

fundamentele vrijheden (HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, rechtsoverweging 5.1).

5.58. De kantonrechter is van oordeel dat er in deze zaak mede gelet op de genoemde terughoudendheid onvoldoende redenen zijn om MBA te veroordelen in de werkelijke proceskosten die de werknemer heeft moeten maken. Daartoe overweegt de kantonrechter als volgt. Feit is dat in de arbeidsovereenkomst bepalingen zijn opgenomen, die het standpunt van de werkgever bepleitbaar maken: de bepaling over de 'completion' van het project en de rol van Dell daarin (namelijk dat Dell danwel EPO bepaalt, wanneer het project eindigt). Het is niet onbegrijpelijk dat MBA zich op deze bepalingen heeft proberen te beroepen. Het feit dat deze bepalingen achteraf juridisch onhoudbaar blijken te zijn (in verband met de onbepaalbaarheid daarvan), doet daar niet aan af.

5.59. Bovendien zijn de door de werknemer genoemde omstandigheden, een forse inkomensderving en overige financiële schade, waaronder minder opbouw van WW-rechten, reeds als gezichtspunt meegenomen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.

5.60. MBA zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden veroordeeld. Gelet op het voorgaande is er geen aanleiding voor een veroordeling in de werkelijk gemaakte proceskosten. De kantonrechter ziet gelet op de zwaarte van de zaak wel aanleiding om een hoger tarief toe te kennen dan gebruikelijk in verzoekschriftprocedures.

Verklaring voor recht met betrekking tot concurrentie- en relatiebeding

5.61. Nu de werkgever heeft verklaard zich niet op het concurrentie- en relatiebeding te zullen beroepen, heeft de werknemer aanleiding gezien om het verzoek dat hierop betrekking heeft in te trekken. Dit verzoek behoeft dus geen verdere bespreking meer.

6. De beslissing

De kantonrechter:

6.1. veroordeelt MBA om aan de werknemer een billijke vergoeding te betalen van € 25.000,=;

6.2. veroordeelt MBA om aan de werknemer een vergoeding wegens onregelmatige opzegging te betalen van € 2.741,94;

6.3. veroordeelt MBA tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de

werknemer tot en met vandaag vaststelt op € 1.928,=, te weten:

griffierecht € 486,=,

salaris gemachtigde € 1.442,=,

een en ander onverminderd de eventueel over deze kosten verschuldigde BTW;

6.4. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.5. wijst af het anders of meer verzochte.

21

Ontbinding; uitkering op grond van arbeidsvoorwaardenregeling Provincies.

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Utrecht

29 november 2019, nr. 7990517 UE VERZ
19-250 ip/1198, ECLI:NL:RBMNE:2019:5931
(mr. Pinckaers)

Noot mr. drs. M.P. Korevaar

Verstoorde arbeidsverhouding. Ontbinding op andere gronden in de zin van arbeidsvoorwaardenregeling Provincies. Gelijkaardige voorziening.

[BW art. 7:669 lid 3 sub g, 7:671c lid 2, 7:673b lid 1]

De werknemer is sinds 1 februari 2010 in dienst bij de werkgever. Per 1 februari 2015 is de werknemer geplaatst bij organisatie Y. Op 18 maart 2019 hebben de werknemer en X, directeur van organisatie Y, een verbeterplan voor de duur van minimaal zes maanden opgesteld. Op 19 april 2019 heeft X het verbeterplan eenzijdig stopgezet en aan de werknemer een beëindigingsvoorstel gedaan. De werknemer heeft hiertegen geprotesteerd. De werkgever verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair wegens disfunctioneren, subsidair wegens een verstoorde arbeidsverhouding. De werknemer stelt dat geen sprake is van een redelijke grond voor ontslag en verzoekt subsidair om ontbinding op de g-grond, waarmee zij aanspraak maakt op de aanvullende voorziening als bedoeld in de arbeidsvoorwaardenregeling, en een billijke vergoeding.

