

ECLI:NL:GHDHA:2017:2654

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-09-2017
Datum publicatie	23-10-2017
Zaaknummer	200.207.360/01
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	expat, ontbinding arbeidsovereenkomst, h-grond, herplaatsing?, Ontslagregeling, voorrang? weigeren passende functie?
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 2 Burgerlijk Wetboek Boek 2 24b Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 248 Burgerlijk Wetboek Boek 7 Burgerlijk Wetboek Boek 7 669 Burgerlijk Wetboek Boek 7 683 Ontslagregeling Ontslagregeling 9
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2017-1287 JAR 2017/289 AR 2017/5484

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.207.360/01

Zaaknummer rechtbank : 5218578 HA VERZ 16-135

beschikking van 19 september 2017

inzake

[naam] ,

wonende te [woonplaats] ,
verzoeker in principaal hoger beroep,
verweerder in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: [verzoeker] ,
advocaat: mr. D. Schuurman te Dordrecht,

tegen

Shell International Exploration and Production B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,
verweester in principaal hoger beroep,
verzoekster in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: SIEP,
advocaat: mr. J.H. Even te Rotterdam.

Het geding

Bij verzoekschrift van 12 januari 2017 is [verzoeker] in hoger beroep gekomen van de door de rechtbank Rotterdam team kanton, locatie Dordrecht sector kanton tussen partijen gewezen beschikking van 13 oktober 2016

Bij memorie van grieven met een productie heeft [verzoeker] zes grieven aangevoerd. Bij verweerschrift in hoger beroep met producties heeft SIEP de grieven bestreden en tevens voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld. [verzoeker] heeft bij verweerschrift in hoger beroep verweer gevoerd tegen het voorwaardelijk incidenteel beroep.

Ter zitting van het hof op 14 april 2017 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Hiervan is proces verbaal gemaakt. Uitspraak is bepaald op heden.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

- 1.1 [verzoeker] , geboren op [geboortedatum] 1955, is van 15 augustus 1975 tot mei 1993 in dienst geweest van Shell Tankers B.V. (hierna: Shell Tankers), laatstelijk in de functie van Chief Officer. Shell Tankers is een vennootschap die behoort tot het zogenaamde Shell concern.
- 1.2 [verzoeker] is na mei 1993 tot 15 augustus 2015 als "*expatriate*" (hierna: expat) werkzaam geweest voor verschillende vennootschappen van het Shell concern.
- 1.3 De rechtspositie van de expat is geregeld in de binnen het concern geldende "*Long Term International Assignment Policies*" (hierna: LTIA-regeling), kort samengevat als volgt.
- 1.3.1. Werknemers worden vanuit hun "*Base Country*" (het land waar zij zijn gerekruteerd) naar een "*Host Country*" (het tijdelijk werkland) uitgezonden om voor een beperkte periode aldaar werkzaamheden te verrichten om daarna weer terug te gaan naar hun Base Country, of een andere – nieuwe – Host Country. Een uitzending is per definitie steeds tijdelijk. Van de expat wordt dan ook mobiliteit verwacht.
- 1.3.2. Gedurende de periode in de Host Country ontvangt de expat financieel aantrekkelijke arbeidsvoorwaarden: de IBAS-voorwaarden. Deze voorwaarden zijn op zodanige wijze vorm gegeven dat de expat zijn doorlopende kosten voor bijvoorbeeld zijn woning in zijn Base Country kan blijven voldoen, om op die wijze de terugkeer zo makkelijk mogelijk te maken. Ook is voorzien in diverse toeslagen, zoals voor het in stand houden van de gewenste levensstandaard in de Host Country en zijn er bijzondere pensioen- en belastingvoorzieningen. Hiermee wordt de uitzending voor de expat financieel aantrekkelijk gemaakt. Met de IBAS-voorwaarden beoogt Shell de van de expat verlangde mobiliteit en zijn daarmee samenhangende carrière-risico's te compenseren.
- 1.3.3. Bij uitzending wordt de arbeidsovereenkomst van de expat in de Base Country beëindigd en treedt de expat op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van een Shell vennootschap in de Host Country. De laatste arbeidsovereenkomst eindigt aan het einde van de uitzendtermijn. Reeds voor het einde van de uitzendtermijn wordt het proces van vertrek naar de Base Country (of een nieuwe Host Country) ingezet en kan de expat deelnemen aan het systeem van "*Managed Open Resourcing*" (hierna: MOR). De MOR vindt vier keer per jaar plaats in periodieke collectieve interne sollicitatierondes (*batches*). Deze sollicitatierondes worden gefaciliteerd op een geavanceerd technisch online platform wereldwijd. Op dit platform worden alle interne vacatures – waaronder expat posities - binnen het Shell concern kenbaar gemaakt. Expats hebben toegang tot dit systeem, waarop zij hun cv kunnen plaatsen en vanuit hun eigen specifieke wensenprofiel intra-concern naar nieuwe functies kunnen zoeken. Daarbij verlangt Shell van de werknemer in hoge mate een eigen verantwoordelijkheid voor (het verloop van) de carrière.
- 1.3.4. Mocht onverhoopt herplaatsing niet binnen drie maanden na het einde van de uitzending lukken, bijvoorbeeld omdat er te weinig activiteit is in de Base Country, terwijl ook geen nieuwe Host Country kan worden gevonden, dan krijgt de expat in de Base Country een arbeidsovereenkomst voor een lokaal gebruikelijke termijn aangeboden. Voor expats met Base Country Nederland die er niet in slaagden een nieuwe functie te vinden gold in de periode 1 januari 2012 tot 30 juni 2016 de *Overtolligheidsregeling 2012-2016* (hierna: de LOR 2012). Op grond van de LOR 2012 krijgt een werknemer bij terugkeer naar de Base Country drie maanden de tijd om een andere functie te vinden voordat hij overtollig wordt. Bij overtolligheid kan een werknemer kiezen tussen een periode van begeleid zoeken of een vergoeding voor versneld vertrek. Als is gekozen voor begeleid zoeken maar dit niet lukt dan voorziet de LOR 2012 in beëindiging van de arbeidsovereenkomst en in een beëindigingsvergoeding. Indien de overtollig verklaarde werknemer een passende functie niet heeft aanvaard dan leidt dat ertoe dat de werknemer niet langer overtollig is en niet langer voor de voorzieningen onder de LOR 2012 in aanmerking komt.

