

van zes maanden, met verzoekster aan te gaan, niet los kan worden gezien van het op 21 december 2020 ingezette ‘verbetertraject’. Dat geldt ook voor de beslissing van verweerster om de arbeidsovereenkomst na 1 oktober 2021 niet te verlengen. Hoewel verzoekster vanaf 1 maart 2021 ziek is en een advies van de bedrijfsarts voor de beslissing van verweerster een belangrijke rol heeft gespeeld, kan deze situatie niet anders worden begrepen dan dat deze het uiteindelijke gevolg is van de door verzoekster ingediende discriminatieklacht. De omstandigheid dat verzoekster ziek is geworden kan naar het oordeel van het College niet los worden gezien van de wijze waarop verweerster is omgesprongen met haar discriminatieklacht, en het daarna hebben ingezet van het ‘verbetertraject’.

7.6. Het College acht, op basis van de feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang bezien, bewezen dat verweerster verzoekster vanwege haar discriminatieklacht heeft benadeeld door haar functioneren te bekritisieren, in plaats van op 1 april 2021 een vast dienstverband, een dienstverband voor zes maanden aan te gaan en deze na 1 oktober 2021 niet te verlengen.

8. Oordeel

Wehkamp B.V. heeft verboden onderscheid gemaakt jegens [...] op grond van geslacht. Ook heeft Wehkamp B.V. in strijd gehandeld met het verbod van victimisatie.

219

Doorgeschoten empowermentbeleid doorkruist ontbindingsverzoek werkgever

Kantonrechter Rechtbank Amsterdam zp
Amsterdam

12 augustus 2022, nr. 9583218 EA VERZ
21-770, ECLI:NL:RBAMS:2022:4697

(mr. Van der Veen)

Noot mr. B.C.L. Kanen

Disfunctioneren. Toewijzing ontbindingsverzoek werknemer. Ernstig verwijtbaar handelen werkgever.

[BW art. 7:669 lid 3 sub d, 7:671b lid 1 sub a en lid 6, 7:671c lid 2 sub b, 7:673, 7:686a lid 3]

De werknemster werkt sinds 2012 bij de werkgever in een commerciële functie. Haar functioneren is altijd goed beoordeeld. Zij heeft tot en met 2021 bonussen, jaarlijkse salarisverhogingen en in 2020 en 2021 ook nog een additionele bonus voor een zeer bijzondere prestatie ontvangen. Nadat de werknemster bij de werkgever aangeeft dat zij stress ervaart als gevolg van een steeds hogere werkdruk, stuurt de werkgever aan op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarbij laat de werkgever de werknemster maandenlang, tot aan het concept-verzoekschrift, in het ongewisse over de reden van de nagestreefde beëindiging. De werkgever verzoekt ontbinding op grond van onvoldoende functioneren. De werknemster zou met een PIP-traject in staat gesteld zijn tot verbetering, maar dat zou niet tot resultaat hebben geleid. Ter zitting verzoekt de werknemster op haar beurt ontbinding vanwege een verstoorde arbeidsverhouding, waarbij zij verzoekt om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

De kantonrechter wijst het ontbindingsverzoek van de werkgever af en dat van de werknemster toe. De werkgever had de werknemster tijdig moeten informeren als zij van oordeel was dat de werknemster onvoldoende functioneerde en haar moeten waarschuwen dat dit tot ontslag kon

leiden. Dat heeft de werkgever niet gedaan. De stelling van de werkgever dat zij een 'empowermentbeleid' hanteert, waarbij zij uitgaat van aanmoediging in plaats van kritiek, doet niet af aan de verplichting de werknemer tijdig op de hoogte te stellen van disfunctioneren en eventuele gevolgen daarvan. De werkgever kan een ernstig verwijt worden gemaakt van de door de werknemer verzochte ontbinding aangezien zij (i) aanstuurde op beëindiging van de arbeidsovereenkomst zodra de werknemer de werkdruk en stress benoemde, (ii) maandenlang de werknemer geen duidelijkheid heeft verschaft over de redenen van beëindiging en (iii) werknemer steeds meer heeft geïsoleerd terwijl de werknemer intussen doorwerkte. De werknemer krijgt daarom naast de transitievergoeding een billijke vergoeding van ruim € 52.000 bruto en een integrale vergoeding van advocaatkosten (bijna € 10.000).