De kantonrechter overweegt dat het plan van aanpak zeer grote inspanningen van de werknemers vereist. De looptijd zou minimaal zes maanden bedragen, maar heeft in werkelijkheid slechts een maand geduurd en is door X eenzijdig beëindigd. De werknemers is daarmee onvoldoende in de gelegenheid gesteld haar functioneren te verbeteren. Om die reden kan niet worden gesteld dat sprake is van disfunctioneren. Wel is sprake van een verstoorde arbeidsverhouding, nu voldoende is aangetoond dat de verhouding tussen de werknemers en X volledig verstoord is geraakt. Ook is voldoende aangetoond dat er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. Ontbinding op de g-grond kwalificeert als een ontbinding op andere gronden in de zin van de arbeidsvoorwaardenregeling, nu uit de toelichting blijkt dat van ontslag op andere gronden gebruik wordt gemaakt indien sprake is van een verstoorte arbeidsverhouding. Daarmee heeft de werknemers aanspraak op de aanvullende voorziening, welke kwalificeert als gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b lid 1 BW. Hoewel de werkgever het verbetertraject niet eenzijdig had mogen beëindigen, is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Daarmee wordt het verzoek om de billijke vergoeding afgewezen.

NB. De werknemers werkte als werknemer bij een overheidsorgaan, maar viel wel onder een ambtelijke rechtspositieregeling. Vanaf 1 januari 2020 is deze regeling vervangen door de Cao Provinciale Sector. Bij een ontbinding op grond van disfunctioneren had de werknemers op grond van de rechtspositieregeling geen recht gehad op een bovenwettelijke uitkering. Bij ontbinding op andere gronden in de zin van de regeling is dat wel het geval. De arbeidsrechtelijke g-grond is hier dus in feite een ambtenaarrechtelijke h-grond. Daarmee is deze zaak een aardig voorbeeld van de perikelen waartoe de Wvra kan leiden.

De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid *Interprovinciaal Overleg* te Den Haag, verder ook te noemen IPO, verzoekende partij, gemachtigde: mr. J.C. Brökling, tegen de werknemers te (...), verwerende partij, gemachtigde: mr. H.S. Snijders.

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten waarvan de kantonrechter uit gaat

2.1. De werknemers, geboren op (...) 1961, is op 1 februari 2010 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van IPO. Zij vervulde aanvankelijk de functie van projectleider GBO Provincies bij de afdeling Platform en Belangenbehartiging. Per 1 februari 2015 heeft IPO de werknemers geplaatst (niet tijdelijk, maar vast) bij de organisatie (...) in (...). De werknemers is de functie van Manager GBO gaan vervullen. Er is sprake van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Op de overeenkomst is de Arbeidsvoorwaarden Regeling IPO (AVIPO) van toepassing.

2.2. GBO is de gemeenschappelijke organisatie die provincies faciliteert met bepaalde diensten zoals het beheer van landelijke informatiesystemen. Bovendien fungeert GBO als intermediair voor provincies en andere overheden bij vraagstukken op het gebied van informatievoorziening en datamanagement. De organisatie (...) is opgericht per 1 januari 2014 in verband met het besluit van het Rijk om de natuurtaken te decentraliseren en over te hevelen naar de provincies. GBO is een onderdeel van de organisatie geworden.

2.3. Het salaris van de werknemers bedraagt vanaf augustus 2019 € 6.818,50 bruto per maand, vermeerderd met 8% vakantietoeslag, 8,3% eindejaarsuitkering en 2,67% bovenwettelijke vakantie-uren.

2.4. De werknemers was lid van het management team (mt) van de organisatie. X was dat ook. In 2018 is X gepromoveerd tot directeur. Sindsdien rapporteert de werknemers aan X.

2.5. Op 18 maart 2019 hebben de werknemers en X een 'Plan van Aanpak (...)' ondertekend. De looptijd van dit verbeterplan was zes maanden. Deel A zag op de verbetering van de organisatie van GBO, deel B op persoonlijke verbeterpunten van de werknemers.

2.6. Op 19 april 2019 heeft X het verbeterplan stopgezet en aan de werknemers een voorstel voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedaan. Met een brief van 6 mei 2019 heeft de werknemers hiertegen geprotesteerd. Op 9 mei 2019 heeft X bericht dat het verbetertraject definitief is gestaakt.

2.7. De werknemers is met ingang van 15 mei 2019 vrijgesteld van werk met behoud van salaris.

2.8. Met een brief van 1 juli 2019 heeft mr. C, algemeen directeur van IPO, aan X geschreven dat IPO de mogelijkheden voor herplaatsing van de werknemster breed heeft onderzocht, maar niet gevonden.

2.9. De opzegtermijn voor IPO is twee maanden.

2.10. Op grond van artikel B.15 van de AVIPO volgen partijen de algemeen verbindende voorschriften inzake voorzieningen bij werkloosheid in aanvulling op de Werkloosheidswet van de provincie Zuid-Holland. Dat zijn op dit moment de 'Regeling aanvullende voorziening bij werkloosheid' (Regeling AVW) en de 'Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling Provincies' (CAP 2018).

