

RECHTSPRAAK

## werkneemster/N.V. Unive Schade

***Schadeclaim jegens rechtsbijstandsverzekeraar. Geen schade voor werkneemster als gevolg van verzuimen indienen tegenverzoek tot ontbinding onder oud ontslagrecht.***

### *Feiten*

Werkgeefster laat haar administratie onderzoeken op onregelmatigheden van de directie. In dat kader wordt een van de directeuren ontslagen. Werkneemster worden enkele vragen in het kader van het onderzoek gesteld, maar zij weigert herhaaldelijk deze te beantwoorden.

Werkgeefster dient (op grond van art. 7:685 BW (oud)) een verzoekschrift tot ontbinding in wegens primair een dringende reden (wanbeleid en zelfverrijking) en subsidiair bedrijfseconomische reden (hierna: de eerste procedure). Werkneemster heeft een rechtsbijstandverzekering en wordt bijgestaan door X, advocaat bij Y. In de eerste procedure wordt geen tegenverzoek tot ontbinding gedaan. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding van ongeveer € 225.000.

Werkgeefster trekt het ontbindingsverzoek vervolgens in. Werkneemster dient op 7 november 2013 een ontbindingsverzoek in (hierna: de tweede procedure). De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding van € 113.000. Werkgeefster wordt op 21 januari 2014 failliet verklaard. De moeder van werkgeefster betaalt de vergoeding. Werkneemster vordert in de onderhavige zaak een verklaring voor recht dat Y tekort is geschoten in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst, voor zover werkneemster niet is geïnformeerd over de mogelijkheid van het indienen van een tegenverzoek in de eerste procedure. Zij vordert tevens betaling van een vergoeding van € 339.000. De rechtbank verklaart voor recht dat Y tekort is geschoten in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst en wijst de overige vorderingen af. Werkneemster gaat in hoger beroep.

### *Oordeel*

Y is niet opgekomen tegen de feitenvaststelling dat zij tekort is geschoten in de nakoming van de verzekeringsovereenkomst, zodat ook het hof tot uitgangspunt neemt dat sprake is geweest van een beroepsfout van X, waarvoor Y tegenover werkneemster aansprakelijk is. Van schade is sprake indien het, veronderstellenderwijs, in de eerste procedure ingediende zelfstandig ontbindingsverzoek zou hebben geleid tot een hogere vergoeding dan werkneemster in de tweede procedure is toegekend. Dat betekent dat het hof zal hebben te onderzoeken (aan de hand van de 'trial-within-a-trial'-methode) hoe naar verwachting op dat zelfstandige

ontbindingsverzoek van werkneemster zou zijn beslist.

#### *Ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden*

Wat betreft de vraag of een ontbindingsverzoek van werkneemster, voor zover gestoeld op bedrijfseconomische omstandigheden tot de door haar gestelde, zekere vergoeding van € 225.000 had geleid, geldt het volgende. Werkneemster miskent dat in het (ongebruikelijke) geval dat een werknemer ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt vanwege penibele bedrijfseconomische omstandigheden bij zijn werkgever de aan te leggen toets door de kantonrechter in de eerste plaats gericht is op de vraag of de baan van de werknemer behouden moet worden en bij negatieve beantwoording daarvan, sprake is van een 'verwijtloos' ontslag. Hoewel een ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever ligt, brengt dat niet mee dat een werknemersverzoek, als het gaat om een toe te kennen vergoeding, gelijk kan worden gesteld met een werkgeversverzoek op dezelfde grond, waarbij als uitgangspunt gold dat 'de correctiefactor C bij een neutrale of kleurloze ontbinding gelijk is aan 1 (één)'. Onverkorte toepassing van die hoofdregel op werknemersverzoeken is niet alleen als maatschappelijk onaanvaardbaar maar als juridisch onjuist betiteld omdat daarvoor onvoldoende rechtvaardiging aanwezig werd geacht. Indien aan werkneemster ook op haar verzoek een vergoeding gebaseerd op een (neutrale) C-factor van 1 zou zijn toegekend, werd daarmee de bevoegdheid van werkgeefster om haar verzoek op dezelfde grond in te trekken, waaraan de kantonrechter de toekenning van een vergoeding van die omvang had verbonden, op onaanvaardbare wijze doorkruist. Het is immers aan de werkgever om tegen de achtergrond van de bepaalde vergoeding te beoordelen of hij zijn reorganisatie in de beoogde omvang wil doorzetten dan wel onder aanpassing daarvan de werknemer alsnog voor zijn onderneming wil behouden. In dat laatste geval moet er alsnog van uit worden gegaan dat werknemer zonder bezwaar van werkgever kan blijven en is daarmee de grond aan het verzoek tot ontbinding, zowel aan de kant van werkgever als aan de kant van werknemer, komen te ontvallen. In die situatie is het niet te rechtvaardigen dat de werknemer alsnog een ontbinding verkrijgt met een vergoeding die gebaseerd is op een in de risicosfeer van de werkgever liggende omstandigheid, terwijl werkgever die omstandigheid inmiddels heeft weggenomen. Het hof acht het dan ook niet reëel om ervan uit te gaan dat werkneemster op haar verzoek in de eerste ontbindingsprocedure, voor zover zij die had gegrond op bedrijfseconomische omstandigheden, door de kantonrechter een vergoeding toegekend had gekregen.

#### *Verstoring van de arbeidsrelatie*

Voor zover het de door werkneemster gestelde grond van verstoring van de arbeidsrelatie betreft, heeft zij onvoldoende onderbouwd dat dit verwijt aan het adres van werkgeefster in de eerste ontbindingsprocedure tot een hogere vergoeding zou hebben geleid dan toegekend in de tweede ontbindingsprocedure. Hoewel werkgeefster in de eerste procedure een verwijt kon worden gemaakt ten aanzien van het nakomen van haar re-integratieverplichtingen jegens werkneemster (zij had zich kort na het ontslag van de andere directeur ziekgemeld), valt ook werkneemster een verwijt te maken van de verstoorte arbeidsrelatie. Van haar had, zeker als

adjunct-directeur, verwacht mogen worden dat zij op vragen in het kader van het administratieonderzoek antwoord gaf. Redelijkerwijs viel te verwachten dat de kantonrechter bij het maken van die afweging dan ertoe gekomen zou zijn de C-factor op 0,5 te stellen. Een en ander leidt ertoe dat niet kan worden aangenomen dat werkneemster in de eerste ontbindingsprocedure op haar verzoek een hogere vergoeding zou zijn toegekend dan aan haar in de tweede ontbindingsprocedure is toegekend.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 18-12-2018

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2018:11009

**Zaaknummer:** 200.208.603

**Rechters:** W.F. Boele, W.P.M. ter Berg en I.F. Clement

**Advocaten:** J.F.R. Eisenberger en K. Erturk

**Wetsartikelen:** 7:685 BW (oud)