NB. In deze zaak is de werkgever in de ontbindingsprocedure van de werknemer zowel in de forfaitaire proceskosten veroordeeld als in de volledige advocaatkosten die de werknemer had opgevoerd. In de uitspraak wordt niet toegelicht op welke wettelijke grondslag dat gebeurt. Weliswaar wordt verwezen naar art. 7:686a lid 3 BW maar daarin staat niet meer dan dat men nevenverzoeken kan indienen. Eventueel zou de grondslag gelegen kunnen zijn in art. 6:96 BW vanwege een schending van goed werkgeverschap. De Hoge Raad heeft hiervoor ruimte geboden in zijn uitspraak van 30 juni 2017 («JAR» 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris). Verder is interessant dat de kantonrechter geen ruimte ziet voor separate vergoeding van immateriële schade omdat deze volgens de kantonrechter in de billijke vergoeding wordt geacht te zijn meegenomen.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Red Bull Nederland B.V. te Amsterdam, verzoekster in de hoofdzaak, verweerster in het tegenverzoek, nader te noemen: Red Bull, gemachtigde: mr. G.B.E.M. Schippers (Rechtaan Bedrijfsjuridisch Advies), tegen [verweerster] te [woonplaats], verweerster in de hoofdzaak, verzoekster in het tegenverzoek,

nader te noemen: [verweerster], gemachtigde: mr. K.J. Hillebrandt.

Verloop van de procedure
(...)

Gronden van de beslissing

Feiten

1. Als gesteld en niet (voldoende) weersproken staat het volgende vast.

1.1. [verweerster], geboren op [geboortedatum] 1974, is sinds 17 december 2012 in dienst van Red Bull en is laatstelijk werkzaam in de functie van Customer Service Specialist. Het salaris op basis van 32 uren per week bedraagt € 3.010,53 bruto per maand exclusief bonus, vakantietoeslag en overige emolumenten.

1.2. Een Customer Service Specialist bij Red Bull is verantwoordelijk voor het uitvoeren, managen en optimaliseren van het volledige ordermanagementproces en voor de logistieke afhandeling en de facturatie van de dagelijkse orders, het monitoren van het functioneren van de logistieke partners en het initiëren van verbeterprocessen om zo kosten te verlagen. Verder is een Customer Service Specialist verantwoordelijk voor het oplossen van problemen in de communicatie met klanten en het opstarten en implementeren van verschillende optimalisatieprocessen gericht op kostenverlaging, serviceverbetering en een toename in efficiëntie in de uitvoer van verschillende logistieke processen.

Verzoek en verweer

2. Red Bull verzoekt de kantonrechter bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de arbeidsovereenkomst met [verweerster] te ontbinden vanwege disfunctioneren, met veroordeling van [verweerster] in de kosten van het geding.

3. Aan dit verzoek legt Red Bull ten grondslag dat sprake is van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder d jo lid 1 BW. Volgens Red Bull is [verweerster] niet geschikt voor het verrichten van de bedongen werkzaamheden, ondanks begeleiding, coaching en wekelijkse gesprekken. Red Bull heeft [verweerster] hiervan tijdig in kennis gesteld en haar voldoende de gelegenheid gegeven haar functioneren te verbeteren. De ongeschiktheid is niet het gevolg van onvoldoende zorg van Red Bull ten aanzien van scho-

ling of ten aanzien van de arbeidsomstandigheden. Herplaatsing van [verweerster] in een andere passende functie binnen de organisatie is binnen een redelijke termijn niet mogelijk en ligt niet in de rede.

4. [verweerster] voert als verweer – samengevat – dat disfunctioneren nergens uit blijkt. [verweerster] is hier ook niet van in kennis gesteld en haar is ook geen kans tot verbetering geboden.

De opzegging houdt bovendien verband met ziekte. Het verzoek van Red Bull moet daarom worden afgewezen. [verweerster] heeft ter zitting haar primaire verweer gericht op afwijzing van het verzoek laten vallen, omdat zij door de door Red Bull veroorzaakte situatie niet goed inziet hoe zij binnen Red Bull nog kan functioneren.

Tegenverzoek en verweer

5. [verweerster] verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, met toekenning van een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 BW, een billijke vergoeding op grond van artikel 7:671 b lid 9 sub c BW en enkele nevenvorderingen: toepassing van een salarisverhoging, toekenning van een bonus, buitengerechtigde kosten en immateriële schadevergoeding, een verklaring voor recht dat Red Bull bij ontbinding geen rechten kan ontlenen aan het overeengekomen non-concurrentie- en relatiebeding en verstrekking van een deugdelijke eindafrekening.

