

## RECHTSPRAAK

***Ontslag statutair bestuurder. Bestuurder is tijdig geïnformeerd over kritiek op functioneren en hem is voldoende gelegenheid gegeven zijn functioneren te verbeteren. Bestuurder heeft recht op schadevergoeding, nu hij niet als ‘good leaver’ is aangemerkt en vergoeding van winstrechten misloopt.***

*Feiten*

Werknemer is op 15 maart 2016 in dienst getreden bij Boele & Van Eesteren B.V. (hierna: BvE) en is per die datum benoemd tot statutair bestuurder. Sinds 10 december 2018 hebben met werknemer functioneringsgesprekken plaatsgevonden, waar verbeterpunten in zijn opgenomen. Werknemer heeft begin 2019 een leiderschapsprogramma gevolgd en is op 29 juni 2020 gestart met het programma Bedrijf geïntegreerd Senior Leiderschap (BSLP). Op 31 augustus 2021 heeft er een gesprek plaatsgevonden met werknemer, waarbij hem te kennen is gegeven dat het niet realistisch is de arbeidsrelatie voort te zetten en dat er in dat kader een algemene vergadering van aandeelhouders (ava) zal plaatsvinden waarbij zijn ontslag op de agenda zal staan. Op 17 september 2021 is werknemer tijdens de ava ontslagen als statutair bestuurder. In de notulen is onder meer opgenomen dat werknemer een verkeerde manier van leiderschap vertoont waardoor een managementcultuur wordt uitgedragen waar BvE als organisatie niet achter staat. De arbeidsovereenkomst is per 1 december 2021 geëindigd. BvE heeft aan werknemer de transitievergoeding betaald. Werknemer heeft in eerste aanleg toekenning van een billijke vergoeding verzocht en heeft aan zijn verzoek onder meer ten grondslag gelegd dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 BW. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het functioneren van werknemer niet voldeed aan datgene wat BvE redelijkerwijs van hem mocht verlangen, dat BvE hem voldoende gelegenheid heeft geboden zijn functioneren te verbeteren en dat herplaatsing niet in de rede lag. De verzoeken van werknemer zijn afgewezen. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld.

*Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt.

*Redelijke grond voor ontslag*

Ook het hof is van oordeel dat het functioneren van werknemer niet voldeed aan datgene wat BvE redelijkerwijs van hem mocht verlangen. BvE heeft werknemer periodiek en consequent, over een langere periode, en in ieder geval vanaf december 2018, (tijdig) duidelijk gemaakt dat zijn functioneren moest verbeteren. BvE heeft daartoe concrete verbeterpunten genoemd, in

het bijzonder ten aanzien van de wijze van leidinggeven en communicatie, en waarvan aannemelijk is dat deze essentieel zijn voor de functie van werknemer. BvE heeft dit steeds schriftelijk aan werknemer teruggekoppeld. Het hof overweegt voorts dat sprake was van fundamentele punten ter verbetering van het functioneren en niet van ontwikkelpunten 'die alle werknemers wel kennen'. Van werknemer had mogen worden verwacht dat hij naar aanleiding van de gesprekken met BvE begrepen zou hebben dat BvE wilde dat hij zijn functioneren zou verbeteren, omdat hij inmiddels drie jaar op rij een functioneringsgesprek had met duidelijke kritiek op zijn functioneren, een groot aantal terugkerende verbeterpunten en weinig positieve terugkoppeling van BvE. Het hof is van oordeel dat werknemer met name het laatste gesprek in de reeks van drie functioneringsgesprekken (het gesprek van 3 december 2020) als de door hem zelf benoemde rode vlag had moeten beschouwen. Het hof is verder van oordeel dat werknemer tijdig en in voldoende mate de gelegenheid is geboden zijn functioneren te verbeteren, gelet op de gesprekken tussen partijen, de coaching door een externe coach en het uitgebreide door BvE in tijd en geld aangeboden BSLP-programma waarin de individuele verbeterpunten waren ingebracht en waarvan werknemer nog twee van de zeven sessies te gaan had. Het hof is al met al van oordeel dat sprake is van een voldragen d-grond. Herplaatsing ligt niet in de rede, nu te verwachten valt dat werknemer in een andere functie tegen dezelfde punten van kritiek zou aanlopen, hetgeen aan een goede uitoefening van die functie in de weg zou staan. BvE heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer mogen opzeggen.

#### *Schadevergoeding MMP regeling*

Werknemer heeft voorts betaling gevorderd van een bedrag van € 16.643 netto en heeft daartoe aangevoerd dat BvE heeft belet dat hij als 'good leaver' in het kader van de MMP (de van toepassing zijnde winstdelingsregeling voor managers) werd aangemerkt, terwijl de MMP als een belangrijke arbeidsvoorwaarde moet worden beschouwd. Het hof overweegt allereerst dat op dit punt inderdaad sprake is van een arbeidsvoorwaarde. Voorts wordt overwogen dat de MMP-regeling geen definitie geeft van 'good leaver' en 'other leaver'. Dit brengt het risico van willekeur met zich, waarvan in dit geval ook sprake is geweest doordat werknemer eerst (in het kader van onderhandelingen over een vaststellingsovereenkomst) zonder voorbehoud als 'good leaver' is aangemerkt en daarna bij het afbreken van de onderhandelingen als 'other leaver' is aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat zijn opgebouwde winstrechten niet voor vergoeding in aanmerking komen. Nu werknemer zich – zo heeft BvE ook niet weersproken – altijd naar beste kunnen voor BvE heeft ingezet, had van BvE als goed werkgever mogen worden verwacht dat zij zich tegenover de RvB/RvC hard zou hebben gemaakt voor het good leaverschap van werknemer. Dit heeft zij niet gedaan. Het hof is daarom van oordeel dat BvE de schade als gevolg van het mislopen van de kwalificatie als 'good leaver' in het kader van de MMP-regeling aan werknemer moet vergoeden. De hoogte van het verzochte bedrag heeft BvE niet gemotiveerd weersproken. Het hof wijst de schadevergoeding ter hoogte van € 16.643 netto met wettelijke rente toe.

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 20-02-2024

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2024:274

**Zaaknummer:** 200.327.420/01

**Rechters:** M.D. Ruizeveld, J.S. Honée en L.G. Verburg

**Advocaten:** T.G. Martens en J.N. Huyzer

**Wetsartikelen:** 7:611 BW, 7:66g lid 3 sub d BW en 2:244 lid 1 BW