

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

27^e jaargang | 26 mei 2023 | nummer 5

ARBEID

Mr. M.J. (Margot) van Herwerden¹

Piketpaaltjes voor onderhandelingen over een beëindigingsovereenkomst

2023-0086

Elke arbeidsjurist behandelt regelmatig ontslagzaken die resulteren in een beëindigingsovereenkomst. Bij het eerste voorstel en vaak daarvoor al, nemen partijen een standpunt in dat bepalend is voor het verloop van de onderhandelingen en in het bijzonder de hoogte van de ontslagvergoeding. Bij die standpuntbepaling baseren partijen zich veelal op de rechtspraak van ontbindingsprocedures. Ook al wordt een zaak geschikt, toch blijft dus relevant welk oordeel een rechter mogelijk in de zaak zou hebben gegeven. In deze bijdrage worden aan de hand van drie recente uitspraken de argumenten besproken die standaard in onderhandelingen over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst als piketpaaltjes worden geslagen.

Piketpaaltjes

Soms is er een situatie waarin het voor de hand ligt dat de werknemer diens arbeidsovereenkomst opzegt, maar de werkgever uit coulance bereid is mee te werken aan een beëindigingsovereenkomst. Er is dan meestal geen sprake van een door de werkgever gewenst vertrek van de werknemer. In veruit de meeste gevallen is het initiatief voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst in meer of mindere mate van de werkgever afkomstig.

Als de arbeidsovereenkomst niet binnen afzienbare tijd van rechtswege eindigt, heeft de werkgever voor de (tussentijdse) beëindiging daarvan, afhankelijk van de reden voor de beëindiging de voorafgaande goedkeuring van het UWV of de kantonrechter nodig. Die goedkeuring wordt alleen verleend als daarvoor een redelijke grond is en herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of in de rede ligt. De redelijke gronden staan vermeld in lid 3 van artikel 7:669 BW onderdelen a tot en met i. Als het UWV of de rechter tot het oordeel komt dat de aangevoerde feiten en omstandigheden niet kwalificeren als een redelijke grond, wordt de toestemming om de arbeidsovereenkomst te mogen beëindigen, niet verleend en blijft de arbeidsovereenkomst in stand. De werknemer die het principeel niet eens is met het voornemen tot beëindiging van diens arbeidsovereenkomst, voert dan ook stevast aan dat er geen redelijke grond is. Maar ook de werknemer die wel openstaat voor een vertrek kan om een hoge(re) ontslagvergoeding te kunnen toucheren, aanvoeren dat een redelijke grond ontbreekt. Het al dan niet aanwezig

zijn van een redelijke grond is dan ook het eerste piketpaaltje.

Als het UWV of de rechter een redelijke grond aanwezig acht, zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst op of ontbindt de rechter deze. Die beëindiging triggert de toekenning van de wettelijke transitievergoeding, tenzij de beëindiging het gevolg is van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Behalve het toepassen van een factor van 1,5 op de transitievergoeding als wordt ontbonden op een combinatie van gronden (i-grond) ingevolge artikel 7:671b lid 8 BW, heeft de rechter geen ruimte om een andere of hogere vergoeding toe te kennen. Wel kan de rechter naast de transitievergoeding ingevolge artikel 7:671b lid 9 onderdeel c BW een billijke vergoeding toekennen bij ernstig verwijtbaar handelen nalaten door de werkgever of ingevolge artikel 7:671 lid 1 onderdeel e jo. 7:682 lid 3 BW bij overtreding van een vormvoorschrift. Het tweede piketpaaltje.

Bij verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever kan gedacht worden aan een verstoorde arbeidsrelatie ontstaan als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever, discriminatie waartegen de werknemer bezwaar heeft gemaakt, het grovelijk niet nakomen van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, het aanvoeren van een valse ontslaggrond met als doel een onwerkbaar situatie te creëren en arbeidsongeschiktheid van de werknemer als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.