6. Hetgeen [verweerster] aan haar zelfstandig tegenverzoek ten grondslag legt en het verweer van Red Bull gericht op afwijzing daartegen, komt voor zover van belang bij de beoordeling aan de orde.

Beoordeling verzoek

7. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:671b lid 1 jo 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h BW en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

8. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Red Bull naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen redelijke grond voor ontbinding vanwege disfunctioneren op (artikel 7:669 lid 3 onder d BW). Daartoe wordt het volgende overwogen.

9. In de gesprekken die hebben plaatsgevonden, waarvan de inhoud gedeeltelijk terugkomt in de door Red Bull in het verzoekschrift aangehaalde e-mails en gespreksverslagen, wordt niet duidelijk dat Red Bull zich op het standpunt stelde dat [verweerster] disfunctioneerde. Disfunctioneren blijkt ook niet uit de beoordelingsverslagen die [verweerster] in het geding heeft gebracht. Wel zijn de stressklachten die [verweerster] ervaarde vanwege de werkdruk aan de orde gekomen, maar het functioneren als zodanig is altijd als goed beoordeeld. Dat [verweerster] meerdere keren is uitgevallen maakt nog niet dat zij ongeschikt is de functie uit te voeren.

10. Red Bull heeft [verweerster] tot en met het jaar 2021 altijd geprezen om haar goede werk en inzet. Dat volgt uit de beoordelingen van [verweerster]. Zo heeft [verweerster] jaarlijks 70 tot 90% van haar maximale bonus uitgekeerd gekregen, terwijl bonussen niet worden uitgekeerd wanneer de werknemer minder dan 50% van zijn of haar individuele performance targets behaalt. Verder heeft [verweerster] vanaf het begin van haar dienstverband tot en met 2021 jaarlijkse salarisverhogingen gekregen en heeft zij in 2020 en in 2021 bovendien een 'swingfactor' bonus uitgekeerd gekregen voor haar prestaties bij de overgang naar een nieuwe logistieke partner in 2020. Zo'n swingfactor bonus wordt alleen uitgekeerd als er een zeer bijzondere prestatie is geleverd. Uit het klanttevredenheidsonderzoek volgt tot slot dat ook de klanten van Red Bull erg tevreden zijn over [verweerster].

11. Het door Red Bull aan haar verzoek ten grondslag gelegde geeft tegenover de gemotiveerde betwisting door [verweerster] onvoldoende blijk van disfunctioneren. Evenmin heeft Red Bull tegenover de gemotiveerde betwisting door [verweerster] aangetoond dat de werkdruk in de loop der jaren gelijk is gebleken dan wel lager is geworden, gelet op de stijging van het aantal orders en verkopen en daarmee ook de groei van Red Bull, een toename aan veeleisende klanten, de overgang naar een nieuwe logistieke partner en het feit dat het een functie van 1,0 FTE betreft terwijl [verweerster] deze op basis van 0,8 FTE verrichte. Niet is komen vast te staan dat de hiermee gepaard gaande (extra) werkzaamheden tot aan het moment van herstructurering, die Red Bull pas na het entameren van de onderhavige procedure heeft doorgevoerd, structureel door anderen dan [verweerster] zijn opgevangen.

12. Het had op de weg van Red Bull gelegen om [verweerster] tijdig schriftelijk te informeren over het door haar ingenomen standpunt dat sprake is van disfunctioneren en [verweerster] te waarschuwen dat dit tot haar ontslag kon leiden. Dat is niet gebeurd. Red Bull erkent dit. Red Bull verwijst in dat opzicht naar haar ‘empowerment’-beleid (geen dossier opbouwen met waarschuwingen en berispingen, maar aanmoediging), maar dat beleid kan niet afdoen aan haar verplichting om onder de gegeven omstandigheden [verweerster] op zijn minst schriftelijk in kennis te stellen van haar standpunt en de verstrekkende gevolgen daarvan. Eerst naar aanleiding van het concept ontbindingsverzoek raakte [verweerster] ervan op de hoogte dat Red Bull zich kennelijk op het standpunt stelde dat sprake is van disfunctioneren. Voor die tijd is dat nooit aan [verweerster] of haar gemachtigde kenbaar gemaakt, ook niet op verzoek, en vond Red Bull dat [verweerster] dat allemaal wel kon afleiden uit het personeelsdossier.