- 1.4 Met ingang van 15 februari 2012 werkte [verzoeker] , na een door hem met succes doorlopen MOR-procedure, op een 2-jarig contract als expat voor Shell Gabon. Op 9 juli 2014 is opnieuw een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 2 jaar gesloten met Shell Gabon, ingaande 22 april 2014. Deze arbeidsovereenkomsten vermelden steeds als functie: "*Head of Marine Services*".
- 1.5 In december 2014 bleek dat de werkvergunning van [verzoeker] midden 2015 en zijn verblijfsvergunning in juni 2015 zouden aflopen. De werkvergunning kon waarschijnlijk niet worden verlengd. In dat geval zou [verzoeker] na 25 augustus 2015 geen werk meer kunnen verrichten in Gabon.
- 1.6 In overleg met [de maritime global skillpool manager] , "*Maritime Global Skillpool Manager*" van Shell, is [verzoeker] vanaf februari 2015 via het MOR-systeem van Shell op zoek gegaan naar een passende functie. De focus daarbij lag op functies in de "*Skillpool Maritime*" van Shell, waarin de vakinhoudelijke expertise van [verzoeker] is ingedeeld.
- 1.7 Daarnaast is er sinds juli 2015 contact geweest tussen [de maritime global skillpool manager] en [verzoeker] over de vraag hoe met het risico zou moeten worden omgegaan als de werkzaamheden in Gabon zouden eindigen. Concreet is gesproken over de (beperkte) mogelijkheden van een nieuwe functie binnen Shell. Zo schreef [de maritime global skillpool manager] in een e-mail van 2 juli 2015 aan [verzoeker] :

"At present with the continued challenges the Group is facing with respect to cutting costs, opportunities appear limited. As you will have seen, there are less and less IBAS opportunities. The only thing I can see right now is a landing position in the Netherlands as part of any repatriation process. Appreciate this will not suit you due to your living arrangements in the East, but at the moment it is only thing I have.

Could you share your CV once again and I will reach out to NL HR to determine what we have locally there. A few months ago, I had anticipated that the September MOR would be busier; however I'm now sure that this will be the case. There is a lot of redeployment activity ongoing at the moment, however fortunately we have managed all cases to date, and we hope to be successful with your case too. (...)."

- 1.8 De arbeidsovereenkomst met Shell Gabon is per 26 augustus 2015 geëindigd. Vervolgens is [verzoeker] conform de LTIA-regeling teruggekeerd naar zijn Base Country Nederland. Met ingang van 26 augustus 2015 is [verzoeker] voor onbepaalde tijd in dienst getreden van SIEP. Dit "papieren dienstverband" had rechtspositioneel geen ander doel dan [verzoeker] een betrekking te geven waarin hij hetzij een nieuwe functie zou vinden dan wel overtuigd zou raken. Hoewel [verzoeker] als "bankzitter" vrijgesteld was van het verrichten van arbeid heeft hij in de periode van 3 september 2015 tot 6 oktober 2015 nog een audit in Gabon kunnen afronden.
- 1.9 Op 16 oktober 2015 is [verzoeker] de functie van "*Maritime Assurance Assessor*" (hierna: MAA) te Rotterdam aangeboden. Conform de regels van de MOR kreeg hij een termijn van 5 dagen om het aanbod te accepteren.
- 1.10 Op 22 oktober 2015 heeft [verzoeker] per e-mail aan SIEP laten weten dat hij de aangeboden functie van MAA niet aanvaardde, onder meer als volgt:

"Secondly the following in regards to the [...] job offer itself.

