

RECHTSPRAAK

## werknemer/BCD Travel Nederland B.V.

***Onderscheid vergoeding in wel en niet bestaande ontslaggrond als alternatief voor herstel. Werknemer wel gehouden schadevergoeding aan werkgever te betalen, ondanks ontbreken ernstige verwijtbaarheid werknemer.***

### *Feiten*

Werkneemster is op 4 januari 1999 in dienst getreden bij BCD als Travel Consultant. Werkneemster heeft (onder meer) werkzaamheden ‘inhouse’ verricht op het kantoor van een klant van BCD, te weten de ANWB in Den Haag. De ANWB neemt deel aan het PartnerPlusBenefit Programma, een gratis online incentiveprogramma voor zakelijke klanten van een aantal luchtvaartmaatschappijen, waaronder Lufthansa. Zodra een klant reist met een van de deelnemende luchtvaartmaatschappijen worden Benefit Points gespaard, die door de klant kunnen worden ingezet voor onder meer gratis vliegtickets, upgrading naar business class, aankoop van artikelen, of (sinds de laatste paar jaar) in contant geld. Wanneer door of op kosten van de ANWB wordt gereisd met een deelnemende vliegmaatschappij, spaart de ANWB aldus Benefit Points. BCD heeft op 17 november 2015 via het interne klokkenluiderssysteem melding ontvangen dat er oneigenlijk (privé)gebruik van Benefit Points werd gemaakt, waarna BCD een onderzoek is begonnen via haar bedrijfssystemen. Werkneemster is op 8 januari 2016 op staande voet ontslagen, omdat zij zonder toestemming en medeweten van de ANWB en/of BCD, privéreizen per vliegtuig heeft geboekt met gebruikmaking van de Benefit Points van de ANWB. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet rechtsgeldig geoordeeld en werkneemster onder meer veroordeeld gefixeerde schadevergoeding, alsmede € 13.613 op grond van artikel 7:661 lid 1 BW aan werkgever te betalen.

### *Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt.

### *Geen dringende reden*

Aangezien X haar leidinggevende was en X aan werkneemster het aanbod deed gebruik te maken van de Benefit Points, die volgens zeggen van X niet door ANWB werden gebruikt en dreigden te vervallen, acht het hof aannemelijk dat werkneemster zich niet voldoende heeft gerealiseerd dat het gebruiken van de Benefit Points van de ANWB voor privédoeleinden niet

door de beugel kon. BCD wordt niet gevolgd in haar standpunt dat het werkneemster uit de Code of Conduct duidelijk moest zijn dat het gebruik van Benefit Points niet toelaatbaar was. De Code of Conduct bevat slechts algemene bepalingen. Tot slot weegt mee de lange duur van het dienstverband van werkneemster (ten tijde van het ontslag zeventien jaar), dat werkneemster – zoals onbetwist door haar gesteld – altijd goed heeft gefunctioneerd en dat de (twee) reizen die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd (ook gerekend van datum ontslag op staande voet) al enige jaren geleden (eind 2012 en begin 2013) zijn gemaakt. Enige noodzaak om de arbeidsrelatie van partijen per onmiddellijke ingang te beëindigen was er niet.

*Geen herstel, wel billijke vergoeding: onderscheid vergoeding in wel en niet bestaande ontslaggrond als alternatief voor herstel*

Het hof stelt voorop dat indien de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen, hij de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen (art. 7:683 lid 3 BW). Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het hof de ambtshalve bevoegdheid toekomt een billijke vergoeding toe te kennen in plaats van herstel. Het hof zal in dit geval niet overgaan tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Terugkeer van werkneemster naar BCD ligt in de gegeven omstandigheden niet in de rede. Hoewel geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, valt werkneemster – door het gebruik van Benefit Points die aan een klant toebehoren, hetgeen werkneemster bekend was – wel aan te rekenen dat zij privéreizen heeft gemaakt met gebruikmaking van de Benefit Points van de ANWB. Uit later onderzoek na het ontslag op staande voet is BCD gebleken dat werkneemster meer privéreizen heeft gemaakt dan de retourreis die aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd. Het hof is van oordeel dat werkneemster geen feiten of omstandigheden heeft gesteld die kunnen leiden tot de conclusie dat van ernstig verwijtbaar handelen van BCD in de gegeven situatie sprake is. Voor het toekennen van een billijke vergoeding in plaats van herstel op grond van artikel 7:683 lid 3 BW is ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever echter niet vereist. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding neemt het hof in aanmerking dat twee verschillende situaties dienen te worden onderscheiden. Allereerst de situatie dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven en een redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW ontbreekt. De arbeidsovereenkomst had in dat geval niet mogen worden beëindigd, hetgeen tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de billijke vergoeding. Daarvan dient te worden onderscheiden de situatie dat het ontslag op staande voet weliswaar niet rechtsgeldig is gegeven, zoals in het onderhavige geval vanwege het ontbreken van een dringende reden, maar er wel een redelijke grond is voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW. Indien BCD, in plaats van werkneemster op staande voet te ontslaan, ervoor had gekozen een ontbindingsverzoek in te dienen, zou dit naar het oordeel van het hof de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg hebben gehad. Het hof is van oordeel dat de billijke vergoeding in die situatie het gemis aan loondoorbetaling gedurende de te doorlopen ontbindingsprocedure tot aan de (te