2.11. De voorzieningen bij werkloosheid van de provincie Zuid-Holland zijn een gelijkwaardige voorziening als bedoeld in artikel 7:673b lid 1 BW.

2.12. De tekst van artikel 2 lid 3 van de Regeling AVW luidt als volgt:

"De ambtenaar die ontslag op grond van Artikel B.9, onderdeel o, van de CAP is verleend heeft recht op een aanvullende voorziening die naar het oordeel van Gedeputeerde Staten met het oog op de omstandigheden redelijk is te achten. Deze voorziening is in geen geval minder dan de aanspraak bij reorganisatieontslag."

2.13. De CAP is in 2018 gewijzigd. Daardoor zijn de ontslaggronden niet meer in artikel B9, maar in artikel 11.1 van de CAP te vinden. Inhoudelijk zijn de gronden niet, althans niet voor zover in deze zaak van belang, gewijzigd. In onderdeel o staat en stond dat ontslag kan worden verleend op *andere* dan de onder a tot en met n genoemde gronden. De CAP zal met ingang van 1 januari 2020 wederom wijzigen.

2.14. De werknemster zal op (...) 2020 de leeftijd van 59 jaar bereiken. Die leeftijd is van belang voor de duur van de voorzieningen bij werkloosheid overeenkomstig de Regeling AVW 2017 en CAP 2018.

2.15. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland heeft de uitvoering van de Regeling AVW en de CAP gemandateerd aan APG (de uitvoeringsorganisatie van het ABP). IPO is eigen risicodragers voor de voorzieningen in geval van werkloosheid.

3. Het verzoek en het verweer

3.1. IPO verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op grond van het bepaalde in artikel 7:671b lid 1 onder a en artikel 7:669 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW), primair op de

d-grond van laatstgenoemd artikel, subsidiair op de g-grond. Volgens IPO zijn beide gronden vol-dragen en is herplaatsing van de werknemster niet mogelijk.

3.2. IPO verzoekt verder voor recht te verklaren dat aan de werknemster geen transitievergoeding is verschuldigd, althans een transitievergoeding voorwaardelijk toe te kennen voor het geval dat zij bij werkloosheid geen aanspraak zal kunnen maken op een aanvullende voorziening als bedoeld in de Regeling AVW. Tijdens de zitting heeft IPO toegelicht dat zij ontbinding wenst per 1 januari 2020. Volgens IPO is de ontslaggrond van belang voor de vraag of de werknemster aanspraak heeft op een aanvullende voorziening. Zij stelt dat de werknemster die aanspraak in ieder geval niet heeft bij ontbinding op de d-grond. IPO heeft aangevoerd dat de werknemster alleen aanspraak kan maken op een bovenwettelijke uitkering indien een ontslag op de g-grond van artikel 669 lid 3 BW kwalificeert als een ontslag als bedoeld in artikel 2 lid 3 van de Regeling AVW en artikel 11.4.1 lid 3 van de CAP 2018. Volgens IPO is dat twijfelachtig en kan daarover in deze procedure geen beslissing worden genomen. IPO stelt dat APG daarover moet beslissen.

3.3. IPO voert ter onderbouwing van de redelijke gronden voor ontslag aan dat de werknemster al langere tijd niet voldoende functioneerde, dat een verbeterplan moeizaam tot stand is gekomen en uiteindelijk in maart 2019 is ondertekend, maar dat dit plan kort daarna al weer is gestrand omdat de werknemster onvoldoende heeft meegewerkt. De manier waarop de werknemster zich is gaan verzetten tegen het verbeterplan en de manier waarop zij zich in mt-overleggen heeft opgesteld, heeft volgens IPO vervolgens ook tot een verstoorte arbeidsrelatie geleid. IPO stelt dat de vrijstelling van werk een noodzakelijke ordemaatregel is geweest.

3.4. De werknemster voert verweer. Zij stelt zich primair op het standpunt dat geen redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat. Voor het geval de arbeidsovereenkomst toch zou worden ontbonden, verzoekt de werknemster om ontbinding op de g-grond per 1 april 2020. De werknemster verzoekt daarbij toekenning van de voorziening als bedoeld in artikel 11.4.2 lid 2 van de CAP in plaats van de transitievergoeding. Zij verzoekt ook, zo nodig bij wijze van billijke vergoeding, toekenning van de verlengde nawettelijke uitkeringsvoorziening

voor personen van 59 jaar en ouder als bedoeld in artikel 11.4.2 lid 3 van de CAP.