13. Red Bull stelt dat zij [verweerster] een verbetertraject heeft aangeboden, maar het (PIP) traject waarnaar Red Bull verwijst had uitsluitend betrekking op hoe om te gaan met de werkdruk en met stress die [verweerster] ondervond, terwijl het goed mogelijk is dat het ontstaan van te hoge werkdruk en de stressklachten van [verweerster] het gevolg zijn van de hiervoor vermelde groei en ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden bij Red Bull, met als gevolg een aanzienlijk zwaarder takenpakket van [verweerster]. Van een adequaat verbetertraject vanwege disfunctioneren, met ontslagoptie, is in ieder geval niet gebleken. Evenmin is gebleken aan welke doelstellingen [verweerster] geacht werd te voldoen om haar functioneren te verbeteren, bij gebreke waarvan ontslag het gevolg zou zijn. Dat een verbetertraject met ontslagoptie volgens Red Bull verlamdend zou werken is inderdaad niet uit te sluiten, maar dat betekent niet dat zij jegens [verweerster] niet duidelijk kenbaar had moeten maken dat het om een verbetertraject zou gaan met als mogelijk gevolg ontslag wegens disfunctioneren.

14. Voorts mag de opzegging van het dienstverband geen verband houden met ziekte, terwijl Red Bull met zoveel woorden in het verzoekschrift erkent dat daarvan sprake is. Red Bull stelt immers dat tijdens het gesprek met [verweerster] van eind juli 2021 duidelijk werd dat [verweerster] nieuwe fysieke en mentale klachten ervaar-

de, wat voor Red Bull de concrete aanleiding was om de gesprekken te starten over beëindiging van het dienstverband.

15. Conclusie van het voorgaande is dat het verzoek van Red Bull niet kan worden toegewezen op grond van disfunctioneren. Nu disfunctioneren de enige grond is waarop Red Bull haar verzoek baseert, moet het verzoek worden afgewezen, met veroordeling van Red Bull in de proceskosten.

Beoordeling tegenverzoek

16. [verweerster] heeft tijdens de mondelinge behandeling verzoekt de arbeidsovereenkomst alsnog te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. [verweerster] stelt zich op het standpunt dat er inmiddels een situatie is ontstaan waarin van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, ten gevolge van het ernstig verwijtbare handelen van Red Bull.

16. De kantonrechter is met partijen van oordeel is dat er een einde moet komen aan de arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Daarom ligt herplaatsing niet in de rede.

16. De kantonrechter is ook van oordeel dat verstoorde arbeidsverhouding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van Red Bull, zoals hierna nader zal worden toegelicht ter aanvulling op de beoordeling van het verzoek hiervoor, waardoor een situatie is ontstaan waarin van [verweerster] in redelijkheid niet langer gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

16. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden met ingang van heden.

16. Nu de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zal de door [verweerster] verzochte transitievergoeding op basis van artikel 7:673 BW worden toegekend.

16. De kantonrechter ziet aanleiding om [verweerster] ook een billijke vergoeding toe te kennen. Gelet op artikel 7:671b lid 9, onderdeel c, BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, waarvan in dit geval sprake is. Gelet op de ernst van het verwijtbare handelen van Red Bull zal de kantonrechter de billijke vergoeding in redelijkheid vaststellen op een bedrag van € 52.204,00 bruto.

16. Daarbij is aanmerking genomen dat het aanneemelijk is, althans niet is uit te sluiten, dat klachten die [verweester] vanaf 2017 ontwikkelde (mede) zijn ontstaan door te hoge werkdruk, terwijl Red Bull pas na het starten van de onderhavige procedure de noodzaak inzag daar structureel iets aan te doen. Gedurende de periode dat [verweester] met haar parttime dienstverband de functie vervulde werd het probleem van de te hoge werkdruk wel steeds besproken, maar onvoldoende aangepakt c.q. opgelost. Het is bovendien kwalijk dat Red Bull ten gevolge van het door [verweester] (wederom) benoemen van de hoge werkdruk en de stress die dit bij haar veroorzaakte, hetgeen Red Bull altijd leek te stimuleren, ineens zonder ook maar enige aankondiging vooraf aanstuurde op beëindiging van het dienstverband, zonder dat hiervoor een redelijke grond aanwezig was.

