar beurt weer in lijn met het (inmiddels vervallen) Ontslagbesluit.<sup>65</sup> Dat Ontslagbesluit merkt over de verhouding tussen de duur van het dienstverband en de inspanningsverplichting het volgende op:

'Als het tot ontslag komt, verliest de werknemer zijn baan, zijn zekerheid. (...) Zijn doel zal zijn zeer snel een andere baan te vinden. Dit wordt lastiger naarmate hij ouder is en vaster zit in de relatie met die ene werkgever (mentaal en materieel; denk bijvoorbeeld ook aan pensioenregelingen/-breuk) of een arbeidshandicap heeft. Deze werknemer heeft er een groot belang bij, waar mogelijk, vast te houden aan de huidige arbeidsplaats en eventueel een andere plek te krijgen bij dezelfde werkgever (binnen of buiten de hem bekende vestiging maar met houvast aan de bekende condities en werkzaamheden). Gezien het zwaarwegende belang van de werknemer neemt de zorgplicht van de werkgever jegens hem toe naarmate het dienstverband een langere looptijd heeft. Dit is vaste jurisprudentie'.<sup>66</sup>

Onzes inziens zijn de hiervoor aangehaalde uitspraken niet geheel juist en is onvoldoende onderkend dat de zorgplicht bij een langer dienstverband onder de WWZ al tot uitdrukking komt in de redelijke termijn, waardoor de werkgever

57 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1905 r.o. 3.10.

58 Gerechtshof Den Haag 3 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:817, r.o. 4.14.

59 Gerechtshof Den Haag 3 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:671, r.o. 25 e.v.

60 Rb. Rotterdam 31 december 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:12590, «JAR» 2021/42, r.o. 5.16.

61 Rb. Rotterdam 8 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9076, r.o. 5.10.

62 Rb. Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5116, «JAR» 2018/243, r.o. 5.14.

63 Rb. Noord-Holland 18 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6783, r.o. 5.9.

64 Zie in dit kader onder andere Rb. Haarlem 17 april 2002, «JAR» 2002/126 waarin werd geoordeeld: 'Van Schiphol mag, gelet op de lengte van het dienstverband en het feit dat Bambach altijd goed heeft gefunctioneerd, worden verwacht dat zij zich extra inspant om een andere functie voor Bambach te zoeken.'

65 Beleidsregels ontslagtaak UWV, versie april 2014.

66 Beleidsregels ontslagtaak UWV, versie april 2014, p. 20-3

over een langere periode bezien herplaatsingsinspanningen moeten verrichten.

Als het gaat om de *mate* van de te leveren inspanningen gedurende die periode, is die naar onze mening niet (meer) afhankelijk van de duur van het dienstverband. De werkgever dient altijd datgene te doen dat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd. Daarbij is – binnen die redelijke termijn – geen sprake van gradaties, met minder zware eisen bij een korter dienstverband en zwaardere eisen bij een langer dienstverband.

**(vii) Voorrang bij sollicitaties?**

In de toelichting op de Ontslagregeling is verduidelijkt dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang geniet boven een *externe* sollicitant.<sup>67</sup> Stelt een werkgever een externe kandidaat aan op een vacature die als passend kan worden aangemerkt voor de met ontslag bedreigde werknemer, dan heeft de werkgever zijn herplaatsingsverplichting niet vervuld. De Hoge Raad heeft bevestigd dat dit ook geldt indien de met ontslag bedreigde werknemer (nog) niet geschikt is voor die functie maar daarvoor wel ‘binnen een redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn’.<sup>68</sup> Zoals hierboven is geconstateerd gaat dit niet zo ver dat van een werkgever die deel uitmaakt van een concern verlangd kan worden dat een interne kandidaat voorrang krijgt boven een externe kandidaat bij een vacante positie in een andere groepsonderneming dan die waar de werknemer in dienst is.<sup>69</sup>

Hoe verhoudt de positie van een met ontslag bedreigde werknemer zich ten opzichte van andere *interne* kandidaten? En maakt het nog verschil of die andere interne kandidaat ook met ontslag wordt bedreigd? Uit de Ontslagregeling blijkt dat het aan de werkgever is 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. Dit tenzij sprake is van een situatie waarin omgekeerd afspiegelen aan de orde is. Hieruit kan worden opgemaakt dat de met ontslag bedreigde werknemer *geen* voorrang geniet ten opzichte van interne kandidaten.

