

## RECHTSPRAAK

***Herplaatsingsplicht kan niet tijdens ontbindingsprocedure worden hersteld.****Feiten*

Werkneemster is op 8 februari 2001 in dienst getreden bij de Gemeente Utrecht. In haar functie is zij onder meer verantwoordelijk voor de personeelsplanning van de Jeugdgezondheidszorg (JGZ). De Gemeente heeft vastgesteld dat de personeelsplanning en besluitvorming over de inzet van personeel in de JGZ niet goed verloopt. Werkneemster heeft daarom individuele coaching gekregen. Op 2 juni 2019 heeft werkneemster problemen op haar afdeling aangekaart, waarna zij zich ziek heeft gemeld. Op 30 juni 2019 heeft de gemeente besloten werkneemster uit haar taken te ontheffen. Hiertegen heeft zij bezwaar gemaakt. Op 27 november 2019 heeft er een mediationgesprek plaatsgevonden. Op 19 mei 2020 heeft de Gemeente werkneemster gebeld en meegedeeld dat een forse vertrouwensbreuk is ontstaan, omdat de bedrijfsarts heeft geadviseerd de mediation verder uit te stellen. Begin november 2020 is werkneemster 100% hersteld gemeld. De Gemeente heeft een ontbindingsverzoek ingediend (onder meer) op de g-grond. Op 23 februari 2021 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Tijdens deze mondelinge behandeling heeft de kantonrechter mondeling tussenuitspraak gedaan. De kantonrechter heeft de gemeente in de gelegenheid gesteld om samen met werkneemster te onderzoeken of alsnog aan het herplaatsingsvereiste van artikel 7:669 lid 1 BW kon worden voldaan. Voor het overige is iedere beslissing aangehouden. De kantonrechter heeft uiteindelijk de arbeidsovereenkomst ontbonden op de g-grond.

In hoger beroep oordeelt het hof dat de kantonrechter ten onrechte tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is overgegaan, omdat volgens het hof géén sprake was van een voldragen g-grond en bovendien niet is voldaan aan het herplaatsingsvereiste. Het hof laat hierbij het aanvullende herplaatsingsonderzoek buiten beschouwing. In plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst kent het hof werkneemster een billijke vergoeding toe van € 110.000 bruto alsmede € 6.455 netto voor de extra proceskosten die zij heeft moeten maken omdat de gemeente ten onrechte door de kantonrechter in de gelegenheid is gesteld om alsnog een deugdelijk herplaatsingsonderzoek uit te voeren.

De Gemeente keert zich in cassatie met een aantal klachten tegen het oordeel van het hof.

*Conclusie A-G**Beoordeling ex nunc*

De rechter die moet beoordelen of een ontbindingsverzoek toewijsbaar is, zal dat verzoek dus

moeten toetsen naar de feitelijke stand van zaken ten tijde van zijn beslissing. Dit wordt ook in de literatuur algemeen aangenomen. Zo schrijft Veerkamp dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek zal moeten beoordelen ‘(...) op basis van hetgeen bekend is bij de behandeling van het verzoek, en eventueel nog ter zitting bekend wordt.’

Dit sluit ook aan bij de *Victoria*-beschikking van de Hoge Raad. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden (als de arbeidsovereenkomst niet is ontbonden geldt in hoger beroep de gebruikelijke ex-nunctoetsing), de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer dan wel van de werkgever, naar zijn aard moet worden beantwoord aan de hand van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden. Het toetsingsmoment voor het hof valt in zo'n geval dus samen met het toetsingsmoment voor de kantonrechter, namelijk het moment waarop de arbeidsovereenkomst is ontbonden – het moment van de uitspraak van de kantonrechter dus. De desbetreffende overweging uit de *Victoria*-beschikking ziet op de beoordeling van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever of werknemer, maar het ligt in de rede dat dit ook geldt voor het herplaatsingsvereiste.

