

RECHTSPRAAK

Onterecht ontslag op staande voet van statutair directeur nu niet is gebleken van betrokkenheid bij concurrerende handelsactiviteiten in COVID-producten, en racistische en vrouwonvriendelijke uitlatingen onvoldoende aanleiding gaven voor onmiddellijk ontslag gezien de grensoverschrijdende bedrijfscultuur binnen werkgeefsters.*Feiten*

Werkgever A en werkgever B maken deel uit van de bedrijf X en zijn dochtervennootschappen van B.V. Y. Werknemer was vanaf 1 augustus 2011 als Trader bij werkgever A in dienst en werkzaam binnen de Liquor divisie. Met ingang van 22 februari 2019 respectievelijk 1 augustus 2019 is werknemer, met behoud van zijn functie als Trader, benoemd tot statutair bestuurder van werkgever B respectievelijk werkgever A. Naar aanleiding van een ongebruikelijke factuur van een vennootschap die toebehoorde aan de voormalig statutair bestuurder heeft werkgever A in de periode van 30 juli 2020 tot en met 2 augustus 2020 een oude zakelijke telefoon van de voormalig statutair bestuurder doorzocht. Daarbij werd onder meer communicatie tussen de voormalig statutair bestuurder en werknemer aangetroffen. Vanwege de hiervoor genoemde factuur en de aangetroffen communicatie heeft op 3 augustus 2020 een gesprek plaatsgevonden met werknemer. In dat gesprek is namens werkgever A en B aan werknemer meegedeeld dat de genoemde factuur en communicatie aanleiding gaven voor extern onderzoek, omdat er mogelijk sprake was van concurrerende nevenactiviteiten en/of onoorbaar gedrag van werknemer. Werknemer werd met onmiddellijke ingang geschorst als werknemer en statutair bestuurder van werkgever A en B. Ten behoeve van het uit te voeren externe onderzoek heeft werknemer zijn zakelijke telefoon met de bijbehorende pincode en laptop ingeleverd bij werkgever A en B. Naar aanleiding van de door het ingeschakelde externe onderzoeksbureau verstrekte data hebben werkgever A en B werknemer per brief uitgenodigd voor een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: BAVA) op 8 september 2020. Op de meegezonden agenda van de BAVA stond onder meer het voorgenomen ontslag op staande voet van werknemer als statutair bestuurder van werkgever A en B. De aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde dringende redenen zijn kortweg in te delen in twee categorieën: (1) betrokkenheid bij concurrerende nevenactiviteiten met betrekking tot COVID-producten en (2) grensoverschrijdend gedrag, dat zich uit in racistische en vrouwonvriendelijke uitlatingen, negatieve uitlatingen over collega's en leidinggevend en prostitutiebezoek tijdens werktijd. Tijdens de BAVA hebben werkgever A en B werknemer met onmiddellijke ingang ontslagen als statutair bestuurder. Werknemer verzoekt hoofdelijke veroordeling van werkgever A en B tot betaling aan

werknemer van een gefixeerde schadevergoeding van € 106.537,89 bruto, een transitievergoeding van € 108.843,94 bruto en een billijke vergoeding van € 1.579.840,88 bruto.

Oordeel

Vennootschapsrechtelijk ontslag

Werknemer stelt dat het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit gebrekkig tot stand gekomen is, maar hij verbindt daaraan geen verzoek tot vernietiging van het ontslagbesluit. Het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit geldt daarom onverkort. De vraag die centraal staat is of aan het arbeidsrechtelijke ontslag op staande voet door werkgever A een dringende reden ten grondslag lag en dus of werknemer rechtsgeldig op staande voet is ontslagen.

Concurrerende nevenactiviteiten

Over de concurrerende nevenactiviteiten met betrekking tot COVID-producten hebben werkgever A en B onvoldoende gesteld op welke wijze werknemer daarbij betrokken was. Uit de door werkgever A en B overgelegde transactieoverzicht en inkoopoverzichten kan niet worden afgeleid dat werknemer bij die transacties een rol heeft gespeeld. Dat geldt ook voor de overgelegde whatsappberichten. Die whatsappberichten bestaan deels uit een gesprek tussen de voormalig statutair bestuurder en een derde, waaraan werknemer niet deelnam. Over de overige overgelegde whatsappgesprekken waaraan werknemer wel actief meedeed, heeft werknemer aangevoerd dat dit slechts als grap tussen vrienden was bedoeld, wat zou blijken uit onrealistische winstafspraken en betalingstermijnen en het feit dat werd gesproken over 'virtual money'. Daarop hebben werkgever A en B nagelaten om nader en concreet toe te lichten uit welke specifieke whatsappberichten moet worden afgeleid dat werknemer zich serieus heeft georiënteerd op het opzetten van een eigen handel in COVID-producten of dat hij heeft gefaciliteerd dat derden dergelijke concurrerende handelsactiviteiten konden ontplooiën. Evenmin zijn er facturen op naam van werknemer met betrekking tot COVID-producten of bewijzen van overboekingen aan werknemer in het geding gebracht. Gelet op het voorgaande is onvoldoende komen vast te staan dat werknemer betrokken was bij de door werkgever A en B gestelde concurrerende nevenactiviteiten.