Before getting in more detail; the summary of last Fridays discussion [...] does not mention the fact that I worked 40 yrs for Shell of which 22 yrs abroad in several different roles. As well as that postings of this nature naturally have influence and change ones personal circumstances, a fact which should be recognized. In my case this meant that my family and I settled abroad which could be seen in my HR

on line profile.

The job offer claims that this was identified as a suitable position for my skills and experience. This however is only partially the case as my skills and experience as you can see from every individual position in my career history are much broader than which is on offer with the MAA role.

A new role should be challenging and have a clear element of development I was told previously by HR. Something I feel is lacking in the MAA role.

As mentioned in our Friday conversation I applied for four (4) positions in the present MOR round. All of which meet broader aspects of my skills and experience as well as the element of development. The full outcome of this MOR is expected by Nov 4th.

Given my personal family circumstances and the fact that SNV appears not willing or able to extend this job offer beyond the five (5) days while awaiting the outcome of my present MOR applications I regret to inform you that based on this I am not in a position to accept the offer."

- 1.11 Op 5 november 2015 heeft [de NL HR accountmanager] , NL HR accountmanager, namens SIEP in een email aan [verzoeker] onder meer geschreven:

"As you have not been succesful in securing any role in the Asia/Middle East region, your base country has an obligation to find a landing position for you to return to. On 16 October 2015, after the call with you, a JG 4 maritime Assurance Assessor ("MAA") role was formally offered to you via the Open Resourcing System. The offer in question follows standard Shell Group policies and it allows five days for you to respond. We believe that the lead time is reasonable because you were made aware of the landing position before and the nature of the MAA role is not different from the previous maritime assurance positions that you took outside the NL.

We appreciate that you still have other internal job applications in progress and both Upstream International and Shipping & Maritime have been trying to provide you with flexibility in terms of job hunting. However, we are not able to keep the MAA role vacant for you for too long due to the challenges of business continuity and HSSE. Although you expressed in your last email that you decided not to accept the offer, we are still willing to keep the role for you for several days more until 9th November 2015. The purposes are to allow you more time to consider the balance between your family circumstances and your job security, and also give you an opportunity to get as many outcomes as possible from the internal positions that you applied for.

*We request you to come back to us with your final decision about the MAA role in Shell Nederland Verkoopmaatschappij on local terms & conditions by **COB next Monday** (9th November 2015) Please note that you will lose your entitlement to the redundancy package if you do not accept a landing position in your base country under the same job group.*

Despite the back and forth in your case, we sincerely hope that you can accept the MAA role and continue your Shell career in your base country."

- 1.12 [verzoeker] heeft op 13 november 2015 per mail het aanbod wederom afgewezen en daarbij onder meer het volgende aangegeven:

"After my 22 years of service abroad I would find it reasonable if Shell as a prudent operator would assist in finding a job opportunity which besides my skills and experience would also take my personal situation which was known to Shell into account. The MAA position on offer in my opinion does not do that. Any alternative suggestions in this regard are most welcome. "

- 1.13 Bij mail van 16 december 2015 heeft [de NL HR accountmanager] aan [verzoeker] onder meer bericht:

"With regard to your proposal, again I point out that we believe that a suitable position (MAA position) was offered to you, which role (and therewith any other role in NL) you declined due to your personal

choices. [...] Although you are applying for roles since February 2015 Shell is willing to accommodate and help you with finding a new suitable position until ultimately 1 April 2016. As a result of which you will be able to participate to the MOR round in February 2016 as well. "

