

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer :

Zaaknummer rechtbank :

arrest van 30 januari 2018

in de zaak van

wonende te
appellante,
hierna te noemen:
advocaat: mr. A. Stamoulis te Rotterdam,

tegen

gevestigd te
geïntimeerde,
hierna te noemen:
advocaat: mr. M.A. Schneider te Den Haag.

Het geding

1. Bij dagvaarding van 20 juni 2016 is in hoger beroep gekomen van het op 22 maart 2016 door de kantonrechter te Den Haag tussen partijen gewezen vonnis. Bij memorie van grieven heeft tien grieven tegen genoemd vonnis geformuleerd, welke alle door bij memorie van antwoord zijn bestreden.

Op 20 november 2017 hebben partijen hun standpunten nader doen toelichten, door mr. Stamoulis en door mr. Schneider, ieder aan de hand van overgelegde pleitnotities. Van het ter zitting verhandelde is proces-verbaal opgemaakt, welk proces-verbaal zich bij de stukken bevindt. Beide partijen hebben om arrest gevraagd. Arrest wordt gewezen op de stukken die het hof ter gelegenheid van het pleidooi zijn toegezonden.

Beoordeling van het hoger beroep

2. De kantonrechter heeft in zijn vonnis een aantal feiten vastgesteld. Tegen die feitenvaststelling is niet geappelleerd, zodat het hof ook van die feiten uit gaat. Het gaat om het volgende:

2.1 In september 2003 heeft het van de (hierna:) een (personeels)advertentie geplaatst met (onder meer) de volgende inhoud:

*"Gevraagd wordt***Afdelingshoofd Algemene- en Juridische Zaken**

Bij,

te Den

*Haag dient bovenstaande vacature per direct vervuld te worden. (...)**Geboden wordt**Een redelijk zelfstandige functie (...) Voor niet uitgezonden ambtenaren wordt de rechtspositie deels beheerst door het arbeidsrecht in Nederland."*

- 2.2 Op 28 januari 2004 heeft,, geboren op, op de functie als hiervoor aangeduid, gesolliciteerd. Het sollicitatiegesprek heeft plaatsgevonden op 11 februari 2004.
- 2.3 Bij brief gedateerd 22 maart 2004 schrijft de directeur van genoemd (hierna:), aan dat de Raad van Ministers heeft besloten dat zij bij de regering van dienst kan treden in de functie waarop zij gesolliciteerd heeft. Voorts schrijft onder meer: *"Aangezien dit deel uitmaakt van het werheidsapparaat wordt de rechtspositie van al onze medewerkers beheerst door regelingen zoals die gelden voor ambtenaren in, (...)* Indien u zich in het bovenstaande kunt vinden stel ik u voor om per donderdag 1 april 2004 te 08.30 uur met uw werkzaamheden bij dit aan te vangen."
- 2.4 is op 1 april 2004 daadwerkelijk met haar werkzaamheden op het begonnen.
- 2.5 Op 1 juni 2004 is er een (.....) Landsbesluit gevolgd waarbij de gemachtigd met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht aan te gaan, zoals nader in het Landsbesluit omschreven.
- 2.6 Op 2 november 2004 heeft er een beoordeling van plaatsgevonden. Die beoordeling laat een "ruime" C (= voldoende) zien.
- 2.7 Op 14 januari 2005 krijgt ter tekening een arbeidscontract voorgelegd. stemt met de tekst van die overeenkomst niet in en tekent het haar voorgelegde stuk niet.
- 2.8 Op 15 januari 2005 vertrekt voor vakantie op
- 2.9 Op 15 februari 2005, enkele dagen na terugkomst van haar verlof, meldt zich ziek.
- 2.10 Bij brief van 16 februari 2005 schrijft (hierna:), aan dat zij per gelijke datum uit haar functie van Hoofd van de afdeling Algemene en Juridische zaken wordt ontheven. Tevens is in dezelfde brief meegedeeld dat - indien onvermijdelijk - een procedure ex art. 98 van de Landsverordening Materieel Ambtenarenrecht (LMA) strekkende tot beëindiging van het dienstverband wegens ongeschiktheid c.q. onbekwaamheid zal worden ingezet.
- 2.11 Bij brief van 7 april 2005 heeft de arbeidsovereenkomst met opgezegd tegen 31 juli 2005, om reden dat zou disfunctioneren. heeft daarop bij brief van 20 april 2005, met een beroep op art. 7:670 BW, de nietigheid van die opzegging door haar toenmalige gemachtigde doen inroepen: was ten tijde van de opzegging nog arbeidsongeschikt.
- 2.12 Nadat per 4 mei 2005 hersteld was, heeft bij brief van 11 mei 2005 de arbeidsrelatie van partijen opnieuw opgezegd, wederom tegen (de facto) 31 juli 2005. Voor zover vereist is het dienstverband van partijen door nadien (ook) opgezegd tegen 1 november 2006. Bij brief van 4 oktober 2006 heeft (de gemachtigde