De hoogte van de billijke vergoeding staat in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. De rechter kan de hoogte van de vergoeding bepalen op een wijze die de rechter billijk vindt en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. In het arrest-*New Hairstyle* uit 2017 en daarop volgende arresten heeft de Hoge Raad inzicht verschaft in de relevante gezichtspunten bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding.² Diverse gezichtspunten zijn daarvoor relevant, waarbij het gemiste loon en de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst als de werkgever niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld, één van de belangrijkste is.

Niet alleen is lastig in te schatten of de rechter vindt dat sprake is van een redelijke grond, maar ook of er aanleiding bestaat voor de toekenning van een billijke vergoeding. Als men de wederpartij daarvan al heeft kunnen overtuigen is de volgende uitdaging om 'een prijskaartje te plakken' op de billijke vergoeding. In onderhandelingen leiden beide piketpaaltjes dan ook stevast tot discussie.

Redelijke grond?

Enige houvast bij de beoordeling van de redelijke grond is dan ook gewenst. Hieronder wordt een recente uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam besproken, die moest oordelen over een ontbindingsverzoek gegrond op de g-, d- en i-grond.³

De werkgever, een dienstverlener aan pensioenfondsen van het Unilever concern, verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een Senior Portfolio Manager van 65 jaar oud, in dienst sinds 2015. Over de jaren 2015 tot en met 2018 heeft de werknemer steeds goede beoordelingen gekregen. Vanaf 2019 ligt zijn prestatiescore rond de 50-60%. In 2021 is een verbetertraject (PIP) aangekondigd. Als alternatief hiervoor heeft de werkgever een beëindigingsregeling aangeboden. Partijen hebben daarover gesproken, maar er is geen overeenstemming bereikt. In de periode van mei tot en met medio september 2022 is verschillende keren gesproken en gecorrespondeerd over het verbeterplan. De werkgever heeft bepaalde suggesties tot aanpassing van het plan van de werknemer overgenomen. Op 12 oktober 2022 is het verbetertraject officieel gestart. Op 17 oktober 2022 is de werknemer voor het eerst beoordeeld en de werkgever constateerde een verslechtering in het functioneren. Op 18 november 2022 is over de voortgang van het verbetertraject gesproken en tot mediation besloten. Er heeft één mediation gesprek plaatsgevonden. Op 16 december 2022 heeft de werkgever de werknemer aangesproken op zijn lange vakantie en zaken die tijdens zijn vakantie niet goed zijn gelopen. Er had zich

een 'tracking error' voorgedaan in de portefeuille van één van zijn teamleden.⁴ Dat was voor de werkgever de spreekwoordelijke 'druppel'. Op 19 januari 2023 is de werknemer op non-actief gesteld en een ontbindingsverzoek ingediend.

Wel disfunctioneren, maar geen voldragen ontslaggrond

De kantonrechter is van oordeel dat er geen redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst is. Partijen hebben veelvuldig gecorrespondeerd over de totstandkoming van het verbeterplan, met name omdat de werknemer zich kritisch opstelde. Dat rechtvaardigt niet dat de werknemer daarmee een vertrouwensbreuk zou hebben bewerkstelligd of het gezag van de werkgever niet zou hebben geaccepteerd. Het is begrijpelijk dat de werknemer invloed wil uitoefenen op de inhoud van een verbeterplan. Daartoe heeft de werkgever de werknemer ook uitgenodigd. De werkgever had duidelijk moeten maken dat de werknemer niet meer op het plan mocht reageren, als hij vond dat de totstandkoming ervan door de houding van de werknemer te traag liep. De stelling dat de houding van de werknemer voor veel onrust in het team zorgde, heeft de werkgever niet concreet onderbouwd. Volgens de kantonrechter is de door de werkgever gestelde 'druppel' onvoldoende om bij te dragen aan een voldragen g-grond. Een enkele mediation-sessie kan niet gezien worden als een serieuze poging om de arbeidsrelatie te verbeteren. Het is niet aannemelijk dat het dienstverband niet kan worden voortgezet, te meer nu de werknemer over ongeveer één jaar de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

De kantonrechter vindt wel dat sprake is van disfunctioneren en dat de werkgever de werknemer daarop tijdig heeft aangesproken. Dat betekent echter niet dat sprake is van een voldragen d-grond. De werkgever heeft volgens de kantonrechter geen serieuze en reële gelegenheid aan de werknemer geboden om zijn functioneren te verbeteren. Kennelijk was de situatie tijdens de vakantie van de werknemer aanleiding om het verbetertraject vroegtijdig te beëindigen. Daarin gaat de rechter niet mee. Ook de combinatie van de vaststaande omstandigheden van de g- en d-grond leidt niet het oordeel dat van de werkgever niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De ontbinding wordt afgewezen.