Grensoverschrijdend gedrag

Ter onderbouwing van het gestelde grensoverschrijdende gedrag van werknemer hebben werkgever A en B in de stukken en ter zitting enigszins concreet verwezen naar enkele whatsappberichten. De bijdragen van werknemer in de daarin opgenomen passages moeten worden gekwalificeerd als onbetamelijk en grensoverschrijdend. Zo maakt hij daarin stelselmatig negatieve verwijzingen naar personen van andere nationaliteiten en/of culturele achtergronden, spreekt hij op een respectloze wijze over vrouwen en refereert hij meermalen aan prostituees die hij tijdens zijn dienstreizen zou hebben bezocht. Ook verwijst hij naar zijn leidinggevende als 'the Dog'. De door werkgever A en B aangehaalde whatsappberichten dateren echter van vóór de benoeming van werknemer tot statutair bestuurder. Van een

voorbeeldfunctie van werknemer als statutair bestuurder was op het moment dat hij die berichten stuurde dus nog geen sprake. Daar komt bij dat de voorafgaand aan zijn benoeming verstuurd berichten kennelijk werden uitgewisseld in een whatsappgesprek tussen vrienden; dat de whatsappberichten op een zakelijke telefoon stonden en dat de deelnemers aan het gesprek collega's waren, maakt dat niet anders. Daar staat tegenover dat werknemer voldoende heeft onderbouwd dat de inhoud van de aangehaalde whatsappberichten in de kern niet afwijkt van de binnen werkgever A en B heersende bedrijfscultuur. Illusterend is daarvoor onder meer de introductiefilm voor nieuwe medewerkers. Hierin worden meerdere opmerkingen gemaakt die vrouwonvriendelijk, van seksuele aard en/of racistisch zijn. Ook heeft de indirecte grootaandeelhouder op 15 januari 2016 een bericht verzonden met daarin een foto van schaars geklede vrouwen en de tekst '*wij hebben helemaal geen last gehad in Keulen*', als verwijzing naar een grootschalige groepsaanranding in Keulen die kort daarvoor plaatsvond. Ook in 2010 deed de indirecte grootaandeelhouder al de uitspraak '*They were a Jewish club, we should bomb them!*'. Gelet op deze omstandigheden is onduidelijk waarom de whatsappberichten van werknemer aanleiding waren om hem met onmiddellijke ingang te ontslaan. Mede in dat licht kunnen de door werkgever A en B aangehaalde whatsappberichten niet worden gezien als een (subjectief) dringende reden voor het ontslag op staande voet.

Verwijtbaar handelen werknemer

Hoewel van een dringende reden voor het ontslag niet is gebleken, volgt uit het voorgaande wel dat werknemer zich door de hiervoor besproken gedragingen in de genoemde whatsappgesprekken schuldig heeft gemaakt aan verwijtbaar handelen en nalaten in de zin van artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder e BW. De rechtbank gaat daarom ervan uit dat de arbeidsovereenkomst alsnog zou zijn ontbonden wanneer werkgever A daartoe een verzoek had ingediend. Wel heeft werknemer bij die stand van zaken recht op diverse vergoedingen. Deze vergoedingen zijn alleen verschuldigd door werkgever A en niet door werkgever B, omdat tussen werknemer en werkgever B geen arbeidsrechtelijke betrekking bestond. Hoewel werknemer verwijtbaar gehandeld heeft, brengt dat, tegen de achtergrond van de geschetste bedrijfscultuur binnen werkgever A, niet met zich dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer in de zin van artikel 7:673 aanhef en lid 7 onder c BW. Op grond daarvan is de verzochte transitievergoeding ten aanzien van werkgever A toewijsbaar. Omdat werkgever A ten onrechte geen opzegtermijn heeft gehanteerd is zij op grond van artikel 7:672 lid 1 BW aan werknemer de gefixeerde schadevergoeding verschuldigd. Tevens brengt het ontbreken van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 BW met zich dat werkgever A ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De billijke vergoeding ten aanzien van werkgever A is daarom eveneens toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-03-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:1263

Zaaknummer: C/13/692504 / HA RK 20-311 en C/13/692545 / HA RK 20-315

Rechters: N.C.H. Blankevoort

Advocaten: B.L.A. van Drunen en J.M. van der Woude

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:653 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW