

RECHTSPRAAK

# werknemer/Fresenius HemoCare Netherlands B.V.

***Baijingsleer: additionele billijke vergoeding op grond van artikel 7:686 BW of 7:611 BW na hoge billijke vergoeding ex artikel 7:683 BW mogelijk. Zonder redelijke grond beëindigen van slapend dienstverband na beëindiging expatovereenkomst.***

*Feiten*

Werknemer (geboren 1963) is aanvankelijk vanaf 2 november 1987 als uitzendkracht en daarna vanaf 14 maart 1988 tot 1 december 2016 krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam geweest bij (de rechtsvoorgangster van) FHCN. Vanaf 2003 tot september 2010 was hij werkzaam als productieleider, laatstelijk tegen een salaris van € 5292 bruto per maand. Vanaf 2010 is werknemer binnen het concern uitgezonden naar een Braziliaanse dochtervennootschap. De arbeidsovereenkomst met FHCN bleef slapend. FHCN heeft per 1 april 2016 de arbeidsovereenkomst opgezegd, omdat werknemer verantwoordelijk zou zijn voor verliezen geleden in Brazilië. Als werknemer de vernietiging van de opzegging verzoekt bij de kantonrechter en in kort geding tewerkstelling in Nederland (zijn slapende dienstverband) en repatriëring van zijn familie naar Nederland, wordt op de dag van het kort geding werknemer op de payroll van FHCN geplaatst. Wel verzoekt FHCN ontbinding op de g- en h-grond. Werknemer verzoekt hoge vergoedingen wegens het gedrag van werkgever. Tijdens de behandeling van de zitting bij de kantonrechter hebben partijen een beëindigingsovereenkomst gesloten. De kantonrechter heeft op basis van deze beëindigingsovereenkomst de arbeidsovereenkomst per 1 december 2016 ontbonden. Bij brief van 3 oktober 2016 heeft de griffier aan de advocaten van partijen bericht dat de brief van 6 september 2016, waarin werknemer verklaart de beëindigingsovereenkomst op de voet van artikel 7:670b lid 2 BW te ontbinden, per abuis te laat onder de aandacht van de kantonrechter is gekomen en dat de kantonrechter de beschikking niet op de voet van artikel 31 Rv kan herstellen.

*Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt.

*Geen ontslaggrond voor slapend dienstverband na beëindiging expat*

FHCN heeft aan de door haar aangevoerde g-grond ten grondslag gelegd dat het management van Fresenius Kabi na de intra-concernuitzending van werknemer geen vertrouwen meer heeft in werknemer, in welke functie dan ook. Begin 2016 is de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam verstoord geraakt als gevolg van zijn financiële mismanagement, zijn laconieke houding nadat hij hierop meerdere keren was aangesproken en het niet opvolgen van instructies, waaronder de instructie tot het opmaken van een creditnota van € 192.134,52 voor een ongevraagde zending van grondstof naar Fresenius Friedberg in Duitsland. Fresenius Kabi heeft door werknemer een miljoenenverlies geleden en werknemer geeft daarvan anderen, die aan hem rapporteerden, de schuld. De door het hof te beantwoorden vraag is echter niet of terecht een punt is gezet achter de functie van werknemer als Plant Manager en zijn uitzending naar Brazilië, maar of er een redelijke grond was voor ontbinding van de – als gevolg daarvan weer tot leven gewekte – arbeidsovereenkomst met FHCN. FHCN voert daarvoor aan dat het management van haar moedermaatschappij door de gebeurtenissen in Brazilië geen vertrouwen meer heeft in werknemer in welke functie dan ook, maar onweersproken is dat werknemer gedurende ruim 27 jaar in andere functies dan Plant Manager goed heeft gefunctioneerd. Daarbij komt dat werknemer zichzelf ook niet heeft opgeworpen als Plant Manager, maar voor de functie is gevraagd. Gesteld noch gebleken is dat werknemer beschikte over een voor die functie adequate opleiding, laat staan ervaring. Dat werknemer met betrekking tot het financiële management niet de juiste verantwoordelijke persoon voor die functie is gebleken, behoefde er dan ook niet aan in de weg te staan dat FHCN hem na terugkeer weer in een functie zonder algehele, althans financiële, verantwoordelijkheid kon plaatsen. FHCN heeft immers terecht opgemerkt dat de LTIA 2015 haar er niet toe verplichtte werknemer na terugkeer eenzelfde functie aan te bieden als laatstelijk door hem werd vervuld. Het terechte verwijt met betrekking tot de te grote uitgaven voor reiskosten rechtvaardigt naar het oordeel van het hof evenmin ontbinding op de g-grond, nu mede gelet op de duur van het dienstverband geen sprake hoefde te zijn van een onherstelbaar verstoord verhouding. Niet duidelijk is gemaakt waarom niet volstaan had kunnen worden met een harde maar duidelijke correctie in de vorm van bijvoorbeeld terugvordering van de ten onrechte betaalde reiskosten en een officiële waarschuwing. Het beroep op de h-grond is door FHCN in haar ontbindingsverzoek uitermate kort toegelicht. Nu in hoger beroep eveneens een andere, wel steekhoudende, onderbouwing is uitgebleven, komt het hof tot de conclusie dat er geen reden was voor ontbinding op de g- of h-grond.