#### *Mogelijkheid bieden tot herstel gebrek in herplaatsingsonderzoek?*

De vraag is vervolgens of de kantonrechter die van oordeel is dat de werkgever in onvoldoende mate aan de herplaatsingsplicht heeft voldaan, de werkgever in de gelegenheid mag (of moet) stellen om alsnog een deugdelijk herplaatsingsonderzoek uit te voeren. De kantonrechter zou dan, zoals in de voorliggende procedure is gebeurd, de werkgever een instructie met die strekking kunnen geven. Het uitgangspunt van een ex-nunctoetsing staat op zichzelf niet in de weg aan een dergelijke instructie door de rechter. Ook als de rechter de werkgever in de gelegenheid stelt om aanvullend herplaatsingsonderzoek te verrichten, blijft immers sprake van een ex-nunctoetsing.

In de parlementaire geschiedenis van de Wwz is niet stilgestaan bij de vraag of de werkgever na het indienen van het verzoekschrift aanvullend onderzoek mag verrichten om alsnog aan de vereisten genoemd in artikel 7:671b lid 2 BW jo. art. 7:699 lid 1 BW te kunnen voldoen. Wel is in de memorie van toelichting het volgende te lezen: “Als hetgeen door de werkgever wordt aangevoerd onvoldoende grond voor ontslag biedt, zal de rechter de arbeidsovereenkomst niet ontbinden. Datzelfde geldt als er sprake is van een opzegverbod.” Deze formulering biedt steun aan de gedachte dat de werkgever reeds bij het indienen van het verzoekschrift voldoende moet hebben aangevoerd om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen komen.

Dit lijkt de A-G ook de juiste benadering. Bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek is het de taak van de rechter om terug te kijken naar de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóórdat het verzoek werd ingediend. Dat geldt allereerst voor de feiten en omstandigheden die ten grondslag zijn gelegd aan de ontslaggrond: kan daarop de conclusie

worden gebaseerd dat sprake is van (bijvoorbeeld) een verstoorde arbeidsverhouding? Daarbij zal in het algemeen geabstraheerd worden van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan ná het indienen van het ontbindingsverzoek. Zo zal de omstandigheid dat ná het indienen van het verzoek de verhoudingen nog meer (of: inderdaad) verstoord zijn geraakt, niet aan de werknemer kunnen worden tegengeworpen. Het indienen van een ontbindingsverzoek zal immers bijna per definitie leiden tot een verstoorde arbeidsverhouding, zodat op die manier, dus door het indienen van een ontbindingsverzoek, zou kunnen worden aangestuurd op een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het terugkijken geldt ook voor de beoordeling van het herplaatsingsonderzoek: heeft de werkgever de inspanning geleverd die in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van hem kon worden gevergd? Daarbij gaat het om de inspanningen voor herplaatsing van de werknemer die de werkgever heeft gedaan in de periode vóór het indienen van het ontbindingsverzoek (zij het dat de werkgever in dat kader vooruit moet kijken tot een korte periode na de rechterlijke uitspraak). In feite beoordeelt de rechter hiermee of de werkgever tijdens het dienstverband van de werknemer op dit punt aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Als de rechter, terugkijkend, tot het oordeel komt dat dat niet het geval is, dan zal het ontbindingsverzoek moeten worden afgewezen. Vergelijk ook de parlementaire geschiedenis: “Als in dit verband onder een «niet geheel voldragen» dossier wordt verstaan dat uit het dossier niet blijkt dat er een redelijke grond is voor ontslag (of aan de overige vereisten voor ontslag is voldaan) dan is het evident dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet zal kunnen ontbinden. Daar is in dat geval immers geen grond voor.”

Hierbij past niet dat de rechter de werkgever tijdens de procedure in de gelegenheid stelt om een ‘niet geheel voldragen dossier’ alsnog tijdens de procedure te repareren. Als de werkgever het niet eens is met de afwijzing van het ontbindingsverzoek, kan hij eventueel hoger beroep instellen en daar de gebreken trachten te repareren. In die situatie zal het hof in hoger beroep immers *ex nunc* toetsen of nu wél aan de wettelijke vereisten is voldaan. Dat volgt uit de al genoemde *Victoria*-beschikking.

#### *Oordeel*

De Hoge Raad heeft de klachten over de beschikking van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die beschikking. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van de beschikking van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 02-06-2023

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2023:825

**Zaaknummer:** 22/02190

**Rechters:** T.H. den Tanja-van Broek, C.H. Sieburgh, F.J.P. Lock, K. Teuben en F.R. Salomons

**Advocaten:** H.J.W. Alt en I.L.N. Timp

**Wetsartikelen:** 7:671b BW