Dit leidt tot het volgende overzicht:<sup>70</sup>

	Voorrangsregels bij plaatsing op vacature/passende functie			Vacature/passende functie bij groepsverenootschap
	Interne kandidaten <i>Omgekeerd afspiegelen situatie</i>	Interne kandidaten <i>Geen omgekeerd afspiegelen situatie</i>	Externe kandidaten	Andere interne of externe kandidaten
Herplaatsingskandidaat (HK) is geschikt	HK voorrang <sup>1</sup>	HK geen voorrang	HK voorrang	HK geen voorrang
Herplaatsingskandidaat (HK) is geschikt te maken	HK geen voorrang	HK geen voorrang	HK voorrang	HK geen voorrang

1 Als sprake is van twee (of meer) herplaatsingskandidaten, dan geldt het principe van ‘omgekeerd afspiegelen’ en dient op basis van anciënniteit te worden vastgesteld wie in aanmerking komt voor de functie.

Hoewel uit de Ontslagregeling blijkt dat een met ontslag bedreigde werknemer geen voorrang heeft op andere interne kandidaten, wordt in de rechtspraak niet altijd in gelijke zin geoordeeld. Geregeld wordt van de werkgever verwacht dat de bewuste werknemer een streepje voor krijgt. Zo oordeelde de rechtbank Noord-Nederland dat de werkgever onvoldoende onderbouwd had waarom hij in het kader van het herplaatsingstraject aan de werknemer niet dezelfde positie had aangeboden als werknemers die in het kader van de reorganisatie boventallig zijn geworden ‘en die een voorrangpositie hebben bij sollicitaties naar interne vacatures’.<sup>71</sup> De rechtbank Rotterdam gaf aan dat de werkgever in het kader van zijn herplaatsingsverplichting meer de regie had moeten voeren ‘door [naam verweerster] niet alleen mee te laten draaien in de sollicitatieprocedures op gelijke voet als iedere willekeurige andere sollicitant, maar haar ook feitelijk een kans had moeten bieden om (een van) deze openstaande functie(s) te verrichten, al dan niet in de vorm van een proefplaatsing’.<sup>72</sup>

Wij zouden nog verder willen gaan en menen dat het in de systematiek van de wet (WWZ) past dat met ontslag bedreigde werknemers in beginsel voorrang krijgen ten aanzien van andere interne kandidaten die niet met ontslag worden bedreigd (maar bijvoorbeeld solliciteren vanwege een carrièrestap). Het zou in onze optiek dan gaan om voorrang zoals die geldt ten opzichte van externe kandida-

67 Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 15.  
 68 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212, «JAR» 2018/202, m.nt. R.L. van Heusden, r.o. 3.4.7 (*werkneemster/ANWB*).  
 69 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek (*SIEP*).  
 70 Dit overzicht is opgesteld op basis van de lijnen die volgen uit de Ontslagregeling en rechtspraak van de Hoge Raad.

71 Rb. Noord-Nederland 22 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:973, r.o. 5.14.  
 72 Rb. Rotterdam 8 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9076, r.o. 5.10.