van) die (voorwaardelijke) opzegging vernietigd.
 2.13 heeft tot tweemaal toe, een maal in 2005 en een maal in 2007, (tevergeefs) een verzoek ex art. 7:685 (oud) BW gedaan tot (voorwaardelijke) ontbinding van de met) gesloten arbeidsovereenkomst.

3. Tegen de achtergrond van voormelde feiten heeft) tegen) voor zover in hoger beroep nog relevant, een vordering ingesteld zoals hieronder omschreven:

I. verklaring voor recht dat het door) (voorheen) aan) gegeven ontslag kennelijk onredelijk is in de zin van art. 7:681 (oud) BW;

II. veroordeling van) wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst van) tot:

primair:

(a) herstel van de arbeidsovereenkomst op de meest korte termijn (met terugwerkende kracht vanaf 1 november 2006 dan wel per een nadere in goede justitie te bepalen datum) en onder dezelfde rechtspositionele voorwaarden als zij die had ten tijde van haar ontslag per 1 november 2006 waarbij voor de hoogte van het salaris, de jaarlijkse indexatie en de waarnemingsstoelage aansluiting dient te worden gezocht bij de dienovereenkomstige emolumenten zoals vastgesteld door de kantonrechter in zijn vonnis van 14 februari 2008;

(b) bij herstel met terugwerkende kracht vermeerdering van de vordering tot doorbetaling van loon (inclusief vakantietoelage en overige overeengekomen vaste emolumenten) met de maximale wettelijke verhoging ex art. 7:625 lid 1 BW en de wettelijke rente;

(c) toekenning van een adequate vergoeding voor de periode van de eventuele onderbreking van de arbeidsovereenkomst vanaf 1 november 2006 tot de dag van herstel van de arbeidsovereenkomst waarbij de vergoeding - naar rato van de duur van de feitelijke onderbreking - gebaseerd wordt op de schadevergoeding zoals hierna subsidiair is vermeld, dan wel op een nader in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf de dag van het toewijzend vonnis tot de dag der algehele voldoening;

(d) betaling van een dwangsom van € 2.000,- per dag of gedeelte van een dag dat niet aan de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst gevolg is gegeven;

subsidiair:

betaling aan) van (a) een materiële schadevergoeding ad € 1.659.519,62 bruto, althans een nader in goede justitie te bepalen bedrag, (b) een vergoeding van de kosten van het opmaken van de schadeberekening door) ad € 1.837,50 exclusief BTW en (c) een vergoeding van geleden immateriële schade ad € 200.000,-, althans een nader in goede justitie te bepalen bedrag, dit alles te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dagtekening van vonnis tot de dag der algehele voldoening;

III. veroordeling van) in de buitengerechtelijke kosten conform BIK;

IV. veroordeling van) in de volledige kosten van deze procedure (waaronder het salaris van de gemachtigde), de kosten van betekening hierbij inbegrepen, en de nakosten.

4. De kantonrechter heeft, onder verwijzing naar art. 7:615 BW,) niet-ontvankelijk verklaard in haar op titel 10 boek 7 BW gebaseerde vordering. Van deze beslissing heeft de kantonrechter hoger beroep opengesteld. Voor het overige heeft de kantonrechter de beslissing over het door) gevorderde aangehouden. Van hetgeen) in eerste aanleg gevorderd heeft, is vervolgens na het uitbrengen van de appeldagvaarding, een gedeelte minnelijk geregeld, zodat enkel nog de vordering zoals hierboven weergegeven resteert.

5. kan zich met het vonnis zoals door de kantonrechter gewezen, niet verenigen en vordert in hoger beroep, verkort weergegeven, vernietiging van dat vonnis onder toewijzing van het in eerste aanleg gevorderde (hof: voor zover thans nog van belang), met veroordeling van (in de kosten van beide instanties.

6. Met betrekking tot de vordering en de grieven die tegen de afwijzing van die vordering heeft opgeworpen, overweegt het hof dat (voor alles) moet worden vastgesteld of de overeenkomst tot het verrichten van arbeid die partijen zijn aangegaan, geduid kan worden als een overeenkomst waarop het Nederlandse arbeidsrecht (titel 10 van boek 7 BW) van toepassing is. Bij gebreke van een schriftelijke overeenkomst waaruit op dat punt een en ander afgeleid zou kunnen worden, dient het hof te onderzoeken of er anderszins aanwijzingen zijn voor integrale toepasselijkheid van titel 10 van boek 7 BW op de arbeidsrelatie van partijen. Daarbij heeft art. 7:615 BW als uitgangspunt te dienen. Dat artikel bepaalt namelijk dat de bepalingen van titel 10 van boek 7 BW niet van toepassing zijn op personen die in dienst zijn van een staat of enig ander publiekrechtelijk lichaam. Dat tussen partijen van een dergelijk dienstverband sprake was, is niet in geschil. Het gaat om de uitzondering die art. 7:615 BW ook formuleert. Het voorgaande is namelijk anders indien vóór of bij aanvang van de dienstbetrekking door of namens partijen (dan wel bij wet of verordening) de bepalingen van titel 10 boek 7 BW op het bewuste dienstverband van toepassing zijn verklaard.

7. Het hof is van oordeel dat in dezen voorafgaande aan dan wel bij het aangaan van het dienstverband tussen partijen is overeengekomen (en aldus is verklaard als bedoeld in art. 7:615 BW) dat op de arbeidsrelatie van partijen het Nederlandse arbeidsrecht (titel 10 boek 7 BW) ten volle van toepassing is. Daarbij neemt het hof allereerst in aanmerking de advertentie waarop gerefleeteerd heeft. In die advertentie is opgenomen dat op de rechtspositie deels het Nederlandse arbeidsrecht van toepassing zal zijn. Daar komt bij dat ter pleidooizitting in hoger beroep heeft betoogd dat zij, in reactie op de brief van van 22 maart 2004 (in welke brief gerefereerd werd aan een ambtelijke aanstelling), heeft aangegeven dat zij wenste dat op haar dienstverband met Nederlands arbeidsrecht (titel 7 van boek 10 BW) (ten volle) van toepassing zou zijn en dat daarin bewilligd heeft, hetgeen, aldus, moge blijken uit het Landsbesluit van 1 juni 2004. heeft daarbij aangevoerd dat het Landsbesluit weliswaar dateert van 1 juni 2004, maar dat het een weergave is van hetgeen eerder bij het mondeling aangaan van het dienstverband tussen partijen is besproken en overeengekomen. Aan het tot stand komen van een Landsbesluit gaat, aldus een heel traject vooraf, reden waarom het pas op 1 juni 2004 is genomen. heeft deze gang van zaken zoals door geschetst niet (voldoende) gemotiveerd weersproken, zodat het hof van de juistheid van dat betoog uit gaat. Uit de inhoud van het Landsbesluit leidt het hof (mede) af dat titel 10 van boek 7 BW op de arbeidsrelatie van partijen van toepassing is. Immers, het Landsbesluit bevat allereerst de volgende bepaling: "(...) de rechtspersoon, hierna te noemen de werkgever, en (...) hierna te noemen de werkneemster, zijn overeengekomen de volgende arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht aan te gaan". Verder wordt in het Landsbesluit bepaald dat partijen een proeftijd van twee maanden zijn overeengekomen, hetgeen overeenkomt met art. 7:652, lid 3 (oud) BW. Ter onderbouwing van het oordeel zoals hierboven in de eerste volzin weergegeven neemt het hof ook in aanmerking rov. 6 van het vonnis van de kantonrechter te 's-Gravenhage van 17 augustus 2005 (rolnr. 505021; productie 31 bij inleidende dagvaarding) waar de kantonrechter (in kort geding) overweegt dat blijkens het gestelde in de processtukken en hun verklaringen ter zitting partijen (te weten enerzijds en anderzijds de