3.5. De werknemster erkent dat de verhouding met haar leidinggevende en directeur van de organisatie X duurzaam verstoord is geraakt. Zij vindt het vreselijk dat het haar hierdoor niet gegeven is om na al die jaren met haar 'poten in de modder' als manager voor GBO te blijven werken en de organisatie 'volwassen' te zien worden. Volgens de werknemster heeft X onvoldoende oog gehad voor de cultuurverschillen tussen GBO en de overige units van de organisatie en heeft zij de werknemster, en daarmee GBO, onterecht aangewezen als zondebok voor het fiasco met de SNL-applicatie. De werknemster verwijt X ook dat zij haar een behoorlijk belastend en intensief verbetertraject heeft opgelegd en dat traject – onder het mom van het argument dat de werknemster zou hebben uitgedragen het nut er niet van in te zien – na één maand al eenzijdig heeft afgekept. Volgens de werknemster heeft X haar geen eerlijke kans gegeven en doelbewust aangestuurd op haar vertrek. De werknemster vindt het ernstig verwijtbaar dat geen serieuze herplaatsingsinspanningen hebben plaatsgevonden. Volgens de werknemster was dat goed mogelijk geweest, bij de organisatie in (...) of bij IPO in Den Haag. Zij heeft in dat verband gewezen op haar 35-jarige ervaring in (semi-)overheidsdienst.

3.6. IPO heeft betwist dat zij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

4. De beoordeling

4.1. Uitgangspunt bij de beoordeling van het verzoek van IPO is dat de werkgever op grond van het bepaalde in artikel 7:671b BW de kantonrechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van een redelijke grond. IPO heeft primair aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat sprake is van disfunctioneren (d-grond) en subsidiair dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond). Op grond van artikel 7:671b lid 2 BW dient de kantonrechter te onderzoeken of aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst is voldaan en – daarmee – of deze redelijke grond de verzochte ontbinding kan dragen.

4.2. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:671b lid 2 BW is onderzocht of een opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670 BW of enig ander opzegverbod geldt. Dit is niet het geval.

4.3. Over de vraag of de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden, wordt het volgende overwogen.

4.4. Het staat vast dat de werknemster haar functioneren diende te verbeteren. Daartoe hebben partijen in maart 2019 een plan van aanpak ondertekend. Dit plan was pagina's lang en zeer uitdagend. Het zag niet alleen op het persoonlijk functioneren van de werknemster, maar ook op de wijze waarop de unit GBO functioneerde binnen de organisatie. Het plan vereiste van de werknemster zeer grote inspanningen. De looptijd zou minimaal zes maanden bedragen. In werkelijkheid heeft het plan slechts een maand gelopen en is het door X eenzijdig beëindigd. De looptijd is naar het oordeel van de kantonrechter zo kort geweest dat de werknemster onvoldoende in de gelegenheid is gesteld haar functioneren te verbeteren. Om die reden kan niet geoordeeld worden dat sprake is van ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid. De stelling van IPO dat de werknemster het plan niet wilde uitvoeren, en dat de situatie op het werk onhoudbaar was geworden, kan niet als juist worden aanvaard. De werknemster heeft zich tijdens het gesprek van 22 maart 2019 met X en B, alsmede tijdens de mt-vergadering van 10 april 2018 mogelijk onvoldoende kunnen beheersen en haar frustraties de vrije loop gelaten. Dat is onverstandig geweest, maar zij heeft daarvoor wel excuses aangeboden. Een goed werkgever moet enig begrip kunnen opbrengen voor emotioneel gedrag dat voortkomt uit de spanning die een verbeterplan kan veroorzaken. Gelet op de grote uitdagingen waarvoor het plan de werknemster stelde, was het ook helemaal niet gek dat de werknemster twijfelde aan de haalbaarheid.

4.5. De arbeidsovereenkomst kan dus niet worden ontbonden op de d-grond. Maar dat kan wel op de g-grond. De arbeidsverhouding tussen partijen is namelijk zodanig verstoord dat van IPO in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Voor dat oordeel is in de eerste plaats van belang dat de verhouding tussen de werknemster en X volledig verstoord is geraakt. Dat is tussen partijen ook niet in geschil. Daar komt bij dat IPO voldoende aanmerkelijk heeft gemaakt dat ook het mt van de organisatie het vertrouwen in de capaciteiten van de werknemster heeft verloren. Daardoor kan de werknemster niet terugkeren in haar eigen functie.