- 1.14 Op 22 januari 2016 heeft [verzoeker] verklaard toch de functie van MAA te accepteren, onder protest en onder voorwaarden. De vacature was toen echter al vervuld.
- 1.15 Uiteindelijk heeft [verzoeker] vanaf februari 2015 in vier MOR rondes zonder succes gesolliciteerd op vijftien interne functies.
- 1.16 SIEP heeft in eerste aanleg verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de zogenaamde h-grond (art. 7:669 lid 3 onderdeel h BW), met inachtneming van een opzegtermijn van een maand en met veroordeling van [verzoeker] in de proceskosten. [verzoeker] heeft zich verzet tegen de verzochte ontbinding en tegenverzoeken gedaan - voor zover in hoger beroep nog van belang en kort samengevat - om bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met een opzegtermijn van vier maanden en tot toekenning van (i) subsidiair een vergoeding van € 625.037,24 bruto op grond van de LOR 2012, (ii) meer subsidiair een vergoeding van € 350.010,-- bruto op grond van de LOR 2016 (opvolger van de LOR 2012) en (iii) nog meer subsidiair een transitievergoeding van € 111.908,-- bruto, een en ander met veroordeling van SIEP in de proceskosten.
- 1.17 De kantonrechter heeft de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 december 2016, SIEP veroordeeld aan [verzoeker] een transitievergoeding te betalen van € 111.908,-- bruto, en de proceskosten gecompenseerd.
 2. In principaal hoger beroep verzoekt [verzoeker] - zo begrijpt het hof - primair SIEP te veroordelen (i) de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht vanaf 1 december 2016, dan wel een andere datum, te herstellen of in de plaats daarvan (ii) aan [verzoeker] een billijke vergoeding van € 1.494.922,66 bruto te betalen en subsidiair de in eerste aanleg subsidiair verzochte vergoedingen alsnog te betalen, met aanpassing van de einddatum naar 1 maart 2017, een en ander met veroordeling van SIEP in de proceskosten van beide instanties.
 3. SIEP heeft voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap met betrekking tot de berekening van de toegekende transitievergoeding. SIEP verzoekt, onder de voorwaarde dat indien enig financieel verzoek van [verzoeker] wordt toegewezen en SIEP uit dien hoofde een bedrag aan [verzoeker] moet betalen en het reeds betaalde bedrag van de transitievergoeding daarop niet in mindering kan worden gebracht of er bij kan worden betrokken, het oordeel van de kantonrechter gedeeltelijk te vernietigen door te oordelen dat geen transitievergoeding is verschuldigd en dat [verzoeker] het ter zake reeds betaalde bedrag van € 111.908,- bruto binnen een termijn van twee weken na dagtekening van de uitspraak in deze zaak aan SIEP dient terug te betalen, kosten rechtens.
 4. De principale grieven 1 en 2 richten zich tegen het oordeel dat er sprake is van een redelijke grond voor ontbinding en dat herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk was. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling als volgt.
 5. Niet in geschil is dat de uitzending van [verzoeker] naar Gabon tot een einde kwam en dat daarom de herplaatsing in een andere passende functie binnen het Shell concern werd nagestreefd. [verzoeker] is in dienst getreden bij SIEP op basis van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht. Op grond van art. 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo art. 7:669 lid 1 BW dient dan te worden beoordeeld (i) of er een "redelijke grond" is voor ontbinding en (ii) of herplaatsing binnen "een redelijke termijn" in een "andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt".

6. Er is sprake is van een redelijke grond in de zin van een h-grond indien herplaatsing van [verzoeker] in een andere passende functie in het Shell concern binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Immers, de mobiele en tijdelijke inzetbaarheid in het Shell concern is inherent aan de hoedanigheid van [verzoeker] , die van expat. De toets van de redelijke grond en die van de herplaatsing vallen aldus samen.

7. [verzoeker] stelt dat bij de beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden alle bestaande en op korte termijn te verwachten vacatures van het Shell concern wereldwijd moeten worden betrokken, evenals de passende functies waar personen op tijdelijke basis zijn aangesteld. Volgens [verzoeker] geniet hij *voorrang* in die zin dat hij bij vacatures boven externe kandidaten moet worden geplaatst, dan wel dat tijdelijke aanstellingen niet mogen worden verlengd om [verzoeker] te kunnen herplaatsen (art. 9 lid 1 Ontslagregeling). Daartoe beroept [verzoeker] zich op art. 9 lid 2 Ontslagregeling, waarin is bepaald:

“Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep, worden bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is mede arbeidsplaatsen in andere tot deze groep behorende ondernemingen betrokken.”

en op p. 15 van de Toelichting op de Ontslagregeling (Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, Stcrt. 2015, nr. 12685), waarin is bepaald:

“Het spreekt voorts voor zich dat een werknemer die met ontslag wordt bedreigd voorrang geniet boven een externe sollicitant. Dat betekent dat als een werkgever (of een andere werkgever binnen een concern) een vacature vervult door een externe kandidaat terwijl die vacature als passend kan worden aangemerkt voor een met ontslag bedreigde werknemer de werkgever zijn verplichting tot herplaatsing niet heeft vervuld. UWV zal dan geen toestemming voor opzegging kunnen verlenen en de rechter zal de arbeidsovereenkomst niet kunnen ontbinden.”

Daaraan voegt [verzoeker] toe dat SIEP en de (uiteindelijke) moedervenootschap van het Shell concern in Nederland gevestigd zijn zodat zij zich aan deze wettelijke regel(s) dienen te houden. De moedervenootschap van Shell zou het er met haar zeggenschap over (ook) de niet-Nederlandse concernvenootschappen toe dienen te leiden en zo nodig af te dwingen dat deze venootschappen uitvoering geven aan deze regel(s). Indien dat niet gebeurt is de consequentie daarvan dat de ontbinding geweigerd dient te worden, aldus nog steeds [verzoeker] .

8. Het hof stelt voorop dat SIEP als goed werkgever verplicht is te onderzoeken of herplaatsing van [verzoeker] binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie mogelijk is. [verzoeker] is vanaf 1993 als expat wereldwijd werkzaam geweest in het Shell concern. Het ligt dan in de rede dat het onderzoek van SIEP zich richt op de herplaatsingsmogelijkheden binnen het Shell concern wereldwijd. Het ligt echter niet in de rede – in de zin van art. 7:669 lid 1 BW – om te aanvaarden dat [verzoeker] de door hem verlangde voorrang geniet. Het gaat steeds om vacatures en aanstellingen bij afzonderlijke lokale venootschappen van het Shell concern. Met de voorrang zou worden ingegrepen in de vrijheid van deze venootschappen om naar eigen behoefte en wensen lokaal personeelsbeleid te voeren. Niet is in te zien hoe SIEP – al dan niet via de moedervenootschap – juridisch zou kunnen afdwingen dat [verzoeker] 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.

9. Het hof verwerpt de stelling van [verzoeker] dat uit het hiervoor geciteerde citaat uit de Toelichting op de Ontslagregeling volgt dat de door hem verlangde voorrang een dwingendrechtelijke regel is waarvan de civiele rechter niet zou mogen afwijken. De civiele rechter toetst – in de woorden van art. 7:669 lid 1 BW – of herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede

ligt. Deze laatste norm vergt een individuele redelijkheidstoets, waarbij rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de nadere regels die op grond van art. 7:669 lid 5 BW zijn gesteld in de Ontslagregeling, richtinggevend. Aan de geciteerde toelichting komt op dit punt echter beperkte betekenis toe, nu daaruit of ook anderszins niet is vast te stellen of de kwestie van afdwingbaarheid van de voorrang door de werkgever, en dan met name in de context van een grote internationaal opererende en beursgenoteerde onderneming, onder ogen is gezien bij de totstandkoming van de Ontslagregeling.

10. Te beoordelen is dan concreet of herplaatsing van [verzoeker] binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie binnen het Shell concern mogelijk is of in de rede ligt.

11. Als gezegd hanteert het Shell concern het MOR- systeem (zie hiervoor r.o. 1.3.3). SIEP stelt dat dit een duur en geavanceerd systeem is dat beoogt om werknemers zo goed mogelijk in staat te stellen intern functies te vinden. Het systeem gaat uit van hoogopgeleide en zelfstandige werknemers, die in deze omgeving zelf hun weg kunnen vinden en aan de bel trekken als zij op problemen stuiten. Volgens SIEP moet het aanbieden van dit MOR-systeem voor werknemers die in staat moeten worden geacht in lastige buitenlandse omstandigheden hoogwaardig werk te verrichten, zoals [verzoeker] , in beginsel voldoende zijn om herplaatsing te onderzoeken. Daaraan heeft SIEP toegevoegd geen toegevoegde waarde te zien om [verzoeker] verder te onderwijzen in en/of te ondersteunen bij het gebruik van dit systeem. Deze voorstelling van zaken is door [verzoeker] niet gemotiveerd betwist, zodat het hof deze voor juist houdt. Van belang op dit punt is voorts dat [verzoeker] zelf stelt dat hij vanaf februari 2015 tot juli 2016 in totaal vijftien sollicitaties via het MOR-systeem heeft verricht op passende functies. Daar komt nog bij dat SIEP daarnaast [verzoeker] nog heeft gewezen op (andere) passende functies bij concernvennootschappen, waarop hij zou kunnen solliciteren.

12. Volgens [verzoeker] is SIEP ook tekortgeschoten omdat hem geen lijst is verstrekt van arbeidsplaatsen waar op korte termijn vacatures ontstaan en van de overige arbeidsplaatsen die op grond van art. 9 lid 1 Ontslagregeling moeten worden betrokken bij de herplaatsing. Het hof verwerpt deze stelling. Naar mag worden aangenomen zijn de via het MOR-systeem zichtbare vacatures voldoende up to date om daarop zinvol te kunnen solliciteren. Het is immers evident in het belang van de lokale vennootschappen dat (komende) vacatures tijdig worden vervuld. Onweersproken en voor de hand liggend is dat het management van deze vennootschappen ook in dat opzicht een eigen verantwoordelijkheid heeft. Daarnaast gaat het bij bedoelde arbeidsplaatsen ook om kwesties die typisch de Nederlandse arbeidsmarkt betreffen, zoals arbeidsplaatsen van bijna AOW-gerechtigden en die van zzp-ers. Voor zover [verzoeker] beoogt te stellen dat hij is benadeeld doordat een dergelijke lijst niet is verschaft, is dat onvoldoende onderbouwd.

13. [verzoeker] stelt dat SIEP niet aan haar herplaatsingsverplichtingen op grond van de LOR 2012 (beroepschrift sub 16 en 17) heeft voldaan. Zo is volgens [verzoeker] een aantal procedurevoorschriften niet in acht genomen (informerend over start oriëntatiefase en beschikbare ondersteuning in die fase; opstellen individueel begeleidingsplan) en zijn bepaalde faciliteiten niet verstrekt (workshops, coach, scholing, outplacementbureau). Het hof gaat hieraan voorbij, nog los van de vraag of SIEP op deze punten is tekortgeschoten. [verzoeker] heeft onvoldoende onderbouwd welk concreet belang van hem ten aanzien van de herplaatsing is geschaad. Zo stelt [verzoeker] niet dat hij behoefte had aan het in acht nemen van deze voorschriften of het bieden van de genoemde faciliteiten. Duidelijk is dat [verzoeker] voor zichzelf steeds goed voor ogen had wat passende functies voor hem waren en was hij via het MOR-systeem in staat daarop te solliciteren, terwijl hem daarbij ruim de tijd is gegund. [verzoeker] heeft in een periode van anderhalf jaar aan vier MOR-rondes kunnen deelnemen.

14. Van belang is voorts dat [de maritime global skillpool manager] (zie hiervoor r.o. 1.9) diverse acties heeft ondernomen ten behoeve van de herplaatsing van [verzoeker] . SIEP stelt dat [de

maritime global skillpool manager] vacatures heeft bijgehouden, contacten heeft gelegd met bedrijven om [verzoeker] te herplaatsen en te promoten en dat dit ertoe heeft geleid dat sommige vacatures langer openstonden om hem een kans te geven. Dit wordt door [verzoeker] niet betwist, anders dan dat deze acties voor een belangrijk deel buiten zijn gezichtsveld plaatsvonden en niets hebben opgeleverd.

15. [verzoeker] heeft nog aangevoerd dat de mogelijkheid van herplaatsing ex nunc, binnen een termijn van vier maanden, moe(s)t worden beoordeeld. Wat daar ook van zij, het hof ziet niet in dat dit tot een andere beoordeling moet leiden. Hierbij is van belang dat SIEP heeft gesteld (verweerschrift in hoger beroep sub 5.5 en 5.6) dat de aanhoudend lage olieprijs tot een vermindering van activiteiten heeft geleid en dat deze omstandigheid, naast de overname en integratie door Shell van British Gas in 2015, een negatief effect heeft op het aantal beschikbare posities in de tak van "Marine". Zeer veel kandidaten dingen mee naar die functies. Ook moest [verzoeker] in Azië en het Midden Oosten, waarop hij zijn sollicitaties in hoofdzaak concentreerde, concurreren met "locals" die veel goedkoper zijn dan expats zoals [verzoeker]. Een en ander is door [verzoeker] onvoldoende gemotiveerd weersproken. Bij deze stand van zaken, terwijl [verzoeker] reeds vijftien sollicitaties heeft verricht, is een ander uitzicht op herplaatsing dan op het moment van indiening van het ontbindingsverzoek niet aannemelijk.

16. Uit het voorgaande volgt dat herplaatsing van [verzoeker] binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie binnen het Shell concern niet mogelijk is of in de rede ligt. De principale grieven 1 en 2 falen derhalve.

17. De principale grief 3 richt zich tegen het oordeel dat de aan [verzoeker] aangeboden functie van MAA passend was. Met de principale grief 5 komt [verzoeker] op tegen het oordeel – samengevat – dat hij niet in aanmerking komt voor de voorzieningen van de LOR 2012 omdat hij geweigerd heeft de door Shell aangeboden passende functie van MAA te aanvaarden. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling, als volgt.

18. Art. 3.3 van de LOR 2012 ("Aanbieden passende functie") bepaalt voor zover relevant:

"Indien [...] Shell een passende functie voor de (potentieel) Overtollige Medewerker heeft gevonden waarop de Medewerker is geselecteerd of waarin de Medewerker kan worden geplaatst, zal dit zo spoedig mogelijk aan de Medewerker worden meegedeeld. Passend betekent in dit geval dat competentie niveau en/of skillpool alsook functieniveau in belangrijke mate overeenkomen met die van de betreffende Medewerker, dan wel dat verschillen binnen afzienbare periode (circa 6 maanden) overbrugbaar zijn.

Indien een Medewerker deze passende functie niet accepteert en dit niet met de door de Bestuurder gegrond verklaarde redenen omkleedt, zal dit ertoe leiden dat de Medewerker niet langer Overtollig is en dus niet langer voor de voorzieningen onder deze Regeling in aanmerking komt."

19. In geschil is of [verzoeker] een passende functie niet heeft geaccepteerd en daarom geen recht heeft op de in hoofdstuk 4 van de LOR 2012 geregelde schadeloosstelling. Het debat spitst zich toe (i) op de vraag of de functie van MAA "passend" is en (ii) of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat [verzoeker] het recht op bedoelde schadeloosstelling is ontzegd.

19. Voor de uitleg van de LOR 2012 geldt de zogeheten CAO-norm. De LOR 2012 is immers eenzijdig door Shell opgesteld en regelt de voorzieningen bij overtolligheid van werknemers, die bij de totstandkoming van deze regeling niet betrokken zijn. Deze CAO-norm houdt in de kern samengevat in dat een bepaling van een cao naar de objectief kenbare betekenis moet worden uitgelegd. Van een situatie als bedoeld in ECLI:NL:HR:2016:2687 die tot afwijking van deze norm noopt, is hier geen sprake.