het erover eens zijn dat tussen hen een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht tot stand is gekomen, waarop het bepaalde in titel 10 van Boek 7 BW van toepassing is. Het betreft hier een procedure tussen en , waarbij wedertoelating tot de werkplek vorderde alsmede zuivering van haar goede eer en naam. heeft met betrekking tot bedoelde passage enkel opgemerkt dat hij zich niet kan herinneren een en ander ter zitting van de kantonrechter te hebben gezegd.

Ook in andere procedures die tussen en gevoerd zijn, is door de rechter vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat tussen hen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen waarop Nederlands recht (titel 10 van boek 7) van toepassing is (zie bijvoorbeeld rov. 3 van het arrest van het gerechtshof 's-Gravenhage van 22 november 2011 (zaaknummers en ; productie 42 bij inleidende dagvaarding). In dat arrest wordt (terloops) in rov. 7 vermeld dat tussen partijen niet in discussie is dat de opzegging van 7 april 2005 het dienstverband niet heeft doen eindigen, nu ' tijdig een beroep op art. 7:670 BW heeft gedaan. Ook hieruit valt af te leiden dat het steeds, al bij de aanvang van de arbeidsrelatie, de bedoeling van partijen is geweest dat op het dienstverband dat partijen zijn aangegaan, titel 10 van boek 7 BW van toepassing is. Dit arrest is na cassatieberoep in stand gebleven (HR 28 juni 2013, .

Tot slot verwijst het hof nog naar het feit dat tot twee maal toe getracht heeft op de voet van art. 7:685 (oud) BW de arbeidsovereenkomst van partijen "voorwaardelijk" te laten ontbinden. Deze handelwijze is naar het oordeel van het hof eveneens een indicatie van hetgeen partijen destijds zijn overeengekomen, te weten volledige toepasselijkheid van titel 10 van boek 7 BW op de arbeidsovereenkomst van partijen. De stelling van dat het (in deze ontbindingszaken, waarin was voorzien van juridische bijstand) om een vergissing gaat, overtuigt niet.

Naar het oordeel van het hof kan de slotsom van een en ander niet anders luiden dan hiervoor in de eerste volzin weergegeven. Het verweer dat verder op dit punt gevoerd heeft, is onvoldoende onderbouwd en kan aan dit oordeel niet afdoen.

8. Waar de kantonrechter anders heeft geoordeeld dan hiervoor onder 7. overwogen, kan het vonnis van de kantonrechter niet in stand blijven. De aangaande voormelde kwestie tegen dat vonnis geuite bezwaren treffen doel en het vonnis van de kantonrechter zal daarom worden vernietigd. Het hof houdt, op de voet van art. 356 Rv., de zaak aan zich om in hoger beroep op de hoofdzaak te beslissen. De vordering van zal alsnog inhoudelijk worden beoordeeld. Het gaat daarbij in de kern om de vraag of de arbeidsovereenkomst met kennelijk onredelijk heeft opgezegd. beantwoordt die vraag bevestigend daarbij stellende dat er sprake is primair van een valse/voorgewende reden en subsidiair van het "gevolgencriterium". Met betrekking tot die stellingen overweegt het hof als volgt.

9. heeft zich, ter afwering van de vordering uit kennelijk onredelijk ontslag, op het standpunt gesteld dat die vordering inmiddels verjaard is. Het hof gaat in die stellingname niet mee. Nadat het dienstverband van partijen per 1 november 2006 was geëindigd, heeft in de brieven van 26 maart 2007 en 12 september 2007 uitdrukkelijk haar recht om tegen (de rechtsvoorganger van) een vordering wegens kennelijk onredelijke opzegging in te stellen, voorbehouden. Nadien zijn er gedurende enige jaren geen stuitingsbrieven meer door ontvangen, maar een en ander hangt samen met procedures die tegen gevoerd heeft aangaande de rechtmatigheid van het haar gegeven ontslag. In die procedures ligt naar het oordeel van het hof in voldoende mate besloten dat zich bij het haar gegeven ontslag niet neerlegde en dat er ter dege rekening mee moest houden dat vorderingen zou instellen die samenhangen met