4.6. Volgens de werkneemster heeft X bewust aangestuurd op haar vertrek door een verstoorde arbeidsrelatie te creëren. Die stelling wordt verworpen. Het staat namelijk vast dat al langere tijd sprake was van een verschil van inzicht tussen de werkneemster en X over de positionering van GBO binnen de organisatie. De werkneemster vindt dat GBO een zelfstandige positie moet kunnen innemen en vindt dat X de cultuurverschillen tussen deze unit en de overige units van de organisatie meer moet respecteren. X vindt dat GBO meer moet integreren in de organisatie van de organisatie en meer moet functioneren zoals de andere units. Het staat verder vast dat een belangrijk software-project onder leiding van de werkneemster is mislukt en dat de uitkomst van het medewerker-tevredenheidsonderzoek over de manier van leidinggeven binnen de unit GBO slecht was. Daarbij komt dan nog dat de samenwerking in het mt al langere tijd niet naar wens verliep. De arbeidsverhouding is dus niet alleen verstoord geraakt door het afbreken van het verbetertraject. Het vroegtijdig afbreken van dit traject heeft daaraan wel bijgedragen.

4.7. IPO heeft voldoende aangetoond dat de werkneemster niet herplaatst kan worden. Zij heeft tijdens de mondelinge behandeling toegelicht dat er in haar organisatie weinig vaste functies zijn (bij de organisatie 73 fte, bij IPO 42 fte). Zij heeft ook toegelicht dat er weinig functies zijn (rond) de hoge schaal 14. De werkneemster heeft een aantal functies waarin zij herplaatst zou kunnen worden met name genoemd. IPO heeft voldoende toegelicht dat deze functies ofwel niet vacant zijn, ofwel tijdelijk zijn (en voor de duur van een project worden vervuld door vaste medewerkers van provincies), ofwel niet passen bij het salarisniveau van de werkneemster of de verstoorde relatie binnen de organisatie.

4.8. Op grond van het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat de arbeidsovereenkomst op de g-grond ontbonden kan worden. Hierna zal de kantonrechter beoordelen of de werkneemster een aanspraak heeft op de aanvullende voorzieningen bij werkloosheid van de provincie Zuid-Holland. Dat is iets anders dan vaststellen of zij aan de voorwaarden voldoet om het recht op een uitkering te laten ingaan. Die vaststelling is voorbehouden aan APG.

4.9. Ontbinding op de g-grond kwalificeert naar het oordeel van de kantonrechter als een ontbinding op *andere* gronden in de zin van Artikel B.9

onder o van de oude CAP waarnaar de Regeling AVW 2017 verwijst. Dit blijkt uit de bewoordingen van Artikel B.9 zelf. De werkneemster heeft de officiële toelichting op de o-grond van dit artikel overgelegd als onderdeel van productie 39. In die toelichting staat met zoveel woorden dat van het ontslag op andere gronden van onderdeel o gebruik gemaakt wordt als er sprake is van verstoorde arbeidsverhoudingen. Er zijn geen aanwijzingen dat de inwerkingtreding van de CAP 2018 verandering heeft gebracht in de betekenis van de o-grond. De CAP 2020 zal dat wel doen. Dat hebben partijen tijdens de mondelinge behandeling toegelicht. De CAP 2020 is aangepast aan de inwerkingtreding per 1 januari 2020 van de Wet Normalisering Rechtspositie Ambtenaren (WNRA). In de tekst van de CAP 2020 komt te staan dat alleen de ontslaggronden a, b en h als omschreven in artikel 669 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek een aanspraak geven op een bovenwettelijke voorziening bij werkloosheid. Aan de toekomstige CAP kan IPO echter geen argument ontlenu op grond waarvan de werkneemster ook nu al geen aanspraak meer zou hebben op een bovenwettelijke uitkering. De WNRA en de CAP 2020 zullen namelijk niet van toepassing worden op de arbeidsovereenkomst tussen partijen. Die arbeidsovereenkomst zal op grond van deze beschikking niet meer bestaan in 2020. Gelet op de opzegtermijn van twee maanden, de duur van deze procedure en de datum van de beschikking zal de kantonrechter het einde van de arbeidsovereenkomst namelijk op 1 januari 2020 bepalen.