19. Het hof ziet geen grond om de definitie van "passende functie" in art. 9 lid 3 Ontslagregeling

medebepalend te laten zijn voor de uitleg van "*passend*" in de LOR 2012. Een aanknopng daarvoor is in de LOR 2012 niet te lezen.

19. De toets is of competentieniveau, skillpool en functieniveau van de aangeboden functie in belangrijke mate overeenkomen met die van de werknemer. Daarbij gaat het niet om een vergelijking van de laatste *functie* van de werknemer met de aangeboden functie. Daarvoor is in de tekst van de LOR 2012 geen aanknopng te vinden. Het gaat er om de *kwaliteiten van de werknemer* te vergelijken met de functiekenmerken van de aangeboden functie. Dat neemt vanzelfsprekend niet weg dat de kwaliteiten van [verzoeker] mede worden bepaald door het feit dat hij naar behoren heeft gefunctioneerd in de functie van Head Marine Services in Gabon.

19. In de definitie van "*passend*" ligt de nadruk op het *beschikken over de kwaliteiten* om de functie van MAA te vervullen. Immers, bij verschillen tussen de functiekenmerken en de kwaliteiten van de werknemer is bepaald dat de functie toch passend is als deze "*verschillen binnen afzienbare periode (circa 6 maanden) overbrugbaar zijn*". Het ligt niet voor de hand dat dit ook ziet op de situatie waarin een werknemer overgekwalificeerd is en de functie daarom binnen de "*afzienbare periode*" wordt opgewaardeerd om de verschillen te overbruggen. Een redelijke uitleg brengt wel mee dat wordt voorkomen dat functies waarvoor de werknemer duidelijk overgekwalificeerd is als passend worden aangemerkt.

19. Niet in geschil is dat [verzoeker] in beginsel beschikt over de kwaliteiten om de functie van MAA te vervullen, zij het dat er overbrugbare ontwikkelpunten zijn. [verzoeker] stelt dat deze functie niet passend is nu deze vergeleken met zijn eerdere functie van Head of Marine Services – geparafraseerd – wezenlijk anders en van een veel lager niveau is.

19. Het hof overweegt over de passendheid als volgt.

25.1 Als gezegd gaat het bij vaststellen van "*passend*" niet om vergelijking van functies, maar om een vergelijking van functiekenmerken en de kwaliteiten van de werknemer (zie hiervoor r.o. 23).

25.2 Duidelijk is dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen de functie van MAA en die van Head of Marine Services. Beide functies bevinden zich in dezelfde skillpool: Marine, maar de focus en de verantwoordelijkheden verschillen. [verzoeker] acht de aangeboden functie minder breed en uitdagend, onder meer vanwege het ontbreken van leidinggevende aspecten, budgetverantwoordelijkheid en het feit dat er Downstream in plaats van Upstream wordt gewerkt. Daarmee is echter niet gezegd dat de aangeboden functie niet passend is.

25.3 [verzoeker] stelt dat de aangeboden functie het functieniveau Job Group 4 heeft en die van Head of Marine Services Job Group 3, wat een hoger niveau is. In debat is of [verzoeker] feitelijk op het niveau van Job Group 4 functioneerde. Wat daar ook van zij: [verzoeker] werd in de functie van Head of Marine Services beloond in Salary Group 4 en niet in Salary Group 3, wat past bij Job Group 3. De functie van MAA wordt ook beloond in Salary Group 4. Van belang is voorts dat SIEP onweersproken heeft gesteld dat de functie van MAA de potentie heeft om een Job Group 3 niveau te bereiken. Daar komt nog bij dat [verzoeker] via het MOR-systeem zelf heeft gesolliciteerd op door hem passend geachte functies met het niveau van Job Group 4, zoals de functies Martime HSE Lead in Dubai en Marine Offshore Supervisor in Qatar.

25.4 Uit het voorgaande volgt dat de aangeboden functie van MAA een passende functie is in de zin van art. 3.3 van de LOR 2012.

26. [verzoeker] heeft deze passende functie niet binnen de gestelde tijd aanvaard. Volgens [verzoeker] heeft hij toch recht op de schadeloosstelling van de LOR 2012, omdat hij geen brief van de bestuurder heeft ontvangen waaruit blijkt dat de argumenten die hij heeft aangevoerd om te onderbouwen dat de functie van MAA niet passend is, ongegrond zijn. Het hof verwerpt dit standpunt. De LOR 2012 bepaalt niet dat een dergelijke brief nodig is om de werknemer het recht

op de schadeloosstelling te ontzeggen. De tekst waarop [verzoeker] zich kennelijk baseert bepaalt nu juist een uitzondering op het niet langer in aanmerking komen voor de voorzieningen van de LOR 2012, namelijk: als de werknemer zijn niet-acceptatie "*met de door de Bestuurder gegrond verklaarde redenen omkleedt*". Van door de bestuurder gegrond verklaarde redenen is geen sprake.