16. Red Bull heeft [verweester] vervolgens maandenlang in het duister laten tasten over de reden van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De aankondiging viel in augustus 2021 rauw op het dak van [verweester]. Nadat [verweester] een gemachtigde inschakelde, weigerde Red Bull vervolgens lange tijd om met de door [verweester] gekozen gemachtigde te communiceren, drong Red Bull aan op vervanging van die gemachtigde en bleef Red Bull zich richten tot [verweester], ondanks dat [verweester] aangaf dat zij de communicatie graag via haar gemachtigde zou willen laten verlopen. Eerst nadat [verweester] het concept ontbindingsverzoek eind november 2021 ontving, kon zij afleiden wat voor Red Bull de reden was om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan.

16. Desondanks is [verweester] door blijven werken, ook gedurende de onderhavige procedure. [verweester] behaalde haar targets voor 2021 en ontving geen kritiek van Red Bull over haar functioneren. Ondanks die inzet leek Red Bull [verweester] vrijwel volledig buiten te sluiten. Zo kreeg [verweester] in tegenstelling tot andere werknemers niet de nieuwste iPhone, was zij niet langer welkom op evenementen en heeft Red Bull [verweester] zelfs verboden om naar een afscheidsetentje (gelegen in de privésfeer) van een van haar beste collega's te komen waarvoor zij persoonlijk was uitgenodigd. Ook weigerde Red Bull – in tegenstelling tot alle voorgaande jaren – het functioneren en de targets van [verweester] te beoordelen, de bonus waar [verweester] recht op had aan haar uit te keren en de gebruikte

lijke salarisverhoging aan haar toe te kennen, onder het mom van 'de huidige gesprekken over de beëindiging van jouw arbeidsovereenkomst'. Eén en ander getuigt niet van goed werkgeverschap.

16. Vervolgens stelde Red Bull [verweester] de dag na de mondelinge behandeling zonder voor-aankondiging ineens op non-actief en ontzegde haar de toegang tot het kantoor en alle IT-systemen. Hierdoor werd het [verweester] onmogelijk gemaakt nog langer te communiceren richting collega's, klanten en andere relaties. Ondanks verzoeken daartoe namens [verweester] is Red Bull niet bereid geweest [verweester] opnieuw toegang te geven tot haar laptop en e-mail, waardoor [verweester] mogelijk is belemmerd in het voeren van verweer tegen de nadere onderbouwing van het verzoek die Red Bull mocht geven. Dat Red Bull bepaalde punten heeft genuanceerd, doet niet af aan het op zichzelf niet onbegrijpelijke gevoel van 'wegpesten' dat één en ander bij [verweester] heeft veroorzaakt.

16. Op grond van artikel 7:686a lid 3 BW en gelet op de gegeven omstandigheden acht de kantonrechter het redelijk dat Red Bull de advocaatkosten van [verweester] vergoedt. Voor toewijzing van het afzonderlijk gevorderde bedrag aan immateriële schadevergoeding ziet de kantonrechter geen aanleiding, omdat in het toegekende bedrag aan billijke vergoeding compensatie voor immaterieel geleden schade wordt geacht te zijn inbegrepen.

16. Een bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten is toewijsbaar, maar de kantonrechter ziet aanleiding het gevorderde bedrag te matigen tot het bedrag dat toewijsbaar is op grond van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (€ 1.881,55).

16. De nevenverzoeken van [verweester] met betrekking tot de salarisverhoging, het uitkeren van de bonus, de verklaring voor recht aangaande het concurrentie- en relatiebeding en het verstrekken van een deugdelijke eindafrekening zullen als onvoldoende onderbouwd betwist worden toegewezen.

16. Bij deze uitkomst van de procedure zal Red Bull met de proceskosten van het zelfstandig tegenverzoek van [verweester] worden belast.