Relevant is zonder meer dat de werknemer nog maar één jaar heeft te gaan tot zijn pensioen. De vraag is echter of de rechter tot ander oordeel was gekomen als de werknemer niet vlak voor zijn pensioen zou hebben gezeten. Niet per se. De rechter gaat uitvoerig in op de aangevoerde gronden en omstandigheden die daaraan als basis zijn gelegd. Belangrijkste punt is dat het verbeterplan niet is afgemaakt en dat de werkgever

de tracking error aangrijpt om tot beëindiging over te gaan. Als de werkgever eerder in proces had aangegeven dat de werknemer niet meer mocht reageren op het concept verbeterplan, dan was het verbetertraject eerder van start gegaan en hadden de kaarten van de werkgever mogelijk anders gelegen.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat ook als disfunctioneren bewezen kan worden, dit nog geen redelijke grond hoeft op te leveren. Een nuttig inzicht voor de onderhandelingen over een beëindigingsovereenkomst ingegeven door disfunctioneren en/of een verstoorde arbeidsverhouding.

Billijke vergoeding?

In de hiervoor besproken uitspraak werd wegens afwijzing van de verzochte ontbinding, niet toegekomen aan de billijke vergoeding. Dat was wel het geval in hierna te bespreken uitspraken.

In een ontbindingszaak van, opnieuw, de Kantonrechter Rotterdam, speelde het volgende.⁵ De werknemer, 62 jaar oud, is in dienst bij een hypotheekadviesbureau voor geldverstrekkers als Medewerker Mid Office. Rond mei 2022 heeft een consument via een andere hypotheekadviseur een lening aangevraagd bij geldverstrekker BijBouwe voor de aankoop van een woning met NHG-garantie. Vervolgens is de woning in september 2022 getaxeerd boven de NHG-grens. De consument moest daardoor een volledig nieuwe hypotheekaanvraag gaan indienen. Dat was nadelig, omdat de rente inmiddels met 1,55% was gestegen. De hypotheekadviseur wilde graag dat BijBouwe de hypotheek zou verstrekken op basis van het oude rente-aanbod. De hypotheekadviseur heeft op 25 oktober 2022 met de werknemer gebeld, oud-collega's van elkaar. De hypotheekadviseur vroeg de werknemer of BijBouwe een klant is van de werkgever. De werknemer heeft daarop de van de hypotheekadviseur ontvangen dossiercode van de hypotheekaanvraag ingevoerd in het systeem van de werkgever. Het bleek dat hij het dossier kon openen. Op verzoek van de hypotheekadviseur heeft de werknemer de aanvraag van 'met NHG' veranderd in 'zonder NHG'. Daardoor veranderde de dossierstatus automatisch naar 'offerte geaccepteerd'. De werknemer heeft nergens in het dossier een notitie achtergelaten wat hij heeft gedaan en met welk doel. Volgens de werkgever heeft de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld en dient de arbeidsovereenkomst te worden ontbonden zonder vergoeding.

Wel verwijtbaar handelen, maar niet ernstig

De kantonrechter oordeelt dat de handelwijze van de werknemer verwijtbaar is. Hij had het dossier niet zelf in behandeling. De werkgever doet in het geheel geen nieuwe zaken voor BijBouwe en levert alleen