ten. Dat geldt dus zowel voor werknemers die al geschikt zijn, alsook voor werknemers die geschikt te maken zijn binnen een redelijke termijn. Opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst is immers slechts mogelijk als aannemelijk is dat herplaatsing ‘niet mogelijk is of niet in de rede ligt’. Bij niet in de rede liggen kan het gaan om verwijtbaar handelen, detentie of illegaliteit, maar ook om situaties waarbij herplaatsing wel mogelijk is, maar waarbij er een andere reden is waarom herplaatsing niet van de werkgever gevergd kan worden.<sup>73</sup> Dat ziet wat ons betreft niet op het feit dat de werkgever weliswaar een passende functie beschikbaar heeft, maar daarop liever een andere collega aanstelt. Het is immers aan de werkgever om een onnodig ontslag te voorkomen en op deze manier zou de herplaatsingsplicht te gemakkelijk te omzeilen zijn. Kanttekening hierbij is wel dat er uiteindelijk altijd sprake is van een individuele redelijkheidstoets, waarbij ‘redelijkheidargumenten’ een rol kunnen spelen.<sup>74</sup> De voorrang zoals neergelegd in de Ontslagregeling is geen dwingendrechtelijke regel waarvan de civiele rechter niet zou mogen afwijken, maar bij de invulling van de redelijkheidstoets wordt hier wel rekening mee gehouden.<sup>75</sup> Een werkgever zal dan extra argumenten moeten aanvoeren waarom het niet ‘in de rede’ lag de met ontslag bedreigde werknemer te plaatsen ten faveure van de niet met ontslag bedreigde werknemer.

#### 4. Rol werknemer bij herplaatsing

Dit artikel focust zich op de herplaatsingsinspanningen van de werkgever in het kader van herplaatsing. Dat betekent echter niet dat de werknemer géén verplichtingen in dat kader heeft. In deze paragraaf gaan we kort in op de rol van de werknemer bij herplaatsing. We bespreken wat van de werknemer verwacht mag worden en vervolgens of een werknemer een passende functie moet accepteren.

##### (i) Rol van de werknemer in het kader van herplaatsing

Dat de werkgever initiërend te werk moet gaan, betekent niet dat een werknemer achterover kan leunen. Wij menen dat de werknemer zich, binnen zijn of haar redelijke grenzen, eveneens actief moet opstellen. Dat betekent op zijn minst meewerken aan de door de werkgever ontplooidde initiatieven.

Daarvoor vinden we steun in de rechtspraak, onder andere in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 11 oktober 2017.<sup>76</sup> De werkgever had een plan van aanpak opgesteld, met als doel het vinden van een andere passende functie binnen de organisatie. De werknemer ging niet met dit traject akkoord, omdat hieraan geen baangarantie werd

gekoppeld. De rechter oordeelt vervolgens dat het niet deelnemen aan het zoek- en loopbaantraject haar eigen keuze is ‘en de gevolgen hiervan dienen voor haar eigen rekening te blijven’.<sup>77</sup> De rechter stelt dat de werkgever in feite geen invulling heeft kunnen geven aan de inspanningsverplichting door de weigerachtige houding van de werknemer. De gevolgen daarvan komen voor rekening van de werknemer.

### De inspanningsverplichting van de werkgever reikt ver, maar op enig moment kan de verantwoordelijkheid verschuiven van werkgever naar werknemer

In een zaak bij de rechtbank Amsterdam<sup>78</sup> had de werkgever een boventallige werknemer diverse malen uitgenodigd haar interesse aan te geven voor bepaalde vacante functies. De werknemer had dat nagelaten. In de procedure stelde zij vervolgens dat de herplaatsingsplicht was geschonden, nu twee van die, in haar ogen passende, functies niet waren aangeboden. De rechtbank Amsterdam stelt vervolgens dat de werknemer ‘op zijn minst [had] moeten laten weten dat zij in die functies geïnteresseerd was’.<sup>79</sup> Dat lijkt haaks te staan op hetgeen hiervoor onder paragraaf 3 onder (i) is besproken, namelijk dat de werkgever een proactieve houding moet aannemen en niet kan volstaan met het verstrekken van een vacaturelijst en een enkel herplaatsingsgesprek. Echter, mogelijk speelde in deze zaak een rol dat partijen de functies expliciet besproken hadden in meerdere gesprekken en dat de advocaat van de werknemer tijdens deze gesprekken kennelijk heeft aangegeven dat de werknemer in geen van de functies interesse had.<sup>80</sup>

Ook de rechtbank Noord-Holland<sup>81</sup> wierp een werknemer, die de werkgever van onvoldoende herplaatsingsinspanningen betichtte, tegen dat hij zelf in actie had moeten komen. De werkgever had aan de vier boventallige werknemers persoonlijk een envelop uitgereikt met functies waarop zij konden reageren. Ondanks het feit dat de werkgever hem de mogelijkheid en het advies gaf om op deze functie te reageren, heeft werknemer dat niet gedaan omdat naar zijn overtuiging zijn eigen functie niet was vervallen.

