

# ARBEID & RECHT

## Disfunctioneren: wie eist, bewijst

**De Wet werk en zekerheid (Wwz) heeft de mogelijkheden verruimd voor beroep en cassatie tegen uitspraken van kantonrechters in ontslagzaken. Sindsdien spreken gerechtshoven en de Hoge Raad zich steeds vaker uit over arbeidsrechtelijke kwesties. Een paar belangrijke lessen voor werkgevers.**

In de praktijk van AAVN-advocaten buigen we ons dagelijks over zaken waarin de werkgever vindt dat een werknemer niet goed functioneert. Wij spreken de zaak met de klant door, bestuderen de beschikbare informatie en maken een inschatting van de kansen en risico's voor als het tot een rechtszaak komt. Het gaat dan om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de zogenoemde d-grond: disfunctioneren. En aangezien rechters werkgevers niet op hun 'blauwe ogen' geloven, vragen we ook altijd na wat er precies op papier staat.

Op basis van mijn ervaring durf ik wel te stellen dat veel dossiers niet goed op orde zijn. Als we met zo'n dossier worden geconfronteerd, kijken we met de klant naar de passende vervolgstap. Dat is lang niet altijd de gang naar de rechter. Zeker niet sinds de wijzigingen in het ontslagrecht liefst 70 procent van de ontbindingsverzoeken wordt afgewezen. Vóór de invoering van de Wwz gebeurde dit maar beperkt.

Soms betekent dit in de praktijk dat er nog stappen te zetten zijn: een goed gesprek, een waarschuwing en/of een verbetertraject, al dan niet gecombineerd met opleiding, training of coaching. Een andere keer is mediation passend of kunnen we onderhandelen met de werknemer over een vertrekregeling. De mogelijkheden en acties verschillen van geval tot geval.

Een goede (continue) dialoog over het functioneren én een goede vastlegging daarvan is altijd van belang. Uit de Wwz-rechtspraak blijkt dat de oude, vervallen Beleidsregel van het UWV over disfunctioneren nog een handig hulpmiddel is voor werkgevers die willen nagaan wat zij bij de rechter aannemelijk moeten maken.

### 1-0 achter

De hoogste rechter in ons land, de Hoge Raad, doet hier met een recente uitspraak een schepje bovenop. Die sprak zich uit over de eis van het 'in kennis stellen' van een werknemer, en gaf aan hoe dat moet. We laten de details van de betreffende zaak voor wat ze zijn. Relevant is dat de kantonrechter de mening van de werkgever deelde dat de werknemer niet goed functioneerde. Maar het gerechtshof en de Hoge Raad dachten daar anders over. Of beter gezegd: zij vonden dat de werkgever het disfunctioneren onvoldoende had aangetoond. Die had, naar eigen zeggen, de werknemer meermaals mondeling gewaarschuwd dat zijn functioneren onder de maat was en zijn gedrag niet in orde. Hierover was niets vastgelegd in het dossier. De werknemer kon daarentegen aantonen dat hij

## Een hulpvraag van een medewerker niet beantwoord? Dan sta je als werkgever direct met 1-0 achter

meerdere malen per e-mail zijn werkgever had laten weten dat er problemen waren tussen hem en z'n collega's, en dat hij hiervoor om hulp had gevraagd. Dan sta je als werkgever natuurlijk al direct met 1-0 achter.

Het gerechtshof vond het onbegrijpelijk dat een werkgever die zo ontevreden was over het functioneren en de houding van een werknemer, daarover niets had vastgelegd. De Hoge Raad was het daarmee eens. Hierbij woog mee dat deze werkgever functionerings- en beoordelingsgesprekken voerde en deze ook vastlegde én dat hij bovendien over een bedrijfsjurist beschikte. Van een zorgvuldige werkgever had meer mogen worden verwacht, zeker als die echt heel ontevreden is. Als goed werkgever kun je goede dossieropbouw en gerichte waarschuwingen niet achterwege laten, aldus de hoogste rechters.

### Wat vastleggen?

Het vereiste van inkennisstelling van art. 7:669 lid 3 onder d BW houdt in dat de werknemer moet weten (en dus begrijpen) wat eraan schort, wat er van hem wordt verlangd en wat er op het spel staat. Dit vraagt duidelijkheid van de werkgever: duidelijke waarschuwingen wanneer het niet goed gaat. Hoe hij de medewerker precies in kennis stelt, hangt af van de omstandigheden. Dat daarvoor in de regel geen schriftelijke stukken nodig zijn, sluit niet uit dat die belangrijk kunnen zijn, soms zelfs doorslaggevend. Denk daarbij aan een situatie waarin mondelinge waarschuwingen geen effect sorteren.

In een waarschuwingsbrief kunt u dan verwijzen naar de eerdere gesprekken en mondelinge waarschuwingen. Want wie eist, bewijst. Let er hierbij ook op dat als u sanctiebeleid voert, u dit ook toepast. Wanneer de maat echt vol begint te raken, moet u de werknemer (ook) schriftelijk duidelijk maken dat het vijf voor twaalf is, dat hij zijn laatste kans krijgt én wat er gebeurt als hij die kans niet pakt.

### Lead

Kortom: leg vast! Positieve zaken en ontwikkeling, maar ook zaken die niet goed lopen. Zet daarbij helder op papier wat u van de werknemer verwacht, waarom het niet goed gaat en wat de werknemer kan doen om wel naar behoren te functioneren. U kunt niet van de werknemer verwachten dat hij zelf een verbeterplan maakt, wél dat hij meedenkt: de arbeidsrelatie is immers een wederkerige relatie waarvoor beide partijen zich moeten inzetten. Maar als werkgever bent u wel in de lead. ●

### Dossiermanagement

Op 12 maart 2019 organiseert AAVN weer de masterclass *Dossiermanagement en gesprekstechnieken*. Meer informatie op pagina 45.



**Astrid Zuidinga** is advocaat bij AAVN-advocaten

### Blog arbeidsrecht

Advocaten en juristen van AAVN informeren u over actuele arbeidsrechtelijke ontwikkelingen in hun blog op de website van AAVN