4.10. Er is geen reden om het einde van de arbeidsovereenkomst op 1 april 2020 te bepalen, zoals de werkneemster heeft verzocht. Haar stelling dat IPO ernstig verwijtbaar heeft gehandeld kan niet als juist worden aanvaard. De kantonrechter kan daarom niet beslissen om de procedu-retijd buiten beschouwing te laten. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan slechts worden aangenomen in uitzonderlijke gevallen, waarin evident is dat het handelen of nalaten van de werkgever ernstig verwijtbaar is. Ernstige verwijtbaarheid moet namelijk een duidelijk criterium opleveren, zodat partijen zoveel mogelijk buiten de rechter om het ontslag kunnen regelen. Een té genuanceerd systeem met 'verschillende gradaties van verwijtbaarheid' past daarbij niet. Het is daarom niet de bedoeling dat de rechter precies uitpluist in welke mate werkge-

ver en werknemer over en weer schuld hebben aan het ontslag. Werknemer of werkgever (afhankelijk van de vraag om wiens ernstige verwijtbaarheid het gaat) moeten 'fors de fout' in zijn gegaan (vergelijk de conclusie van de AG bij Hoge Raad 8 november 2019, Cicero Zorggroep, ECLI:NL:HR:2019:1720). Naar het oordeel van de kantonrechter had X het verbetertraject niet eenzijdig mogen beëindigen. Maar hiervoor is al overwogen dat de verstoring van de arbeidsrelatie niet alleen door het afbreken van het verbetertraject is veroorzaakt. Ook omstandigheden die in de risicosfeer van de werknemster liggen hebben daaraan bijgedragen. De stelling dat IPO ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door de werknemster niet te herplaatsen gaat ook niet op.

4.11. Omdat het handelen van IPO niet kwalificeert als ernstig verwijtbaar zal het verzoek van de werknemster om aan haar bij wijze van billijke vergoeding de aanvullende voorzieningen bij werkloosheid toe te kennen die gelden voor 59-jarigen ook worden afgewezen.

4.12. Gelet op de aard van het geschil worden de proceskosten gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen vanwege een verstoorde arbeidsverhouding;

5.2. bepaalt het einde van de arbeidsovereenkomst op 1 januari 2020;

5.3. verklaart voor recht dat de werknemster op grond van artikel 2 lid 3 van de Regeling AVW en artikel 11.4.1 van de CAP jegens IPO aanspraak heeft op aanvullende voorzieningen bij werkloosheid en daarom geen recht heeft op de wettelijke transitievergoeding;

5.4. bepaalt dat de duur van de aanvullende voorzieningen voor de werknemster blijkt uit artikel 3 lid 2 van de Regeling AVW en artikel 11.4.2 van de CAP;

5.5. wijst af het meer of anders verzochte;

5.6. compenseert de proceskosten in die zin, dat partijen de eigen kosten dragen.

NOOT

Gestoei over bovenwettelijke uitkeringsrechten
Hoewel de Wnra nog niet in werking was getreden ten tijde van deze uitspraak, geeft deze uit-

spraak een aardige 'voorsmaak' van specifieke vragen die zullen spelen in zaken over ambtenaren. De werkgever, het IPO, is formeel geen overheidswerkgever en daarom had de werknemer geen ambtelijke aanstelling maar een arbeidsovereenkomst, terwijl wel bepalingen uit de ambtelijke rechtspositieregeling voor de provincies (CAP) van toepassing waren. Dat blijkt lastig te zijn, net zo goed als de omzetting van de CAP in de cao Provinciale Sector, die nu (vanaf 1 januari 2020) geldt.

De d-grond of de g-grond

Dat de arbeidsovereenkomst, vanwege een te kort verbetertraject, niet wordt ontbonden op de d-grond maar wel op de g-grond, lijkt op de door de Hoge Raad goedgekeurde 'Asscher-escape' (HR 30 november 2018, «JAR» 2019/15, m.nt. Vegter) maar niet in een 'zuivere vorm' omdat de kantonrechter overweegt dat de verstoring van de arbeidsrelatie niet alleen door het afbreken van het verbetertraject is veroorzaakt. Afgaande op de feiten in deze zaak lijkt dat een redelijke benadering. De vraag rijst wel wat redelijk is wanneer het aan de houding van de werknemer ligt dat er geen verbetertraject mogelijk is. Opmerkelijk is dat al lang voor de Hoge Raad en de wetgever zich daarover uitlieten, in de jurisprudentie van de CRvB was uitgemaakt dat er uitzonderlijke situaties zijn, waarin het bieden van een verbeterkans bij een disfunctionerende medewerker achterwege gelaten kan worden. Als dat aan de houding van de werknemer ligt, is volgens de CRvB een ontslag wegens disfunctioneren mogelijk en hoeft dus niet uitgeweken te worden naar een andere grond (CRvB 23 augustus 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY8059). Die redenering volgt ook het Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5861. Deze vragen zijn temeer van belang als het voor de uitkeringsrechten van de werknemer op grond van de cao verschil maakt op welke grond wordt ontbonden, zoals geldt voor de cao Provincies.

