

beschikking

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 7548859 EA VERZ 19-118

beschikking van: 30 april 2019

func.: 34109

beschikking van de kantonrechter

In z a k e

de besloten vennootschap Chipsoft B.V.

gevestigd te Amsterdam

verzoekster

nader te noemen: Chipsoft

gemachtigde: mr. M.E.J. van Gelderen

t e g e n

██████████
wonende te ██████████

verweerder

nader te noemen: ██████████

gemachtigde: mr. J.M.P. Verkaart

HET PROCESVERLOOP

Verwezen wordt naar de volgende stukken:

-het verzoekschrift van 19 februari 2019

-het aanvullend verzoekschrift van 15 maart 2019

-het verweerschrift van 18 maart 2019

-productie 30 van de zijde van ██████████

-het proces-verbaal van de zitting van 28 maart 2019

-de pleitnota's van beide gemachtigden van de zitting van 28 maart 2019.

Hierna is de behandeling enige tijd aangehouden voor minnelijk overleg.

De mondelinge behandeling is voortgezet op 8 april 2019.

Voorafgaand aan deze zitting heeft mr. Van Gelderen nog producties 12 en 13 (abusievelijk aangeduid als 30 en 31) overgelegd en mr. Verkaart producties 31 tot en met 33.

Beide gemachtigden hebben op 8 april 2019 pleitnotities overgelegd.

DE BEOORDELING VAN HET GESCHIL

De feiten

1. [REDACTED], geboren op [REDACTED], is op 1 april 2000 in dienst getreden van Chipsoft.
2. Chipsoft ontwikkelt en implementeert innovatieve software voor de zorgsector. Zij levert software en aanverwante diensten aan nationale en internationale zorginstellingen. Bij Chipsoft zijn ongeveer 700 medewerkers werkzaam. De directie van Chipsoft bestaat uit [REDACTED], zijn zoon [REDACTED] en [REDACTED]. Er is geen Ondernemingsraad of medezeggenschapsorgaan.
3. [REDACTED] is werkzaam in de functie van consultant en domeinverantwoordelijke koppelingen, en geeft leiding aan ongeveer 20 consultants.
4. Het laatstgenoten salaris van [REDACTED] bedraagt € 5.791,46 bruto per maand exclusief vakantietoeslag. Daarnaast heeft [REDACTED] recht op een vaste eindejaarsuitkering en heeft hij vanaf 2011 maandelijks een substantieel bedrag aan bonus ontvangen: over de jaren 2011 tot en met 2015 zijn maandelijks bonusbedragen uitgekeerd ter hoogte van circa € 40.000 bruto per jaar. Over 2016 bedroeg de bonus € 41.116,08 bruto. In 2017 werd een maandelijks bonusbedrag van € 3.750,- bruto betaald en in 2018 werd € 4.557,73 bruto per maand betaald als bonus.
5. De betaling van de bonus van [REDACTED] is in februari 2018 stopgezet.
6. [REDACTED] is gedurende de periode 24 januari tot en met 5 februari 2019 naar Curacao geweest met ongeveer 22 andere medewerkers van Chipsoft om software te implementeren in een ziekenhuis daar. [REDACTED] verbleef op het Bon Bini Seaside Resort, dat wordt beheerd door [REDACTED], tevens medewerker van Chipsoft in de functie van Facilitair/administratief medewerker.
7. In de nacht van 30 op 31 januari 2019 kwam [REDACTED] rond 02.00 en 03.00 samen met medewerkster [REDACTED] terug bij het resort. Nadat eerst [REDACTED] vlakbij een auto had geplast, heeft ook [REDACTED] naast en/of tegen de betreffende auto geplast. Deze auto bleek toe te behoren aan [REDACTED]. Dit voorval, hierna ook aan te duiden als "het plasincident", is door beveiligingsmedewerkers geconstateerd en op camera beelden teruggekeken door deze medewerkers en [REDACTED]. Deze hebben de betreffende beelden doorgestuurd naar de directie van Chipsoft.
8. [REDACTED] heeft op vrijdag 1 februari 2019 per whatsapp bericht [REDACTED] met onmiddellijke ingang op non-actief gesteld en de toegang voor [REDACTED] tot alle bedrijfssystemen inclusief zijn e-mail geblokkeerd.
9. Op 6 februari 2019 vond een gesprek plaats ten kantore van Chipsoft, waarbij aanwezig waren [REDACTED], mr. Van Gelderen, [REDACTED] en mr. Verkaart. Aan het einde van dit gesprek werd medegedeeld dat [REDACTED] op korte termijn nader zou vernemen, hij bleef geschorst. Op 19 februari 2019 werd het verzoekschrift ingediend.

10.

Bij e-mails van 25 februari en 1 maart 2019 heeft mr. Van Gelderen aan mr. Verkaart een aantal vragen gesteld over de urenregistratie van ██████████, waarop mr. Verkaart bij e-mail van 6 maart 2019 heeft geantwoord.

Het verzoek en het tegenverzoek

11.

Chipsoft verzoekt de kantonrechter bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, I de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair op de e-grond en subsidiair op de g-grond; II te bepalen dat ██████████ ernstig verwijtbaar heeft gehandeld; III met veroordeling van ██████████ in de proceskosten.

12.

██████████ heeft verweer gevoerd (in zijn verweerschrift weergegeven onder I) op de inhoud waarvan hierna zal worden in gegaan.

13.