het door haar bestreden ontslag, waaronder een vordering uit kennelijk onredelijke opzegging. De eerdere stuitingsbrieven refereren ook aan de mogelijkheid van die actie. Toen eenmaal bij onherroepelijk geworden arrest van het gerechtshof 's-Gravenhage van 22 november 2011 in rechte was vastgesteld dat (de rechtsvoorganger van) als de werkgever van diende te worden aangemerkt, heeft weer stuitingsbrieven aan doen toekomen binnen de termijnen die daarvoor waren voorgeschreven, tot aan het instellen van deze procedure aan toe, te weten 18 maart 2015. Ook in de periode van 20 september 2013 tot 20 maart 2014 is de verjaring gestuit. De stuitingsbrief, gedateerd 20 maart 2014, is, naar tussen partijen onweersproken is, aangeboden op 19 maart 2014 om 16.55 uur bij PostNL, om aangetekend aan het adres van verstuurd te worden. Dat zo zijnde is hoogst aannemelijk dat die brief de dag daarop, 20 maart 2014, bij is bezorgd. De voor 17.00 uur aangeboden post wordt doorgaans de dag daarop bij geadresseerde bezorgd. Dit ligt te meer voor de hand nu de brief bij een postagentschap van PostNL is aan geboden in Den Haag en ook in Den Haag bezorgd diende te worden. bestrijdt de hiervoor geschetste gang van zaken niet met zoveel woorden, maar houdt er een eigen theorie op na waarom de brief op 21 maart 2014 (te laat om daarmee de vordering uit kennelijk onredelijke opzegging te kunnen stuiten) bij zou zijn aangekomen. Deze theorie is onvoldoende onderbouwd en overtuigt niet.

10. Met betrekking tot de door ingestelde vordering wegens kennelijk onredelijke opzegging heeft nog betoogd dat er sprake is van een (niet toegelaten) dubbele "switch". Ook die stelling van onderschrijft het hof niet. Uit de stuitingsbrieven van 26 maart 2007 en 12 september 2007 komt duidelijk naar voren dat zich bij het haar gegeven ontslag niet neerlegt en de rechtmatigheid daarvan aanvecht. In die brieven behoudt zich enkel het recht voor om de "switch" te maken en een actie uit kennelijk onredelijk ontslag te beginnen indien daarvoor op enig moment aanleiding bestaat. Van een "switch", een daadwerkelijke actie uit kennelijk onredelijke opzegging, is in die brieven duidelijk nog geen sprake. De actie uit kennelijke opzegging is eerst gestart bij de dagvaarding in eerste aanleg in de voorliggende procedure, nadat de procedure inzake de rechtmatigheid van het gegeven ontslag was afgerond. Tot die tijd is een vordering uit kennelijk onredelijke opzegging steeds gestuit. Overigens is in dezen van een switch al helemaal geen sprake nu met een switch bedoeld wordt het door een werknemer in een lopende procedure, onder berusting van het gegeven ontslag, ondubbelzinnig afstand doen van het recht dat ontslag in rechte aan te vechten, om vervolgens de procedure op grond van een gewijzigde grondslag en eis op grond van art. 7:681 (oud) BW voort te zetten. Een en ander is in deze procedure niet aan de orde.

11. Nadat op 1 april 2004 bij in dienst was getreden, hebben zich met betrekking tot het functioneren van geen noemenswaardige incidenten voorgedaan, in ieder geval zijn dergelijken incidenten, zo al voorgevallen, in die tijd niet met besproken. Toen dan ook in begin november 2004 beoordeeld werd, kreeg zij een ruime "C" (hof: "C" = voldoende). Van kritiek- of verbeterpunten was geen sprake. Er werd enkel vermeld dat nog bezig was met haar inwerking. Op 16 december 2004 heeft er te Den Haag overleg plaatsgevonden tussen delegaties van inzake de UPG/LGO en transshipment EU dossiers. maakte in dit kader deel uit van de delegatie van Kennelijk heeft zich daar naar behoren van haar taak gekweten, hetgeen moge blijken uit de aan gerichte brief van de