De rol van de kantonrechter bij het beoordelen van bovenwettelijke uitkeringsrechten

Als de kantonrechter op de d-grond ontbonden zou hebben, zou de werknemer volgens de toepasselijke provinciale regeling geen aanspraak gehad hebben op een bovenwettelijke uitkering. Het IPO twijfelde zelf hoe dat zat bij een ontbinding op de g-grond. De toepasselijke regeling

verwees naar een ontslag 'op overige gronden'. Het IPO was zelf betrokken bij de totstandkoming van de cao Provinciale Sector en daar is een ontslag 'op overige gronden' vertaald in een ontbinding op de h-grond (art. 10.4.1 van de cao). Tenzij dit wordt gewijzigd, bestaan dus bij een ontbinding op de g-grond volgens de nieuwe cao geen bovenwettelijke uitkeringsaanspraken. De kantonrechter lijkt daar in ieder geval van uit te gaan. Uitgaande van de heldere tekst kan een interpretatie conform de cao norm moeilijk tot een andere conclusie leiden. Bijzonder is dat wel omdat de vertaling van een vergelijkbare bepaling in de sector gemeenten een heel andere uitkomst heeft gekregen. Daar is de bepaling voor de uitkeringsregeling bij een ontslag op overige gronden juist vertaald naar een ontslag 'wegens verstoorde verhoudingen' (art. 10.24 van de cao gemeenten). Bij de provincies zijn er dus nu bijzondere uitkeringsaanspraken bij een ontbinding op de h-grond (en niet op de g-grond) en bij de gemeenten is het precies andersom. Begrijpelijk is dat de kantonrechter stelt dat de werkgever geen rechten kon ontleen aan de toekomstige 'CAP' (bedoeld wordt: de ten tijde van de uitspraak nog toekomstige cao Provinciale Sector) en dat deze een ontbinding op de g-grond gelijkstelt aan een ontslag 'op andere gronden'. Dat leverde de werknemer nog een bovenwettelijke uitkering op, terwijl dat dus volgens de huidige cao-tekst niet zou gelden. Terecht stelt de kantonrechter vast dat onder het ambtenarenrecht van het ontslag 'op andere gronden' gebruikt gemaakt kon worden bij verstoorde arbeidsverhoudingen. Voor het gebruik van die ontslaggrond konden er overigens ook 'andere gronden' dan verstoorde verhoudingen zijn (bijv. CRvB 9 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1655). Als de cao partijen bij de provincies en de gemeenten hebben bedoeld om de oude regeling in de nieuwe cao te vertalen, was dus bij beide cao's een keus voor zowel de g-grond als de h-grond een betere vertaling geweest. Het zou in de rede hebben gelegen daar ook de i-grond bij te betrekken. Nu zou een ontbinding op deze grond voor de werkgever zelfs gunstiger kunnen zijn omdat de kosten van 1,5 keer de transitievergoeding vaak minder zullen zijn dan de kosten van een bovenwettelijke uitkering. Er is echter niet alleen de vraag welke ontbindingsgrond aanspraak geeft op een bovenwettelijke uitkering maar ook wat die uitkeringsrege-

ling dan in moet houden. Dat lijkt de kantonrechter niet helemaal goed gezien te hebben. Er staat immers dat de ambtenaar bij ontslag op grond van art. 11.1.1, onder o. van de CAP recht heeft op een aanvullende voorziening 'die naar het oordeel van Gedeputeerde Staten met het oog op de omstandigheden redelijk is te achten'. Deze voorziening is in geen geval minder dan de aanspraak bij reorganisatieontslag maar die kan dus ook méér zijn dan het (standaard) recht op een bovenwettelijke uitkering. Daarom had de kantonrechter het verzoek om een ruimere regeling toe te kennen eerst in dat kader moeten beoordelen. Door meteen de koppeling te maken naar de billijke vergoeding, is alleen getoetst of sprake was van ernstig verwijtbaar handelen. Die voorwaarde staat niet in de genoemde bepaling (ook niet in de huidige cao-tekst). De werkgever dient een passende regeling te treffen en de rechter kan en moet beoordelen of dat een passende regeling is. Juist daarom heeft de Centrale Raad van Beroep de zogenaamde CRvB-formule ontwikkeld voor de vraag of er recht is op een 'plus' boven de normale uitkeringsrechten bij een ontslag 'op overige gronden'. Civiele rechters zijn niet gebonden aan deze jurisprudentie maar zij zullen er niet aan ontkomen om desgevraagd een oordeel te geven over de passendheid van de regeling bij een ontbinding op de g-grond en/of de h-grond. Het criterium daarvoor is 'redelijkheid'. Pas daarna komt nog de vraag over een billijke vergoeding aan de orde, met als criterium 'ernstige verwijtbaarheid'. De vraag welke ontbindingsgrond wordt gekozen en welke rechten daarbij horen krijgt door de overgang van ambtenaren naar het arbeidsrecht geheel nieuwe dimensies.