verwachten) beëindigingsdatum behoort te compenseren. Het hof gaat in het onderhavige geval uit van de fictie dat BCD – toen op 6 januari 2016 bekend was dat werkneemster Benefit Points voor privévluchten had gebruikt – werkneemster niet op staande voet zou hebben ontslagen maar zich tot de kantonrechter zou hebben gewend met het verzoek de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op basis van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie vanwege verlies van het noodzakelijke vertrouwen (art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel g BW), welk verzoek dan waarschijnlijk in februari 2016 zou zijn ingediend. Naar het oordeel van het hof had BCD gelet op het gebruik van de Benefit Points voor privévluchten wel een redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar heeft zij met het ontslag op staande voet voor een te zwaar middel gekozen. Het hof schat dat in de loop van april 2016 op het verzoek een ontbindingsbeschikking zou zijn gegeven. Gelet op het bepaalde in artikel 7:672 lid 2 aanhef en onderdeel a BW, bedraagt de opzegtermijn voor BCD vier maanden. De periode gelegen tussen de ontvangst van het ontbindingsverzoek en de ontbindingsdatum, naar schatting zo'n twee maanden, dient op de opzegtermijn in mindering te worden gebracht. In geval van ontbinding zou de arbeidsovereenkomst naar verwachting zijn geëindigd per 1 juli 2016. Het bedrag aan (achterstallig) loon over de maanden januari 2016 tot 1 juli 2016 bedraagt zes maandsalarissen. Dit komt bij een maandloon van € 2523,60 neer op € 15.141,60 bruto, nog te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, derhalve € 16.352,93 bruto. Het bedrag wordt vermeerderd met een forfaitair percentage van 10%, onder meer wegens het (ten onrechte) niet kunnen beschikken over inkomen gedurende de maanden januari tot en met juni 2016, het gemis aan vakantietoeslag en vakantiedagen over bedoelde periode, de commotie die een ontslag op staande voet teweeg heeft gebracht en de moeite die werkneemster heeft moeten doen om een en ander aan te vechten. Dit resulteert in een toe te kennen billijke vergoeding van (afgerond) € 18.000 bruto. Hierop strekt in mindering de hierna te melden gefixeerde schadevergoeding ad € 5449,68 bruto, aangezien deze betrekking heeft op dezelfde periode (hetzelfde gemis aan loonbetaling) als die waarop de billijke vergoeding ziet, zodat per saldo een billijke vergoeding van € 12.550,32 bruto resteert.

#### *Schadevergoeding ex artikel 7:661 BW*

Uit de feitelijke gang van zaken met betrekking tot het gebruik van de Benefit Points van de ANWB, zoals hiervoor reeds is overwogen, volgt naar het oordeel van het hof dat sprake is van naïviteit van werkneemster, die is ingegaan op de uitnodiging van haar leidinggevende X om gebruik te maken van de opgespaarde Benefits Points – na diens mededeling dat de geldigheidsduur van de punten dreigde te verstrijken. Dit kwalificeert niet als opzet of bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW. Het hof is echter wel van oordeel dat de door BCD gevorderde schadevergoeding dient te worden toegewezen op grond van het navolgende. Onder verwijzing naar HR 13 juni 2008 (Abvakabo/TPG) acht het hof in de onderhavige zaak sprake van dusdanige 'omstandigheden van het geval' in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW, laatste volzin, dat de door BCD geleden schade wel voor rekening van werkneemster dient te komen. Werkneemster heeft, doordat zij in dienst was van BCD en werkzaamheden verrichtte ten behoeve van ANWB, ongeoorloofd gebruik kunnen maken van

de aan ANWB toebehorende Benefit Points. BCD heeft aan ANWB voor het privégebruik van de Benefit Points door haar werknemers een schadevergoeding van € 100.000 betaald. BCD heeft daarmee als gevolg van het gebruik van de Benefit Points voor privéreizen schade geleden. Naar het oordeel van het hof heeft werkneemster 'bij de uitvoering van de overeenkomst' als bedoeld in artikel 7:661 BW schade toegebracht aan BCD. Immers, de schade is ontstaan tijdens de uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden (HR 16 april 1999, *NJ* 1999/548) en werkneemster had uit hoofde van haar functie en in de uitoefening van haar werkzaamheden de mogelijkheid van haar leidinggevende gekregen om privéreizen te (laten) boeken met de Benefit Points. Van het bijvoorbeeld per abuis doen van een verkeerde boeking is in dit geval geen sprake. Daarnaast gaat het om een – al dan niet onbewust – toegebrachte schade aan de werkgever, waarvan werkneemster zelf profijt heeft gehad in de vorm van 'goedkoop' reizen. Dit alles brengt met zich dat werkneemster een deel van de door BCD geleden schade dient te vergoeden. Werkneemster wordt veroordeeld tot betaling van het door de kantonrechter aan BCD toegewezen bedrag van € 13.613.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 20-06-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:2024

**Zaaknummer:** 200.196.832/01

**Rechters:** C.J. Frikkee, S.R. Mellema en prof. mr. dr. A.R. Houweling

**Advocaten:** P. Drenth en W. van der Boom

**Wetsartikelen:** 7:677 BW, 7:683 BW en 7:661 BW