(hierna:) van 12 januari 2005. In die brief geeft aan dat tijdens het overleg op 16 december 2004 op kundige wijze heeft bijgestaan. Tevens

verzoekt [] om medewerking om in het transshipmentdossier [] een probleemstelling te laten formuleren en daarop haar visie te laten geven. Op 15 januari 2005 gaat [] voor een vakantie van twee weken naar []. Teruggekomen meldt [] zich ziek op 15 februari 2005. De dag er na deelt [] per brief mee dat zij per nog diezelfde dag (16 februari 2005) uit haar functie wordt ontheven, dit vanwege [] kortweg, disfunctioneren. [] heeft zich tegen de ontheffing uit haar functie verweerd. Een en ander heeft niet mogen baten want op 7 april 2005 heeft [] de arbeidsovereenkomst van partijen opgezegd tegen 31 juli 2005. Omdat op het moment van opzegging [] nog arbeidsongeschikt was en derhalve (naar Nederlands arbeidsrecht) de opzegging niet rechtsgeldig was, heeft [] het dienstverband zekerheidshalve nogmaals opgezegd op 11 mei 2005, nadat [] zich op 4 mei 2005 weer arbeidsgeschikt had gemeld. Uiteindelijk is de arbeidsovereenkomst van partijen geëindigd op 1 november 2006.

12. Het hof duidt de opzegging van de arbeidsovereenkomst van partijen, een en ander als hiervoor geschetst, als kennelijk onredelijk en wel op de primaire grond van de door [] tegen [] ingestelde vordering: de valse/voorgewende reden. [] heeft [], met de ontheffing uit haar functie, geheel en al overvallen. Dat [] zou disfunctioneren, zoals in de brief van 16 februari 2005 beweerd werd, is haar nimmer meegedeeld. Evenmin is er sprake geweest van een verbetertraject, zodat [] had kunnen werken aan beweerde tekortkomingen. In zijn brief van 25 februari 2005 komt [] met allerlei verwijten richting [], maar dat zijn achteraf geuite bezwaren, deze zijn nooit met [] gedeeld, in ieder geval blijkt daar niet van. Naar het oordeel van het hof had een redelijk handelend werkgever niet tot ontheffing (en ontslag/opzegging) mogen overgaan op basis van verwijten die [] niet zijn voorgehouden in de tijd dat zij werkzaamheden voor [] verrichtte, maar eerst achteraf naar voren zijn gebracht. [] is op die manier de mogelijkheid ontnomen zich te verbeteren en zich te gedragen op een wijze die [] van haar verlangde. Dat [] aangaande haar functioneren verwijten maakt, wil bovendien niet zeggen dat die verwijten ook juist zijn. Het hof verwijst in dit verband naar de verklaring van [] van 25 juli 2005 (productie 28 bij inleidende dagvaarding). [] maakte deel uit van de sollicitatiecommissie die [] had aangenomen. Hij heeft [] in zijn werk ook van nabij (professioneel) meegemaakt. [] verklaart onder meer dat [] bekend stond als een zeer gedreven en deskundige "professional" die goed beslagen te werk ging en zich meer dan 100% inzette voor haar werk. Daarnaast heeft [], aldus [], bewezen op verschillende niveaus goed te kunnen communiceren en de nodige contactuele eigenschappen te bezitten. [] verklaart tevens dat - in zijn beleving - [] op oneigenlijke gronden is ontslagen.

Al het voorgaande betekent dat [] een reden aan het [] gegeven ontslag ten grondslag gelegd heeft, die allerminst vast staat. De ontslaggrond is vals dan wel voorgewend; [] had niet ontslagen mogen worden. [] heeft nog wel bewijs aangeboden van het feit dat er problemen waren met het functioneren van [] door het horen van [], maar in het licht van de stellingen van [] zelf, de C-beoordeling van [] in december 2004, en de brieven van de heren [] en [], is het hof van oordeel dat [] het disfunctioneren van [] onvoldoende heeft onderbouwd, zodat aan bewijslevering niet toegekomen wordt. De brieven van [] van 16 februari 2005 en 25 februari 2005 waarin het functioneren van [] (achteraf) wordt gekritiseerd, leggen onvoldoende gewicht in de schaal om anders te beslissen.