Beslissing

De kantonrechter:

ter zake van het verzoek van Red Bull

wijst het verzoek af;

veroordeelt Red Bull in de proceskosten aan de zijde van [verweerster], tot op heden begroot op € 498,00 aan salaris gemachtigde, voor zover van toepassing, inclusief btw;

ter zake van het tegenverzoek van [verweerster]

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van heden;

kent [verweerster] een transitievergoeding toe van € 11.285,00 bruto en een billijke vergoeding van € 52.204,00 bruto en veroordeelt Red Bull tot betaling van deze bedragen aan [verweerster], te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd;

veroordeelt Red Bull tot betaling aan [verweerster] van:

– € 1.881,55 wegens buitengerechtelijke incassokosten;

– € 9.680,00 wegens advocaatkosten;

veroordeelt Red Bull om binnen twee dagen na deze beschikking met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2022 tot aan het moment waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd een salarisverhoging van 1% over het salaris van [verweerster] toe te passen;

veroordeelt Red Bull tot betaling aan [verweerster] van € 3.220,00 bruto ter zake van de bonus over 2021, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 januari 2022 tot aan de dag van de voldoening;

verklaart voor recht dat Red Bull geen rechten kan ontlenen aan het tussen partijen overeengekomen non-concurrentie- en relatiebeding;

veroordeelt Red Bull binnen twee dagen na de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd een deugdelijke eindafrekening aan [verweerster] te verstrekken, in het kader waarvan in ieder geval de pro rata opgebouwde vakantiebijslag en opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen dienen te worden uitgekeerd, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 14 dagen na de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd;

veroordeelt Red Bull in de proceskosten aan de zijde van [verweerster], tot op heden begroot op € 498,00 aan salaris gemachtigde, voor zover van toepassing, inclusief btw;

wijst het meer of anders verzochte af;

ter zake van het verzoek en het tegenverzoek

veroordeelt Red Bull in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 62,00 aan salaris gemachtigde, voor zover van toepassing, inclusief btw;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Deze uitspraak is relevant voor 'het nieuwe beoordelen' dat steeds meer zijn intrede doet en de vraag oproept hoe zich dit verhoudt tot de vereisten voor een ontslag wegens disfunctioneren.

Voordat ik daarop inga, plaats ik eerst enkele opmerkingen over andere opvallende zaken.

In deze zaak waren een aantal punten problematisch voor Red Bull.

– Red Bull heeft onvoldoende onderbouwd dat voor de werknemer duidelijk was dat Red Bull zich op het standpunt stelde dat de werknemer disfunctioneerde. Niet duidelijk is of Red Bull stukken had waaruit dit wel zou blijken, maar waarschijnlijk is dat niet. Uit de uitspraak volgt dat Red Bull heeft erkend dat de werknemer niet tijdig schriftelijk is geïnformeerd en dat zij niet gewaarschuwd is dat haar (onvoldoende) functioneren tot haar ontslag kon leiden. Sterker, de feedback was altijd positief en de werknemer heeft verschillende bonussen ontvangen voor haar prestaties. Pas in het verzoekschrift werd uitgelegd waarin de werknemer tekort zou hebben geschoten.

– Red Bull rechtvaardigde dit gebrek aan duidelijkheid door naar haar 'empowermentbeleid' te verwijzen. Dit is geen klassiek beoordelingssysteem. Hoewel uit de uitspraak niet helder wordt wat het precies inhoudt, komt het kort gezegd neer op aanmoediging in plaats van dossieropbouw met waarschuwingen en berispingen. Op basis van de uitspraak interpreteer ik het zo dat zwakke plekken niet zijn (en worden) benoemd. De rechter zag terecht geen rechtvaardiging in het empowermentbeleid. Het kan niet afdoen aan het kenbaarheidsvereiste, de verplichting een werknemer tijdig over het disfunctioneren te informeren en duidelijk te maken dat dit uiteindelijk tot ontslag kan leiden.

– Er was verder geen verbetertraject. Red Bull stelt weliswaar dat zij een verbetertraject heeft aangeboden, maar het (PIP) traject waarnaar Red Bull verwijst had uitsluitend betrekking op hoe om te gaan met de werkdruk en met stress die de werknemer ondervond en die volgens de rechter (vooral) door toedoen van Red Bull was ontstaan. Het was bovendien niet duidelijk aan

welke doelstellingen de werkneemster geacht werd te voldoen om haar functioneren te verbeteren. Dat een verbetertraject volgens Red Bull verlamdend zou werken is volgens de rechter niet uit te sluiten, maar doet geen afbreuk aan het vereiste dat de werkneemster moet weten waar zij aan toe is.