26. [verzoeker] stelt voorts dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat hem de schadeloosstelling van de LOR 2012 is ontzegd. Daartoe voert hij aan dat Shell onzorgvuldig heeft gehandeld in het herplaatsingstraject, de bestuurder geen oordeel heeft gegeven of de functie van MAA passend is en dat het ontslag voor hem vergaande financiële consequenties heeft. Voorts doet [verzoeker] een beroep op zijn persoonlijke omstandigheden, zoals zijn leeftijd (61 jaren oud) en de lengte van het dienstverband (ruim 40 jaren).

26. Het hof stelt voorop dat de civiele rechter zich terughoudend dient op te stellen bij een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Met inachtneming van deze terughoudendheid is het hof van oordeel dat er geen grond is om [verzoeker] het recht op de schadeloosstelling alsnog toe te kennen, om de volgende redenen.

28.1 Er is steeds duidelijk met [verzoeker] gecommuniceerd dat het niet aanvaarden van de functie van MAA tot verval van rechten op grond van de LOR 2012 zou leiden. [verzoeker] heeft weliswaar voorgesteld dat hij de functie onder protest zou aanvaarden en onder de voorwaarde dat partijen de passendheid van de functie zouden laten toetsen. Dit is geen aanvaarding van de functie. Er is onvoldoende onderbouwd waarom SIEP hier op in had moeten gaan.

28.2 SIEP heeft voldoende rekening gehouden met de aarzelingen van [verzoeker] – juist of ook vanwege zijn voorkeur voor een functie in Azië of Afrika vanwege zijn persoonlijke omstandigheid dat zijn gezin op de Filipijnen woont – door hem twee maal in de gelegenheid te stellen de functie te aanvaarden.

28.3 Dat hem toen niet is gezegd dat de functie een uitgroeimogelijkheid in Job Groep 3 kent leidt niet tot een ander oordeel omdat [verzoeker] ook daarvan uitgaande het standpunt inneemt dat de functie niet passend is.

28.4 Dat er een termijn van vijf dagen voor aanvaarding is gesteld werpt geen ander licht op de zaak. [verzoeker] wist dat het om zakelijke redenen beleid van Shell was om die termijn te hanteren. Bovendien is hem als gezegd twee maal een aanbod gedaan, terwijl hij reeds ruim tevoren wist dat de functie hem zou worden aangeboden.

28.5 Het hof heeft hiervoor reeds geoordeeld dat Shell niet onzorgvuldig heeft gehandeld in het herplaatsingstraject.

28.6 De persoonlijke omstandigheden zijn van onvoldoende gewicht om anders te oordelen.

29. [verzoeker] maakt voorts nog aanspraak op een schadeloosstelling op grond van de LOR 2016, de opvolger van de LOR 2012. Het hof verwerpt deze aanspraak, die niet is onderbouwd.

29. Uit het voorgaande volgt dat de principale grieven 3 en 5 falen.

29. Met de principale grief 4 betoogt [verzoeker] dat de kantonrechter de ontbinding had moeten uitspreken rekening houdend met een opzegtermijn van vier maanden, zonder daarbij rekening te houden met – kort gezegd – de proceduretijd omdat SIEP ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Deze grief faalt. Van ernstig verwijtbaar handelen van SIEP is geen sprake. Er dient dus wel rekening te worden gehouden met de proceduretijd. Ook als wordt uitgegaan van een opzegtermijn van vier maanden is vanwege de proceduretijd de einddatum 1 december 2016,

zoals door de kantonrechter uitgesproken.

29. Met de principale grief 6 betoogt [verzoeker] dat hem vanwege ernstig verwijtbaar handelen van SIEP een billijke vergoeding moet worden toegekend op grond van art. 7:671b lid 8 onderdeel c BW. Deze grief faalt omdat van ernstig verwijtbaar handelen van SIEP geen sprake is.

29. De slotsom is dat het principale beroep faalt en zal worden verworpen. De verzoeken van [verzoeker] zullen worden afgewezen. [verzoeker] wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het hoger beroep veroordeeld. Aan de behandeling van het voorwaardelijk ingestelde incidenteel hoger beroep komt het hof niet toe nu de aan dat hoger beroep gestelde voorwaarde niet is voldaan.

Beslissing

Het hof:

- verworpt het principaal hoger beroep;
- wijst de vorderingen van [verzoeker] af;
- veroordeelt [verzoeker] in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van SIEP tot op heden begroot op € 716,-- aan griffierecht en € 1.788,-- aan salaris advocaat.

Deze beschikking is gewezen door mrs. R. S. van Coevorden, M.L.A. Filippini en L.G. Verburg en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 september 2017 in aanwezigheid van de griffier.