

RECHTSPRAAK

## Stichting Amsta/werknemer

***Ontbindingsverzoek werkgever toegewezen wegens disfunctioneren van werknemer. Vraag van welke arbeidsovereenkomst en arbeidsduur moet worden uitgegaan voor bepaling van de (hoogte van de) transitievergoeding nadat de arbeidsovereenkomst eerder is ontbonden en hersteld.***

### *Feiten*

Werknemer is op 1 januari 2008 in dienst van Amsta getreden en is laatstelijk werkzaam in de functie van medewerker begeleiding. Bij beschikking van 28 november 2016 is de arbeidsovereenkomst tussen Amsta en werknemer door de kantonrechter ontbonden per 1 januari 2017. Bij beschikking van 17 oktober 2017 heeft het hof de beschikking van 28 november 2016 vernietigd en Amsta veroordeeld om de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 november 2017 te herstellen. Met ingang van 1 november 2017 verricht werknemer werkzaamheden bij Amsta op het team locatie 2. Per brief van 22 november 2017 is werknemer door X van de afdeling HR medegedeeld dat werknemer per 1 november 2017 opnieuw in dienst is genomen. Er hebben diverse gesprekken plaatsgevonden gedurende het verbetertraject en daarvan zijn ook verslagen opgemaakt. Uiteindelijk heeft de eindbeoordeling plaatsgevonden. De eindbeoordeling is dat het functioneren nauwelijks is veranderd en nog altijd onvoldoende is. Amsta verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden. Volgens Amsta is werknemer ongeschikt om de bedongen arbeid te verrichten, heeft werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld en is de arbeidsverhouding inmiddels zo verstoord geraakt, dat van Amsta in redelijkheid niet meer kan worden gevergd dat zij het dienstverband laat voortduren.

### *Oordeel*

Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door Amsta naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub d en ligt herplaatsing niet in de rede. Als uitgangspunt heeft te gelden dat Amsta reeds in 2013 kritiek had op het functioneren van werknemer en dat die kritiek ook voorafgaand aan de procedure bij de kantonrechter in 2016 nog bestond. Amsta heeft zich de kritiek van het hof aangetrokken en, nadat de arbeidsovereenkomst was hersteld, een verbeterplan opgesteld. Amsta heeft bij het opstellen van het plan en de gezette doelen niet onzorgvuldig gehandeld, ook niet door werknemer in een ander team te plaatsen. Gesteld noch gebleken is dat er

binnen dat team andere functie-eisen golden dan de eisen aan de functie van werknemer van medewerker begeleiding. Vast is komen te staan dat werknemer niet werkt volgens de gemaakte zorgplannen, ook niet na het verbetertraject terwijl Amsta voldoende heeft toegelicht dat dit van groot belang is voor de cliënten. De kantonrechter twijfelt in dit verband niet aan de bedoelingen van werknemer: ook hij wil zich zo goed mogelijk inzetten voor de zorg aan cliënten en die zorg ook geven. Alleen verliest werknemer uit het oog dat Amsta als werkgever daarover een instructiebevoegdheid heeft en dat werknemer die instructies moet volgen. De kantonrechter is verder van oordeel dat herplaatsing van werknemer elders binnen Amsta binnen een redelijke termijn niet in de rede ligt. De kritiekpunten van Amsta hebben direct betrekking op de zorg voor cliënten. De kritiekpunten waren er in het verleden en bestaan nu nog steeds, ondanks het ingezette verbetertraject. Op een andere plek binnen Amsta zal dat wederom een probleem worden. De vraag die vervolgens nog moet worden beantwoord is of werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding. Voor beantwoording van voormelde vraag, alsmede van de vraag hoe hoog die vergoeding is, is van belang van welke arbeidsduur in een situatie als de onderhavige moet worden uitgegaan. Op grond van al het voorgaande moet naar het oordeel van de kantonrechter voor het antwoord op de vraag of de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst is hersteld, recht heeft op een transitievergoeding bij beëindiging van die herstelde overeenkomst én de hoogte daarvan, de duur van de ontbonden arbeidsovereenkomst én de herstelde arbeidsovereenkomst worden samengeteld. De periode waarin er geen arbeidsovereenkomst heeft bestaan telt niet mee. Voor die periode kan de rechter zonodig een voorziening treffen. Dat het hof dat in het onderhavige geval niet heeft gedaan, leidt niet tot een ander oordeel. Deze wijze van bepaling van het recht op transitievergoeding is ook gerechtvaardigd, omdat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst impliceert dat de eerdere arbeidsovereenkomst ten onrechte is geëindigd, dat herstel nog tot de mogelijkheden behoorde en dat de werknemer voor wat betreft de transitievergoeding zo veel mogelijk in de situatie moet worden gebracht als die waarin de arbeidsovereenkomst niet zou zijn ontbonden. Eventuele nadelige gevolgen daarvan komen voor risico van de werkgever. Ingeval, zoals hier aan de orde, de transitievergoeding die op grond van de (ontrechte) ontbinding aan de werknemer is toegekend door de werknemer is behouden, dan dient dat brutobedrag uiteraard in mindering te strekken op het uiteindelijke brutobedrag waar de werknemer bij het einde van het dienstverband recht op heeft.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 24-10-2018

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2018:7572

**Zaaknummer:** 7134760 EA 18-665

**Rechters:** E.J. van der Molen

**Advocaten:** S. de Graaf en L. van Dijk

**Wetsartikelen:** 7:671b lid 1 sub a BW, 7:669 lid 3 BW, 7:669 lid 1 BW, 7:671b lid 8 sub b BW, 7:673 BW, 7:669 lid 3 sub d BW, 7:671b lid 8 BW, 7:672 lid 9 BW en 7:682 BW