

RECHTSPRAAK

## Masters in Finance B.V./werknemer

***Onterecht d-grondontslag na ferme non-actiefstelling leidt tot ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Van der Gulik/Vissers & Partners: schorsing enkel in uitzonderlijke omstandigheden. Intrekingsrecht in hoger beroep geldt niet. Billijke vergoeding € 6.000.***

Werknemer is op 1 januari 2015 in dienst getreden bij MIF. Hij vervulde de functie van accountmanager, tegen een salaris van € 3.250 per maand, exclusief vakantietoeslag. Op de arbeidsovereenkomst was de bonusregeling 2015 van toepassing (hierna: de bonusregeling). Om voor een bonus in aanmerking te komen diende werknemer een target te behalen. MIF houdt zich (mede) bezig met het detacheren van 'finance medewerkers' bij klanten. Het was de taak van werknemer – in de kern – om plaatsingen van deze medewerkers bij klanten te realiseren en nieuwe klanten te werven en behouden. Per 2 februari 2016 is werknemer op non-actief gesteld. MIF heeft in eerste aanleg verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van de d-grond, te weten: disfunctioneren (art. 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. art. 7:669 lid 3 onderdeel d BW). Het disfunctioneren bestaat volgens MIF uit onzorgvuldig handelen en ongestructureerd werken waardoor werknemer zijn targets niet haalde. Werknemer heeft een zelfstandig tegenverzoek gedaan tot ontbinding en zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een gefingeerde ontslaggrond. De kantonrechter heeft het verzoek van MIF afgewezen en het verzoek van werknemer toegewezen onder toekenning van een billijke vergoeding van € 6.000, alsmede tot betaling van een bonus aan werknemer van € 6.500. MIF stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat het einde van de arbeidsovereenkomst terecht is, maar toekenning van een billijke vergoeding en bonusregeling onjuist is. Werknemer verzoekt in hoger beroep een hogere billijke vergoeding.

Het hof oordeelt als volgt.

*Disfunctioneren (d-grond en bonusregeling)*

Over de bonusregeling oordeelt het hof dat voor de stelling van MIF dat alleen plaatsingen bij nieuwe door werknemer binnengehaalde klanten meetelden voor de target onvoldoende concrete feitelijke aanknopingspunt is. Dat aan werknemer bij indiensttreding is gezegd dat alleen plaatsingen bij nieuwe klanten meetellen, is niet gesteld. Wel is gesteld dat dit werknemer nadien bij herhaling is gezegd – hetgeen door hem overigens is betwist – maar ook als dat zo is heeft MIF onvoldoende onderbouwd waarom daaruit volgt dat tussen partijen als

overeengekomen norm is gaan gelden dat alleen plaatsingen bij nieuwe klanten meetellen. MIF stelt voorts dat ook los van het behalen van de target er sprake is van disfunctioneren omdat werknemer de nodige kerncompetenties voor zijn functie mist nu hij – samengevat – niet gestructureerd, slordig, laks en weinig doortastend in zijn handelen is. Het hof verwerpt deze stelling omdat deze onvoldoende feitelijk is onderbouwd. De gestelde tekortkomingen zijn kwalificaties en geen feiten. De wel genoemde feiten hebben weinig om het lijf en zijn niet zo ernstig dat daaruit (reeds) volgt dat werknemer disfunctioneert.