software. Door het dossier te openen is de werknemer al buiten zijn bevoegdheden getreden. Hij had de hypotheekadviseur moeten doorverwijzen naar de persoon die het dossier behandelde. Door op dergelijke verzoeken van bevriende, elders werkzame hypotheekadviseurs in te gaan heeft de werknemer de schijn van belangenverstrengeling op zich geladen. De werknemer is verder gegaan dan alleen het raadplegen van het dossier, waarmee zich de mogelijkheid van aanzienlijke schade van BijBouwe en daarmee van de werkgever heeft voorgedaan. Dat de schade niet is ingetreden, vindt de rechter niet van belang. Dit is namelijk slechts te danken aan oplettendheid van BijBouwe en niet aan schadebeperkend handelen van de werknemer. De rechter vindt het handelen dermate verwijtbaar dat de arbeidsovereenkomst moet eindigen. Daarbij zijn twee bijkomende omstandigheden van belang: (1) dat de werknemer tot en met de procedure onvoldoende blijk van reflecterend vermogen heeft gegeven en (2) dat hij vaker de grenzen van zijn bevoegdheden opzoekt. De werknemer heeft toegelicht dat hypotheekadviseurs hem weten te vinden als er akkefietjes zijn, omdat hij daarvoor vaak een oplossing weet. Op zichzelf is oplossingsgericht denken een mooi uitgangspunt, maar de werknemer moet zich daarbij wel bewust zijn van het karakter van de financiële sector.

Er is evenwel geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen. De werknemer heeft een onbevlekt dienstverband, er is geen directe schade geleden en de werknemer heeft zelf geen voordeel gehad bij zijn handelen. Hij heeft dus recht op een transitievergoeding. De door de werknemer gevraagde billijke vergoeding wordt afgewezen. Er is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

De werkgever heeft na de ontdekking van het handelen door de werknemer daarin aanleiding gezien om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken, primair op grond van ernstige verwijtbaar handelen. De werknemer heeft de verwijtbaarheid van zijn eigen handelen steeds niet ingezien. Hij heeft zelfs een tegenverzoek ingediend voor een billijke vergoeding. Duidelijk is dat de zienswijzen van partijen over het handelen van de werknemer mijlenver uiteen liggen. Als er voorafgaande aan de ontbindingsprocedure onderhandelingen over een beëindigingsregeling zouden zijn gevoerd, zullen die waarschijnlijk moeizaam zijn verlopen. Een nuttig inzicht uit deze zaak is in elk geval dat overtreding van regels binnen een sterk gereguleerde branche, al snel ontoelaatbaar wordt geacht.

Wel redelijke grond, toch billijke vergoeding

Wel een billijke vergoeding kreeg de bestuurder, die daarom verzocht in een zaak van de Kantonrechter Utrecht.⁶ De bestuurder is op 15 maart 2022 in dienst

getreden bij de vennootschap als CFO+ tegen een salaris van € 10.318,67 bruto per maand. Bij indiensttreding was de bedoeling dat de directie zou bestaan uit een CEO en CFO. Omdat er nog geen CEO was gevonden, deed de bestuurder er enkele operationele taken bij. 'Cash flow'-problemen leidden ertoe dat de aandeelhouders in mei 2022 besloten dat de vennootschap anders moest worden aangestuurd en op zoek moest worden gegaan naar een zwaardere CEO. De bestuurder heeft een andere visie. In een gesprek op 29 september 2022 wordt hem meegedeeld dat er een CEO is gevonden en dat de financiële taken worden ondergebracht bij de controller waardoor geen behoefte meer bestaat aan een CFO. Hij is op non-actief gesteld en uitgenodigd voor de vergadering van aandeelhouders op 11 oktober 2022. In de periode van 1 tot 10 oktober 2022 was de bestuurder met vakantie om zijn 25-jarig huwelijk te vieren. Op 4 oktober 2022 ontving hij een beëindigingsvoorstel. Bij e-mail van 10 oktober 2022 heeft de bestuurder aangegeven dat de oproeping voor de AVA niet voldoet en dat hij niet zal verschijnen. Ook heeft hij aangegeven zich niet te kunnen vinden in het gespreksverslag en het voorstel niet te accepteren. Op 11 oktober 2022 is de bestuurder ontslagen. De bestuurder heeft verzocht om toekenning van een billijke vergoeding van € 330.826 bruto en daarnaast uitbetaling van vakantiedagen en buitengerechtigde kosten, omdat het ontslagbesluit gebrekkig tot stand is gekomen, geen sprake is van een redelijke grond en de vennootschap niet heeft voldaan aan haar herplaatsingsplicht.