13. Waar er sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging van het dienstverband met [], is [] overeenkomstig art. 7:681 (oud) BW, schadeplichtig dan wel kan conform art. 7:682 (oud) BW veroordeeld worden de dienstbetrekking met [] te

herstellen. vordert in deze procedure primair herstel van het dienstverband met heeft daar tegenin gebracht dat de functie van per 1 november 2006 door iemand anders is vervuld, er geen vacature is waarvoor in aanmerking komt, daadwerkelijk slechts negen maanden in functie werkzaam is geweest en inmiddels meer dan tien jaar niet meer werkzaam is bij het de functie sinds het vertrek van in relevante mate gewijzigd is en er sprake is van een andere werkwijze ten opzichte van de situatie in 2004-2006. heeft een en ander niet, althans onvoldoende gemotiveerd weersproken. Het hof is dan ook van oordeel dat herstel van het dienstverband geen reële optie is. Voor vergoeding van schade, zoals bedoeld in art. 7:681 (oud) BW, is wel een goede grond aanwezig.

14. De hoogte van die vergoeding als hiervoor bedoeld, houdt nauw verband met de omstandigheden die tot het oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag hebben geleid, en is mede afhankelijk van omstandigheden zoals de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk. De omvang van de vergoeding wordt vastgesteld aan de hand van (op basis van de aangevoerde stellingen) vast te stellen feiten en na een afweging van de omstandigheden aan de zijde van beide partijen, waarbij de gewone regels omtrent de begroting van schade (vergoeding) van toepassing zijn. Bij kennelijk onredelijk ontslag is de hoogte van de toe te kennen vergoeding bovendien gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en aan de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer (HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, NJ 2010/493, en HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, NJ 2010/494). In de onderhavige zaak leidt dit tot het volgende.

15. was 48 jaar oud toen zij in april 2004 als Afdelingshoofd Algemene en Juridische Zaken van a dienst trad van (de voorganger van) Bij brief van 16 februari 2005 is zij uit haar functie ontheven en op 7 april 2005 is de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren opgezegd. Uiteindelijk is het dienstverband opgezegd tegen 1 november 2006. Aldus heeft het dienstverband niet langer geduurd dan twee jaar en zeven maanden. Na haar ziekmelding op 15 februari 2005 heeft in het kader van dit dienstverband niet meer daadwerkelijk werkzaamheden verricht. heeft aangevoerd dat zij, in het licht van haar leeftijd, de aard van de aanstelling en de vooruitgang die zij in korte tijd had geboekt (was tevens benoemd tot plaatsvervangend directeur van), het dienstverband als een 'eindstap in haar carrière' beschouwde (inleidende dagvaarding, onder 73) en dat zij de verwachting en de intentie had om tot haar pensioengerechtigde leeftijd (van 67 jaar) bij in dienst te blijven (memorie van grieven, onder 4.44; pleitnota, onder 22). Gelet op de betwisting van deze stellingen door , acht het hof onvoldoende aannemelijk dat tot haar pensioen in dienst van zou zijn gebleven. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat dit een periode van in ieder geval zestien jaar zou hebben beslaan, terwijl het gemiddelde dienstverband in Nederland niet langer dan negen jaar duurt en eerdere dienstverbanden van gemiddeld niet langer dan vier jaar hadden geduurd (memorie van antwoord, onder 6.23; pleitnota , onder 5.2 en 5.3). Ook de stelling van dat het vanwege de gebruikelijke interne opvolging in de lijn der verwachting lag dat zij als directeur van zijn benoemd, brengt niet zonder meer mee dat zij in die hoedanigheid haar pensioengerechtigde leeftijd zou hebben gehaald (pleitnota, onder 22). Hieruit volgt tevens dat de door in het geding gebrachte begroting van haar schade (door ; productie 48 bij inleidende dagvaarding), die erop is gebaseerd dat zij

tot aan haar pensioen in dienst van _____ zou blijven, bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding geen gewicht in de schaal kan leggen.