– Tenslotte was het onhandig dat Red Bull in het verzoekschrift had erkend dat nieuwe fysieke en mentale klachten van de werkneemster de concrete aanleiding gaven om de gesprekken te starten over beëindiging van het dienstverband. Hierdoor hield het ontbindingsverzoek verband met ziekte.

Los van de hiervoor genoemde kanttekeningen bij de door Red Bull aangevoerde feiten en wijze van procederen, is interessant dat het empowermentbeleid van Red Bull een vorm van het nieuwe beoordelen is. Na deze uitspraak rijst dan ook de vraag of het nieuwe beoordelen conflicteert met de vereisten voor een ontslag wegens disfunctioneren. Wat mij betreft niet.

De reden dat veel bedrijven het nieuwe beoordelen omarmen is dat het klassieke performance management (één voortgangsgesprek en één beoordelingsgesprek), vooral leidt tot frustratie en ineffectief is. Medewerkers raken gedemotiveerd. De leidinggevende is rechter én coach tegelijk. Hij steunt en stimuleert zijn mensen, maar moet ze tegelijk kunnen afstraffen. Het frustreert de behoefte om naar ontwikkeling en aandachtspunten voor de toekomst te kijken. Kortom, het beoordelingsgesprek is geen veilige omgeving voor een werknemer en leidinggevende. De tendens om daarvan afscheid te nemen is begrijpelijk.

Kern van het nieuwe beoordelen is een continue (eerlijke) dialoog over performance en ontwikkeling en een zekere mate van regie – en daarmee verantwoordelijkheid – van de werknemer voor de eigen ontwikkeling ('empowerment'). Feedback komt in de regel niet enkel van de leidinggevende, maar ook van collega's en soms zelfs klanten of leveranciers (360° feedback).

Voor ontslag wegens disfunctioneren zijn geen klassieke beoordelingsgesprekken noodzakelijk. Het moet voor de werknemer kenbaar zijn dat de werkgever ontevreden is over het functioneren en er moet een verbetertraject worden aangeboden. Dat kan ook op een aanmoedigende manier gebeuren. Tevens moet helder zijn dat bij het uitblijven van verbetering ontslag in beeld komt. Dat de werknemer niet met ontslag mag worden

overvallen volgt onder meer uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, onder meer p. 99, MvT).

In deze zaak was niet voldaan aan dit kenbaarheidsvereiste, maar dat is wat mij betreft niet inherent aan het nieuwe beoordelen, zo lang de continue dialoog geschiedt op basis van transparantie en eerlijkheid. Dat kan voor leidinggeevenden lastig zijn, maar eerlijkheid getuigt juist van een meer gelijkwaardige dialoog wat een belangrijk uitgangspunt is bij het nieuwe beoordelen. De manager is meer een coach. Uit verschillende onderzoeken blijkt bovendien dat medewerkers eventuele kritiek juist graag willen weten. Eerlijkheid, mits met positieve intenties en toekomstgericht (wat kan een werknemer in het vervolg anders doen), biedt de werknemer de kans om te groeien.

Een goed voorbeeld is Netflix dat het adagium hanteert: 'Honesty always – As a leader, no one in your group should be materially surprised about your views'. Deze eerlijkheid voorkomt dat een werknemer wordt overvallen door kritiek en dat past uitstekend bij het kenbaarheidsvereiste. Deze uitspraak laat echter zien dat het verkeerd gaat als om de hete brij wordt heen gedraaid en enkel positieve kanten en talenten worden benoemd. Dat is niet nieuw.

Ook de wettelijke eis om een verbetertraject aan te bieden, conflicteert niet met het nieuwe beoordelen. In het *Ecofys-arrest* (*TRA 2019/88*, m.nt. Vegter) overwoog de Hoge Raad immers dat de wet niet bepaalt *op welke wijze* de werkgever de werknemer in de gelegenheid moet hebben gesteld zijn functioneren te verbeteren. De precieze vormgeving hangt af van de omstandigheden van het geval en zo lang de werknemer maar serieus en reëel gelegenheid tot verbetering wordt geboden, zal al snel een adequate verbeterkans worden aangenomen.