mr. drs. M.P. Korevaar
advocaat/salary partner bij Capra Advocaten te
Zwolle

22

Discriminatie door niet compenseren van samenloop zwangerschapsverlof met schoolvakanties

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Utrecht

31 december 2019, nr. 7575887 UC EXPL
19/2178

(mr. Krepel)

Discriminatie. Zwangerschapsverlof. Samenloop met schoolvakanties. Dagen tijdens zwangerschapsverlof zijn geen vakantie.

[BW art. 7:646 lid 1 en lid 5; Wazo art. 3:4]

De werkneemster is sinds 1 augustus 2011 in dienst als docent biologie voor 0,6 fte op een scholengemeenschap. Op haar arbeidsovereenkomst is de cao voor het voortgezet onderwijs 2016-2017 van toepassing. De werkneemster is op 8 september 2017 met zwangerschapsverlof gegaan en aansluitend met bevallingsverlof. Deze periode viel samen met de herfstvakantie (14 oktober-22 oktober 2017) en de kerstvakantie (23 december 2017-7 januari 2018). De werkneemster heeft conform de cao verzocht om compensatie in vakantiedagen. De werkgever heeft het verzoek afgewezen.

De kantonrechter overweegt dat het beroep van de werkgever op diverse arresten van de Hoge Raad hem niet kan baten, alleen al vanwege het feit dat de tekst van de cao inmiddels op een relevante punt is gewijzigd. Waar de Hoge Raad over de oude cao oordeelde dat geen sprake was van verboden onderscheid, staat er nu in de cao geen seksenutrale formulering meer, maar de bepaling dat de vrouwelijke werknemer bij samenloop van verlof met de zomervakantie wél wordt gecompenseerd, maar bij samenloop met andere schoolvakanties niet. Er is daarmee sprake van direct onderscheid naar geslacht. Dat sprake is van verboden onderscheid volgt ook uit het Gómez-arrest van het HvJ EG, waarin is bepaald dat een werkneemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedu-

rende haar zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het hele personeel. Ook is de uitsluiting van het recht op compensatie in strijd met art. 3:4 WAZO. Dit artikel bepaalt dat dagen waarop de werknemer de arbeid niet verricht wegens zwangerschapsverlof niet aangemerkt kunnen worden als vakantie. Daarbij is niet van belang dat een leerkracht meer vakantiedagen heeft dan het wettelijk minimum. De parlementaire geschiedenis bij art. 3:4 WAZO is in dit opzicht onjuist, want achterhaald door het Gómez-arrest. De werkgever wordt veroordeeld tot toekenning van de vakantieaanspraken die de werkneemster door haar verlof niet heeft kunnen genieten.

NB. Deze uitspraak lijkt, ondanks de gewijzigde tekst van de cao, niet aan te sluiten bij de uitspraken van de Hoge Raad over de samenloop van zwangerschapsverlof en vakantie in het onderwijs (HR, «JAR» 2002/207 en «JAR» 2007/93; zie ook Ktr. Eindhoven, «JAR» 2019/28). De uitspraak is echter, anders dan de arresten van de Hoge Raad, in lijn met het Unierecht, waaruit onomstotelijk volgt dat – in elk geval waar het de wettelijke vakantiedagen betreft – vakantiedagen die in het zwangerschapsverlof vallen, gecompenseerd moeten worden. Zie hierover met name HvJ EG, «JAR» 2004/86 (Merino Gómez).

De werkneemster te (...),
eisende partij,
gemachtigde: mr. J.L. Aarts,
tegen
de stichting,
Stichting Katholiek Voortgezet Onderwijs 'De Breul' te Zeist,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. M.R.A. Dekker.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. De werkneemster is bij De Breul in dienst getreden op 1 augustus 2011. Zij is werkzaam als docent biologie met een aanstelling van 0,6 fte op drie dagen per week. De werkneemster verricht haar werkzaamheden op scholengemeenschap De Breul in Zeist. Op haar arbeidsovereenkomst is de