#### *Geen herstel, wel een billijke vergoeding*

Het verzoek tot herstel is strijdig met de door werknemer zelf gewenste ontbinding op de voet van artikel 7:686 BW, waarmee hij zijn verzoek in eerste aanleg heeft vermeerderd. Een veroordeling tot herstel is bovendien niet concreet uitvoerbaar, nu niet duidelijk is in welke functie dat zou moeten zijn. FHCN heeft onweersproken gesteld dat de functie die werknemer voor zijn uitzending bekleedde, na reorganisatie niet meer bestaat en dat vacatures niet bij werknemer pasten. Nu er geen passende functie voorhanden is, zal het hof overgaan tot het toekennen van een billijke vergoeding. Het hof ziet wel aanleiding voor een aanvulling op de transitievergoeding vanwege het verlies van de baan door onterechte ontbinding per 1

december 2016, maar houdt daarbij rekening met het feit dat de arbeidsovereenkomst naar alle waarschijnlijkheid niet veel langer zou hebben geduurd nu er geen passende functie in het verschieft lag en ook werknemer beëindiging nastreefde omdat hij zich gegriefd voelde. Het hof gaat ervan uit dat de arbeidsovereenkomst in dat geval ongeveer zes maanden later zou zijn geëindigd en ziet daarin aanleiding om de billijke vergoeding, rekening houdend met het salaris over die periode, inclusief de transitievergoeding te bepalen op het afgeronde bedrag van in totaal € 170.000 bruto.

*Additionele vergoeding ex artikel 7:686 BW of ex artikel 7:611 BW?*

Werknemer heeft voorts nog aanspraak gemaakt op vergoeding van schade wegens wanprestatie, waartoe hij in eerste aanleg zijn verzoek had aangevuld door op zijn beurt ontbinding op de voet van artikel 7:686 BW en schadevergoeding te verzoeken. Aan dat ontbindingsverzoek is de kantonrechter niet toegekomen. Het hof stelt voorop dat de in artikel 7:683 lid 3 BW bedoelde billijke vergoeding een vergoeding is die, wanneer de arbeidsovereenkomst volgens het hof ten onrechte door de kantonrechter is ontbonden, in de plaats komt van een veroordeling van de werkgever tot herstel van het dienstverband. Het is geen vergoeding voor schade als gevolg van toerekenbaar tekortschieten van de werkgever. In dit geval is er ook geen mogelijkheid tot compensatie via de billijke vergoeding die bij een terechte ontbinding kan worden toegekend aan de werknemer, wanneer die ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever, zoals bepaald in artikel 7:671b lid 8 BW en artikel 7:671c lid 2 of 3 BW. In beginsel kan werknemer daarom in deze procedure ook schadevergoeding claimen op basis van artikel 7:611 BW voor zover er voldoende verband is met het ontslag (art. 7:686a lid 3 BW). Slechts een beperkt deel van de door werknemer gestelde schadeposten komt mogelijk voor vergoeding in aanmerking. Het hof stelt partijen in de gelegenheid hier in onderling overleg uit te komen en houdt de zaak op dit punt aan.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 19-04-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:3494

**Zaaknummer:** 200.204.202/01

**Rechters:** M.E.L. Fikkers, M.F.J.N. van Osch en G. van Rijssen

**Advocaten:** R.G. Verheij en E.A.V. van Dam

**Wetsartikelen:** 7:683 BW, 7:671 BW en 7:611 BW