Uiteindelijk kan herplaatsing dus gezien worden als een gezamenlijke verantwoordelijkheid. De inspanningsverplichting van de werkgever reikt ver, maar op enig moment kan de verantwoordelijkheid verschuiven van werkgever

73 P. Kruit & J. Sap, ‘De herplaatsingsplicht in de praktijk’, *TvO* 2018, p. 34 onder verwijzing naar R. Olivier & J.P. Wiewel, ‘Herplaatsing binnen de groep’, *TAP* 2017/2.

74 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64, «JAR» 2019/54, m.nt. H.H.M.A. Foesenek (*SIEP*).

75 Gerechtshof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2654, r.o. 9 (*SIEP*), bekrachtigd door HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64.

76 Rb. Midden-Nederland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5838.

77 Rb. Midden-Nederland 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5838, r.o. 4.16.

78 Rb. Amsterdam 9 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6316.

79 Rb. Amsterdam 9 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6316, r.o. 26.

80 Dit blijkt enkel uit de overgelegde UWV-beslissing en speelt geen eigen rol in de procedure bij de rechtbank Amsterdam. Wij sluiten echter niet uit dat die achtergrondinformatie desondanks toch een rol heeft gespeeld in de beslissing van de rechtbank.

81 Rb. Noord-Holland 2 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11222.

naar werknemer. Zo is het enkel overleggen van een lijst met vacatures niet voldoende, maar als daar bijvoorbeeld over gesproken is en de werknemer expliciet is uitgenodigd om zijn interesse kenbaar te maken of geadviseerd is te solliciteren, dan is de werknemer daarna aan zet. Om discussie achteraf te voorkomen, is het nuttig alle stappen in het herplaatsingsonderzoek (inclusief uitingen van de werknemer) schriftelijk vast te leggen.

#### (ii) Acceptatieplicht voor werknemer bij aanwezigheid passende functie?

Het staat de werknemer vrij een passende functie te weigeren. Immers, de werknemer heeft een vrije keuze van arbeid.<sup>82</sup> Het weigeren van een aangeboden passende functie kan echter wel consequenties hebben voor de werknemer.

In de eerste plaats zal de weigering van de werknemer om een aangeboden passende functie te accepteren logischerwijs leiden tot de conclusie dat herplaatsing niet mogelijk is, zodat een ontslagvergunning of ontbinding kan worden uitgesproken.<sup>83</sup> De werkgever heeft immers wel aan de vereisten voor ontslag in de zin van art. 7:669 BW voldaan, nu hij een herplaatsingsmogelijkheid aan de werknemer heeft aangeboden.

Daarnaast zal een weigerende werknemer doorgaans worden geconfronteerd met het risico dat hij (een deel van) zijn aanspraak op een WW-uitkering verspeelt.<sup>84</sup> Art. 24 lid 1 onder b (2) WW bepaalt namelijk dat de werknemer moet voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt doordat hij nalaat aangeboden passende arbeid te aanvaarden.<sup>85</sup>

