

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Carmelcollege

Ontbinding arbeidsovereenkomst herplaatste ICT'er in conciërgefunctie wegens disfunctioneren (e-grond naar d-grond). Schriftelijke verslagen functioneringsgesprekken in hoger beroep niet te laat. Ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling voortgezet onderwijs (ZAVO) is geen uitkering in de zin van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding.

Werknemer is op 5 september 2005 in dienst getreden bij Stichting Carmelcollege, onderdeel van het Etty Hillesum Lyceum (EHL). Aanvankelijk was hij werkzaam als ICT-beheerder C. Deze functie is in 2014 als gevolg van een reorganisatie komen te vervallen. Werknemer is toen als conciërge aan de slag gegaan. Deze werkzaamheden verlopen niet volgens wens van EHL, omdat werknemer te veel ICT-werk blijft doen. Volgens de kantonrechter is EHL gestuit op onwil aan de zijde van werknemer om zijn functie van conciërge uit te voeren op de wijze die EHL voorstaat. Werknemer heeft zich vanaf het begin afgezonderd van de andere conciërges en een enkele instructie van EHL was niet voldoende om het niet-gewenste gebruik van de serverruimte door werknemer te eindigen. EHL heeft voldoende gedaan om werknemer in het gewenste spoor te trekken in de vorm van de begeleiding door X. De door X gemaakte opmerkingen tijdens deze gesprekken heeft werknemer onvoldoende ter harte genomen. Deze onwillige houding van werknemer is verwijtbaar en hem toe te rekenen en maakt dat van EHL in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst nog langer te laten voortduren (e-grond). De transitievergoeding was volgens de kantonrechter niet verschuldigd op grond van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding (Bot).

Het hof oordeelt als volgt. Het hof heeft eerder overwogen (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761) dat de kwaliteit van het verbetertraject een van de elementen is waaraan getoetst moet worden bij de vraag of sprake is van de d-grond in artikel 7:669 lid 3 BW. De criteria van die grond zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de WWZ (zie p. 43 van de MvT en p. 43/44 van de nota naar aanleiding van het verslag, 33818, *Kamerstukken II* 2013/14 resp. 3 en 7). Het hof stelt vast dat het gesprek van 28 januari 2015 een voldoende waarschuwing voor werknemer inhield dat EHL niet tevreden was over zijn functioneren in de functie van conciërge van locatie X. De klacht dat het EHL geen systeem van functionerings- en beoordelingsgesprekken kent is door EHL betwist. De overgelegde verslagen van gesprekken bieden ook geen steun voor deze stelling. Van deze gesprekken is

niet direct per gesprek een verslag opgemaakt. Een verplichting in algemene zin daartoe bestaat naar 's hof oordeel ook niet. Werknemer heeft aangevoerd dat deze verslagen hem niet voor het ontbindingsverzoek ter hand zijn gesteld, niet juist zouden zijn en dat hem geen eerlijke kans is gegeven om zich te verbeteren en dat de kritiek op zijn functioneren onvoldoende concreet is. Het hof herhaalt dat het moment van terhandstelling de verslagen als zodanig niet diskwalificeert. Dat werknemer zelf een ander beeld van zijn verrichtingen heeft, is voor het hof evenmin grond om deze verslagen terzijde te stellen, waarbij het hof van belang acht dat van de zijde van EHL een groot aantal verklaringen van dezelfde strekking zijn overgelegd (meer dan het hof heeft geciteerd), dat werknemer weliswaar al deze verklaringen betwist doch daar geen overtuigend ander beeld tegenover zet terwijl het beeld dat werknemer in eerste aanleg van zichzelf heeft geschetst, als zijnde nog steeds primair ICT'er, niet overeenstemde met de waarheid, hetgeen voldoende overtuigend is aangetoond door EHL.

Aanvankelijk heeft werknemer betoogd dat toepassing geven aan artikel 2 Bot in dit geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, omdat de contante waarde van zijn maximale WOVO-uitkering minder dan een kwart bedraagt van de hoogte van de hem toekomende transitievergoeding. Bij aanvullend beroepschrift heeft hij gedocumenteerd betoogd dat hij niet in aanmerking komt voor een uitkering op grond van de WOVO, maar vanwege zijn ziekmelding recht heeft op een uitkering krachtens de Ziektewet, aangevuld met een uitkering op grond van de Ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling voortgezet onderwijs (ZAVO), eveneens een regeling die op grond van de cao voor het voortgezet onderwijs van toepassing is. Het hof oordeelt dat de ZAVO-uitkering geen uitkering is als bedoeld in artikel XXII lid 7 WWZ. Het is immers geen vergoeding of regeling wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst, doch een regeling wegens arbeidsongeschiktheid en ziekte. Nu de ZAVO niet kwalificeert onder genoemd artikel van de WWZ, is het evenmin een uitkering als bedoeld in artikel 2 Bot, zodat deze uitkering niet aan uitbetaling van de transitievergoeding in de weg staat. Het betoog van EHL dat zij ook de ZAVO-uitkering moet financieren kan haar niet baten, gelet op hetgeen het hof hiervoor over de uitleg van het overgangsrecht heeft overwogen. Over de situatie dat werknemer mogelijk in de toekomst alsnog in aanmerking komt voor een deel van de WOVO-uitkering, hebben partijen zich niet uitgelaten. Het hof acht deze onzekere gebeurtenis – mede ook gelet op de ratio van de transitievergoeding (namelijk om de werknemer in staat te stellen een nieuwe baan te vinden, zo nodig met om- of bijscholing) waarop werknemer ook aangewezen is (hij is nog relatief jong, is niet geschikt voor zijn laatste baan als conciërge en moet op zoek naar ander werk waarvoor hij mogelijk bijgeschoold moet worden) – geen reden voor een ander oordeel, nog daargelaten dat de overgangsregeling op een dergelijke complexe situatie niet is toegesneden. Derhalve acht het hof, anders dan de kantonrechter, de transitievergoeding wel toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-06-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:5337

Zaaknummer: 200.184.699/01

Rechters: J.H. Kuiper, E.B. Knottnerus en D.H. de Witte

Advocaten: H.D. van Duijvenbode en H.L.A. Ko

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:669 lid 3 sub d BW, 7:669 lid 3 sub e BW, 7:683 BW, 7:673 BW en ZAVO