Bij het nieuwe beoordelen zal het verbetertraject veelal een combinatie zijn van begeleiding door de werkgever (continue dialoog, coaching en toekomstgerichtheid) en regie bij de werknemer ('empowerment'). Dat speelde in het *Ecofys-arrest* feitelijk ook. Het hof gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat Ecofys de werkneemster voldoende in de gelegenheid had gesteld haar functioneren te verbeteren waarbij de volgende omstandigheden aan de orde waren:

– Voorwaarde voor verbetering was dat de werknemster zelf inzag op welke punten zij te kort schoot en dat zij meedacht over de wijze waarop een verbetering viel te bereiken en op welke termijn.

– Ecofys had de werknemster door middel van gesprekken en feedback – en vanaf oktober 2016 door middel van gesprekken en feedback op het door de werknemster opgestelde plan – vrij intensief begeleid in een verbetertraject.

– De werknemster had, gelet op het niveau van haar functie en haar werkervaring, zelf inzicht in haar verbeterpunten kunnen tonen en te kennen had kunnen geven welke concrete maatregelen of cursussen zij nodig had om haar functioneren te verbeteren.

Conclusie is wat mij betreft dus dat de wet geen belemmering vormt voor de ontwikkeling dat bedrijven het klassieke beoordelingssysteem inruilen voor het nieuwe beoordelen. Sterker, de eerlijkheid die de wet verlangt, past bij de coachende rol van managers en is een voorwaarde om werknemers te kunnen laten groeien.

mr. B.C.L. Kanen
advocaat/partner bij Liber Dock

220

Arbeidsovereenkomst op h-grond ontbonden omdat partner naar concurrent overstapt

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Utrecht

2 juni 2022, nr. 9734136 UE VERZ 22-65
MS/1270, ECLI:NL:RBMNE:2022:2152

(mr. Langeler)

Thuiswerken. Gevoelige bedrijfsinformatie.

[BW art. 7:669 lid 3 sub h; EVRM art. 8]

De werknemster werkt als administratief medewerker bij de werkgever. Zij heeft onder meer toegang tot inkoop- en verkooprelaties alsook inkoop- en verkoopprijzen. Haar echtgenoot werkt ook voor de werkgever en is lid van het managementteam. Op een zeker moment worden er serieuze onderhandelingen gevoerd over de overname van de aandelen in het bedrijf door de

echtgenoot. Het plan gaat uiteindelijk niet door omdat de zoon van de directeur het bedrijf wil overnemen. De echtgenoot zegt daarop zijn arbeidsovereenkomst bij de werkgever op en treedt in dienst van een concurrent. Om de bedrijfsbelangen te bewaken, blokkeert de werkgever het thuiswerkaccount van de werknemster. Ook wordt de toegang van de werknemster tot projectinformatie op de interne systemen beperkt. In november 2021 verzoekt de werknemster om thuis te werken, zoals haar collega's ook doen. De werkgever wijst het thuiswerkverzoek af. Verder zijn collega's terughoudend in het uitwisselen van bedrijfsinformatie in het bijzijn van de werknemster. Overleg tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst is onsuccesvol, daarom verzoekt de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter wijst het verzoek tot ontbinding op de h-grond toe. Aangenomen wordt dat de relatie tussen de echtgenoot en de werkgever als gevolg van de mislukte overname onder spanning is komen te staan. Het is begrijpelijk dat de werkgever zich terughoudend opstelt met betrekking tot het delen van concurrentiegevoelige informatie. Deze informatie kan tenslotte per ongeluk bij de echtgenoot van de werknemster terecht komen. De echtgenoot bekleedt een leidinggevende functie bij de concurrent en beide bedrijven bedienen dezelfde soort klanten. Hoewel er geen aanleiding bestaat om aan de integriteit of betrouwbaarheid van de werknemster te twijfelen, is de vrees van de werkgever niet onbegrijpelijk. Anders dan de werknemster meent, levert de ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen inbreuk op van de persoonlijke levenssfeer zoals bedoeld in art. 8 EVRM. Het is niet het huwelijk van de werknemster en de echtgenoot dat aanleiding voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst is, maar de samenloop van omstandigheden.

NB. Een arbeidsovereenkomst wordt wel vaker op de h-grond ontbonden vanwege de (voormalig) partner van de werknemer. In «JAR» 2019/208 werd de werkgever ernstig lastiggevalen door de ex-partner van de werknemer. De werkgever kreeg onder andere een afbeelding van een pistool met munitie toegestuurd. In ECLI:NL:GHSHE:2021:2158 leverde een relatiebreuk tussen de werknemster en de dga ook een einde van de arbeidsovereenkomst op.