Een andere vraag is of de werknemer zijn recht op de wettelijke transitievergoeding op het spel zet door een passende functie te weigeren. Het is de vraag of dit ‘ernstig verwijtbaar handelen’ oplevert in de zin van art. 7:673 lid 7 onder c BW. Deze situatie wordt niet benoemd in de voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen in de wetsgeschiedenis.<sup>86</sup> In de rechtspraak was de hoofdlijn tot voor kort dat de weigering van een aangeboden passende functie *geen* ernstig verwijtbaar handelen oplevert.<sup>87</sup> Zo overwoog rechtbank Overijssel dat de werknemer in redelijkheid geen ernstig verwijt kan worden gemaakt door niet op het aanbod in te gaan, nu het ging om een aanzienlijk salarisverschil en een

locatie in Engeland. Enigszins verrassend is deze uitspraak wel, nu de werknemer in de UWV-procedure zelf met het verweer kwam dat deze passende functie in Engeland ten onrechte niet aan hem was aangeboden en de werkgever daarom geen ontslagvergunning behoorde te krijgen.<sup>88</sup> Interessant is dat de kantonrechter in deze uitspraak wel de mogelijkheid openlaat dat er situaties kunnen zijn waarin het weigeren van een aangeboden passende functie als ernstig verwijtbaar gedrag *kan* worden gekwalificeerd.

Een dergelijke situatie was aan de orde in een uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch.<sup>89</sup> De werknemer weigerde in deze zaak tweemaal een functie in dagdienst, terwijl zij in ploegendienst wilde blijven werken. Vervolgens bood de werkgever een functie in de ploegendienst aan, die door de werknemer wederom werd geweigerd. Het hof overwoog dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien waarom de werknemer de derde aangeboden functie niet had kunnen aanvaarden. Voor zover hiervoor belemmeringen waren aan de kant van de werknemer, had zij hierover constructief overleg moet voeren met de werkgever. Het handelen van de werknemer werd in deze zaak dan ook gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen en om die reden bestond er geen recht op een transitievergoeding. Deze uitspraak is tot nu toe de enige uitspraak waarin ernstig verwijtbaar handelen wel werd aangenomen.

Uit de (beperkte) rechtspraak kan worden opgemaakt dat de stap naar ernstig verwijtbaar handelen niet zomaar is gezet en dat daarvoor meer omstandigheden nodig zijn. Het lijkt voor de hand te liggen dat bij herhaling zonder valide grond weigeren van een passende functie kan worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar. Er zal per individueel geval gekeken moeten worden of een werknemer goede gronden had om de aangeboden passende functie te weigeren, zoals een aanzienlijk salarisverschil of verre reisafstand. Ook volgt uit bovengenoemde uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch dat van een werknemer verlangd kan worden om constructief het gesprek met de werkgever aan te gaan om te proberen eventuele belemmeringen weg te nemen. Wij menen dat dit een rechtvaardige uitkomst is, zeker nu de herplaatsingsplicht onder de WWZ voor de werkgever verzaamd lijkt te zijn. De werkgever dient serieuze inspanningen te leveren en het lichtvoetig verwerpen van passende functies past daar niet bij.

## 5. Conclusies

De nadere invulling van de herplaatsingsplicht in de rechtspraak geeft de (arbeidsrecht)praktijk wat meer houvast hoe invulling te geven aan de inspanningsverplichting van de werkgever. Een aantal van de besproken inspanningen

<sup>82</sup> Art. 19 Grondwet.

<sup>83</sup> Rb. Overijssel 12 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:518, r.o. 4.4.

<sup>84</sup> CRvB 8 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1597, TRA 2019/74.

<sup>85</sup> Of een functie passend is zal getoetst moeten worden aan art. 4 lid 1 Besluit passende arbeid WW en ZW, dat verlangt dat een werknemer alle aangeboden passende functie met een salaris vanaf 70% van het laatstverdiende salaris als passende functie moet accepteren. Dit is anders dan de norm in art. 9 lid 3 Ontslagregeling, waarin de hoogte van salaris bij de uitwerking van het begrip passende functie geen doorslaggevend rol speelt.

<sup>86</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3.

<sup>87</sup> Het weigeren van een passende functie kan wel verwijtbaar handelen (e-grond) opleveren, zie: Gerechtshof Den Haag 5 mei 2022, ECLI:NL:RBDHA:20218499, «JAR» 2022/138.