De kantonrechter is van oordeel dat de keuze voor een bepaalde directiestructuur behoort tot de beleidsvrijheid van de vennootschap. Dat die keuze mede is ingegeven door financiële overwegingen is niet onbegrijpelijk en niet per definitie onredelijk. Dit betekent dat ervan moet worden uitgegaan dat als gevolg van organisatorische veranderingen de functie van de bestuurder niet langer beschikbaar was op een manier die door partijen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst was voorzien. De besluitvorming moest wel zorgvuldig plaatsvinden, met oog voor mogelijke alternatieven binnen de organisatie. Of er daadwerkelijk een functie beschikbaar was waarin de bestuurder voor langere tijd herplaatst kan worden is niet uit de verf gekomen. Dit biedt dan ook geen grond voor een billijke vergoeding. De kantonrechter is van oordeel dat de vennootschap ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, doordat de bestuurder niet in de gelegenheid is gesteld om advies uit te brengen op de AVA. De redenen voor het ontslag zijn pas op 4 oktober 2022 schriftelijk aan de bestuurder meegedeeld, terwijl de vennootschap wist dat hij toen met zijn gezin op vakantie was.

Ook stond de vennootschap niet meer open voor een heroverweging van het ontslag. De bestuurder was al op 29 september 2022 vrijgesteld van werk en diverse MT leden waren al over het vertrek van de bestuurder geïnformeerd. Deze handelwijze vindt de kantonrechter een ernstige schending van het goed werkgeverschap. De bestuurder maakt derhalve aanspraak op een billijke vergoeding. Bij de vaststelling van de hoogte weegt de Rechtbank mee dat de arbeidsovereenkomst bij zorgvuldig handelen nog zes maanden zou hebben geduurd, zodat de billijke vergoeding daarmee uitkomt op € 74.000 bruto.

Deze uitspraak bevestigt mijns inziens de algemene indruk dat bij bestuurders een redelijke grond sneller wordt aangenomen. De kantonrechter wijdt enkele overwegingen aan de aangevoerde organisatiewijziging om tot de conclusie te komen dat daarvan inderdaad sprake is. Tegelijkertijd wordt aan bestuurders vaker een billijke vergoeding toegekend, omdat bestuurders geen herstel van de arbeidsovereenkomst kunnen vorderen. Deze praktijk speelt een belangrijke rol in de aanpak van het ontslag van een bestuurder en de onderhandelingen over een vertrekregeling. Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding wordt, zo ook in deze casus, met name meegewogen hoe lang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben geduurd als de werkgever zorgvuldig te werk was gegaan. Ook een belangrijk uitgangspunt voor onderhandelingen over een beëindigingsregeling.

Tot besluit

De uitkomsten in de hiervoor besproken zaken zijn casus specifiek. Toch geven ze diverse inzichten die kunnen worden gebruikt bij het slaan van piketpaaltjes voor onderhandelingen over een beëindigingsregeling. Hoe verder de zienswijzen van partijen uit elkaar liggen, des te lastiger is het om tot een beëindigingsregeling te komen. Enig begrip voor het standpunt van de wederpartij blijft daarbij 'key'. Ontbreekt dat, dan is een inhoudelijke procedure onvermijdbaar. Daarmee wordt in elk geval bijgedragen aan de rechtspraak die bepalend is voor de onderhandelingen over een beëindigingsregeling.

Noten:

1. Mr. M.J. van Herwerden is werkzaam bij Houthoff, Amsterdam.
2. HR 30 juni 2017, ECLI:HR:2017:1187 en daarna Service Now (HR 17 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218), Blue Circle (HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:955) en New Hairstyle II (HR 17 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1312).
3. Ktr. Rotterdam 20 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3326.
4. Een 'tracking error' is een indicatie van de mate van afwijking tussen het rendement van een beleggingsfonds en de waardeontwikkeling van een benchmark.
5. Ktr. Rotterdam 2 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3813.
6. Ktr. Utrecht 18 april 2023, ECLI:NL:RNMNE:2023:1857.