16. In verband met haar kans destijds op het vinden van ander passend werk heeft gesteld dat zij door berichten van _____ in diverse kranten, op de radio en op de website van _____ over (onder andere) haar vermeende disfunctioneren reputatieschade heeft geleden en daardoor in verschillende sollicitatieprocedures bot heeft gevangen (memorie van grieven, onder 4.41 (p. 21)). _____ heeft deze door _____ weersproken stelling echter niet voldoende onderbouwd, bijvoorbeeld door overlegging van de berichtgeving die de gestelde reputatieschade tot gevolg heeft gehad, hetgeen wel van haar kon worden verwacht. Evenmin heeft zij daarvan voldoende specifiek en concreet bewijs aangeboden. Daarom gaat het hof hieraan voorbij. Voor zover _____ (naast vergoeding van immaterieel nadeel in het kader van art. 7:681 lid 1 BW) uit hoofde van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW (aantasting in eer of goede naam) vergoeding van immateriële schade beoogt te vorderen, brengt het voorgaande mee dat zij ook daarvoor onvoldoende heeft gesteld.

17. Het geven van de valse/voorgewende reden voor het ontslag, bestaande in het vermeende disfunctioneren van _____ moet naar haar aard reeds als een zeer ernstige tekortkoming aan de kant van _____ worden aangemerkt. _____ had immers niet ontslagen mogen worden. In het licht van voorgaande feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang bezien, is het hof van oordeel dat _____ aanspraak kan maken op een vergoeding ten belope van haar volledige loon, inclusief emolumenten, gedurende drie jaar te rekenen vanaf 15 februari 2005. Het hof gaat er daarbij van uit dat _____ de ontheffing en het ontslag weggedacht, gedurende nog twee jaar, te rekenen vanaf 15 februari 2005 in dienst van _____ zou zijn gebleven en dat het haar vervolgens een jaar gekost zou hebben een andere baan te vinden. Een en ander betekent dat naar het oordeel van het hof _____ recht heeft op doorbetaling van het volledige loon inclusief emolumenten gedurende drie jaar te rekenen vanaf 15 februari 2005. Daarop strekt in mindering het bedrag dat _____ aan loon tot 1 november 2006 heeft doorbetaald, zodat _____ recht heeft op een bedrag gelijk aan het netto salaris (inclusief emolumenten en pensioenopbouw) over vijftieneneenhalve maand.

18. De vergoeding van de kosten van het opmaken van de schadebegroting door _____ zal het hof afwijzen. Het is de eigen, vrije, keuze geweest van _____ om zich tot genoemd bureau voor een schadebegroting te wenden. De aan die keuze verbonden kosten kunnen niet op _____ verhaald worden, daarvoor ontbreekt iedere rechtsgrond.

19. _____ heeft nog een beroep gedaan op een op _____ rustende verplichting uit art. 6:101 lid 1 BW haar schade te beperken door zo spoedig mogelijk een andere passende baan te zoeken en/of een uitkering aan te vragen (conclusie van antwoord, onder 9.13; pleitnota, onder 5.4). _____ heeft dit als zodanig niet weersproken. Zij heeft gesteld na haar ontslag aanspraak te hebben gehad op een kortdurende WW-uitkering (memorie van grieven, onder 4.41, p. 21). Het door _____ in bedoelde periode van vijftieneneenhalve maand ontvangen uitkeringsbedrag zal in mindering moeten worden gebracht op de haar toe te kennen vergoeding. Ten aanzien van het zoeken van een andere passende baan overweegt het hof dat tussen partijen niet in geschil is dat _____ na haar ontslag naar verschillende functies heeft gesolliciteerd, zij het dat deze sollicitaties niet succesvol zijn geweest. Dat in dit verband sprake was van een aan _____ toe te rekenen omstandigheid als bedoeld in art. 6:101 lid 1 BW, is gesteld noch gebleken. In zoverre faalt het beroep op de schadebeperkingsplicht. Verder is niet komen vast te staan dat _____ in meergenoemde periode van vijftieneneenhalve maand als registermediator inkomsten heeft genoten die op de haar toe te