<sup>88</sup> Zie ook: ook Gerechtshof Amsterdam 12 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1374 en Rb. Overijssel 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

<sup>89</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 januari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:236, «JAR» 2021/67.

moet gezien worden als het absolute ‘bare minimum’. Daar moet minimaal aan voldaan worden om te kunnen stellen dat aan de herplaatsingsplicht is voldaan.

Om te voldoen aan de herplaatsingsplicht, moet de werkgever minimaal:

- een continue actieve houding aannemen. De werkgever is en blijft gedurende het hele herplaatsingsonderzoek de kartrekker;
- een herplaatsingsgesprek met de werknemer voeren. In dat gesprek kunnen de individuele wensen, ambities en (scholings)mogelijkheden van de werknemer in kaart worden gebracht;<sup>90</sup>
- serieus op zoek gaan naar mogelijke passende functies binnen de organisatie, en zo nodig bij andere vestigingen of ondernemingen binnen de groep navraag doen naar de mogelijkheden en de werknemer voordragen als kandidaat;
- de openstaande vacatures periodiek met de werknemer bekijken en bespreken welke functies al dan niet (mogelijk) passend zijn en waarom;
- in geval van passende functies, een initiërende rol aannemen door de werknemer proactief uit te nodigen voor sollicitaties dan wel een concreet aanbod te doen;
- ingeval een functie passend zou kunnen zijn, bekijken wat de eventuele belemmeringen zijn en hoe deze weggenomen kunnen worden, bijvoorbeeld door middel van opleidingsmogelijkheden op persoonsniveau, of te bekijken hoe de ontbrekende competenties anderszins ontwikkelbaar zijn;
- ingeval een functie niet passend is, gemotiveerd aangeven waarom de functie niet passend is.

De werkgever moet datgene doen dat redelijkerwijs mogelijk is om een met ontslag bedreigde werknemer te herplaatsen. Dat kan – gelet op de omstandigheden – verdergaande inspanningen vereisen dan enkel de hiervoor genoemde. De werkgever kan steeds overwegen:

- met de werknemer een plan van aanpak te maken, waarin niet alleen de individuele wensen, ambities en mogelijkheden van de werknemer

in kaart worden gebracht, maar waarin partijen ook hun ondernomen acties bijhouden. Het is dan een ‘levend document’, dat inzicht geeft in het gehele herplaatsingsonderzoek;

- de werknemer een extra streepje voor te geven op eventuele andere interne kandidaten. De werkgever kan dat doen door bijvoorbeeld de selectiecriteria op voorhand duidelijk te communiceren en mee te geven waar de focus ligt en wat de kerncompetenties zijn. De werkgever kan ook overwegen de werknemer een proefplaatsing aan te bieden. Een stap verder gaat nog het voorrang verlenen aan met ontslag bedreigde kandidaten ten opzichte van andere interne kandidaten;
- het aanbieden van job-coaching, sollicitatietraining of anderszins ondersteuning die de kans op (interne) herplaatsing vergroot.

Zoals uit paragraaf 4 blijkt, zal een werknemer zich binnen zijn/haar redelijke grenzen ook moeten inzetten om de herplaatsing tot een succes te maken. Met name zal de werknemer actief en positief moeten reageren op de door de werkgever ontplooiende initiatieven.

Het niet accepteren van een passende functie kan bovendien tot consequenties leiden, zoals beëindiging van de arbeidsovereenkomst, verlies van WW-rechten en in uitzonderlijke situaties het mislopen van een transitievergoeding.

*Dit artikel is afgesloten op 21 juni 2022.*

Over de auteurs



**Mw. mr. H.H.M.A. (Heleen) Foesenek**  
Advocaat bij Liber Dock in Amsterdam



**Mw. mr. M. (Mandy) Ruijsenaars**  
Advocaat bij Liber Dock in Amsterdam

<sup>90</sup> Geadviseerd wordt ook de wensen en mogelijkheden van de werknemer ten aanzien van de reisafstand en minimum salaris(schaal) in kaart te brengen.