### *Schorsing*

Het gaat hier om de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van artikel 7:671c lid 2 onderdeel b BW. Dit criterium komt overeen met het gelijkkluidende criterium van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW volgt dat een billijke vergoeding slechts verschuldigd is in uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag, of als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34*). Het hof acht het zonder meer laakbaar en in strijd met het goed werkgeverschap dat MIF werknemer op non-actief heeft gesteld, dan wel zoals zij dat zegt: heeft vrijgesteld van werkzaamheden (hierna kortheidshalve: de schorsing/vrijstelling). Volgens vaste (lagere) jurisprudentie kan van een schorsing/vrijstelling slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn, gelet op het belang van werknemers – zoals werknemer – om werkzaam te blijven. Van zo'n uitzonderlijk geval is geen sprake. Anders dan MIF ziet het hof niet in dat een schorsing/vrijstelling van werkzaamheden 'begrijpelijk [is] nu het einde van het dienstverband aanstaande was en het in het belang van de continuïteit van contacten van MIF met klanten en zakenrelaties er in die zin radiostilte in acht werd genomen' (beroepschrift in principaal hoger beroep onder 41). Er was geen grond om op een ontbinding van de arbeidsovereenkomst vooruit te lopen, terwijl de schadelijkheid van het verder laten verrichten van werkzaamheden door werknemer onvoldoende is onderbouwd. Het is duidelijk dat MIF door deze handelwijze werknemer voor een voldongen feit wenste te stellen nadat de laatste niet met een beëindigingsvoorstel wenste in te stemmen. Zo heeft de heer F.W. Claus, directeur van MIF bij comparitie van partijen in eerste aanleg verklaard: 'We wilden met een goede minnelijke regeling uit elkaar, daar was mondeling zo goed als een akkoord over bereikt. Toen ging werknemer naar zijn toenmalige adviseur, waarmee wij hebben gesproken. Toen kwam er een conflictsituatie waarin alleen nog via de gemachtigden werd gesproken. Vanwege die conflictueuze houding van werknemer en het niet meer normaal kunnen praten over de voorwaarden van het minnelijk uiteen gaan, besloot ik om werknemer op non-actief te stellen.' Dit is laakbaar gedrag van MIF. Daar komt nog bij dat het hier gaat om aan loon gelijk te stellen arbeidsvoorwaarden. Nu de schorsing/vrijstelling dateert van 2 februari 2016 geldt de regeling van het loondoorbetalingsrisico in artikel 7:628 lid 1 (oud) BW. Deze regeling is met ingang van 1 april 2016 – in ieder geval redactioneel – gewijzigd. Gelet op de datum van de schorsing/vrijstelling kan in het midden blijven of deze

wijziging meebrengt dat de oordelen van de Hoge Raad in zijn arrest van 21 maart 2003 (ECLI:NL:HR:2003:AF3057) ook na 1 april 2016 geldend recht vormen. In onderhavige zaak gelden de oordelen uit het arrest van 21 maart 2003 onverkort. Deze oordelen komen erop neer dat er recht op loondoorbetaling – waaronder in dit geval ook: de auto en de telefoon – bestaat bij schorsing/vrijstelling, behoudens de tijdelijke uitzonderingen in de zin van artikel 7:628 lid 5 en 7 (oud) BW. Dat dergelijke uitzonderingen zich voordoen is gesteld noch gebleken. Het ontzeggen van het gebruik van de auto en de telefoon is dus zonder grond. De regelingen in artikel 16 van de arbeidsovereenkomst en de Personeelsgids kunnen hier niet aan afdoen. Het hof acht temeer verwijtbaar dat MIF de auto en de telefoon bij werknemer thuis is gaan ophalen. Door deze actie heeft MIF gehandeld op een wijze die als dwingend en intimiderend kan worden ervaren.

### *Billijke vergoeding*

Deze ernstig verwijtbare handelwijze van MIF heeft geleid tot een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding, op welke grond de kantonrechter op verzoek van werknemer de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden. Daarmee bestaat aanspraak voor werknemer op een billijke vergoeding in de zin van artikel 7:671c lid 2 onderdeel b BW. Naar het oordeel van het hof was het gedrag van MIF nodeloos diffamerend jegens werknemer. Uit de proceshouding van MIF leidt het hof af dat zij het ernstig laakbare van haar handelwijze niet inziet, hetgeen dient te worden gecompenseerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 31-33). Deze vergoeding heeft een volledig immateriële component nu concrete schade als gevolg van dit gedrag niet was te verwachten en ook niet is gebleken. Het hof deelt de argumenten van MIF ter zake de goede vooruitzichten van werknemer, ten tijde van de ontbinding, op ander werk. Het feit dat werknemer vrijwel aansluitend ander en beter betaald werk heeft gevonden bevestigt dit. Het hof acht een billijke vergoeding van € 6.000 bruto, zoals door de kantonrechter toegekend, passend.

### *Geen intrekingsrecht in hoger beroep*

Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep is nog aan de orde geweest of bij afwijzing van de gevraagde vergoeding van € 12.000 alsnog een intrekingsmogelijkheid moet worden geboden aan werknemer. Dat is niet het geval. In onderhavig principaal of incidenteel hoger beroep is het hof niet de rechter die 'voornemens is een ontbinding als bedoeld in artikel 671b of 671c uit te spreken' (art. 7:686a lid 7 BW).

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 06-12-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2016:3530

**Zaaknummer:** 200.192.631/01

**Rechters:** R.S. van Coevorden, H.J. Vetter en D. Aarts

**Advocaten:** J. Pijtak en E.M. Richel

**Wetsartikelen:** 7:683 BW, 7:671b BW en 7:671c BW