██████████ heeft zelfstandige tegenverzoeken gedaan, strekkende tot:
II ontbinding op de g-grond voor het geval Chipsoft het verzoek intrekt;
III veroordeling tot betaling van de wettelijke transitievergoeding ten bedrage van € 86.193,- bruto;
IV veroordeling tot betaling van een billijke vergoeding van € 420.000,- bruto;
V bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met 4 maanden opzegtermijn zonder aftrek proceduretijd;
VI veroordeling tot betaling van de bonus vanaf 1 februari 2018, uitgaande van € 4.557,73 bruto per maand over 2018 en € 5.332,54 bruto per maand over 2019;
VII veroordeling tot betaling van de wettelijke verhoging over deze bedragen;
VIII en IX veroordeling tot betaling van materiële en immateriële schadevergoeding op grond van artikel 82 van de Algemene Verordening Gegevensverwerking (AVG);
X veroordeling tot betaling van declaraties ter hoogte van € 283,94;
XI en XII veroordeling tot betaling van wettelijke rente en proceskosten.

De beoordeling

In het verzoek

Ad I

14.

Ten aanzien van het verzoek van Chipsoft wordt het volgende overwogen.
Nu vast staat dat de arbeidsverhouding tussen partijen is verstoord, zal de arbeidsverhouding worden ontbonden op de g-grond.

Ad II

15.

Chipsoft heeft gesteld dat ██████████ ernstig verwijtbaar heeft gehandeld in de zin van artikel 7:673 lid 7 sub c BW, vanwege enerzijds het "plasincident" en anderzijds het feit dat de door ██████████ ingediende urenverantwoording niet overeenkomt met de aanwezigheid van ██████████ ten kantore van Chipsoft, afgelezen aan de hand van zijn outlook agenda en zijn toegangspas (ook wel "tag" of "druppel" genoemd).

16.

De kantonrechter is van oordeel dat beide gronden noch afzonderlijk noch in onderlinge samenhang leiden tot de conclusie dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van [REDACTED]. Het zogeheten plasincident is een leidinggevende onwaardig en laakbaar, waarbij de kantonrechter niet langer de kwalificatie zoals gebezigd in het proces-verbaal van 28 maart 2019 van 'zeer' laakbaar hanteert. Evenmin is sprake van draaien of liegen aan de zijde van [REDACTED], hij heeft direct zijn wildplasactie toegegeven en excuses gemaakt. Er was alleen een verschil van mening over de vraag of hij tegen de auto aan of ernaast had geplast (waarover partijen onder overlegging van beeldmateriaal uitvoerig hebben gedebatteerd). Zelfs als [REDACTED] hieromtrent aanvankelijk anders heeft verklaard dan de beelden tonen, kan dit niet beschouwd worden als liegen en/of draaien en levert "de plasrichting" slechts een gradueel verschil in laakbaarheid op. Het is, kortom, een incident geweest, waarvoor een stevige waarschuwing zou hebben volstaan. De kantonrechter weegt hierbij mee dat gesteld noch gebleken is dat Chipsoft een beleid hanteert ten aanzien van alcoholgebruik tijdens dienstreizen, en dat er geen eerdere incidenten rondom functioneren of gedrag van [REDACTED] zijn geweest.

17.

Ten aanzien van de urenverantwoording wordt het volgende overwogen. Gesteld noch gebleken is dat de wijze van urenverantwoording door [REDACTED] op enig moment in zijn lange dienstverband onderwerp van gesprek is geweest. Na de non-actiefstelling van [REDACTED] heeft Chipsoft aan de hand van de ingediende uren verantwoordingen, de outlook agenda en het uitlezen van de tag van [REDACTED] geconstateerd dat er discrepanties zitten tussen de vermelde uren en de aanwezigheid zoals geregistreerd in de agenda en/of de tag. [REDACTED] heeft onweersproken gesteld dat hij net als veel collega's een zelfstandige positie had binnen het bedrijf, dat hij flexibele werktijden hanteerde waarbij er ook veelvuldig in het weekend en 's avonds werd gewerkt (in verband waarmee de aanvangstijd van het alarm specifiek voor het team van [REDACTED] is verlegd naar 23.00 uur), en dat de algemene afspraak was dat men 8 uur per dag diende te verantwoorden. Ook indien echter juist zou zijn dat [REDACTED] niet op de juiste wijze zijn uren verantwoordde, dan had het voor de hand gelegen dat hij eerder hierop aangesproken zou zijn en dat hem in het kader van een functionerings- en of evaluatietraject de kans zou zijn geboden zijn verantwoordingsgedrag aan te passen. Dit is niet gebeurd. Deze grond levert noch zelfstandig noch in samenhang met het plasincident ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van [REDACTED] op.

18.

De vordering sub II van Chipsoft zal dan ook worden afgewezen.

Ad III

19.

De proceskosten worden gecompenseerd, behoudens voor zover Chipsoft het verzoek intrekt, in welk geval Chipsoft in de proceskosten wordt veroordeeld.

In de tegenverzoeken

ad II

20.

Nu vast staat dat de arbeidsverhouding tussen partijen is verstoord, zal de arbeidsverhouding worden ontbonden op de g-grond, voor het geval Chipsoft het verzoek intrekt.

ad III

21.

De gevorderde transitievergoeding ten bedrage van € 86.193,-- bruto zal worden toegewezen, nu de hoogte daarvan niet, althans niet gemotiveerd is betwist, en van ernstige verwijtbaarheid van [REDACTED] geen sprake is (r.o. 16 en 17).

ad IV

22.

De kantonrechter is van oordeel dat met het eenzijdig en onterecht (zie hierna) stopzetten van de maandelijkse bonusbetalingen in februari 2018, de verhouding tussen partijen onder druk is komen te staan. Door vervolgens naar aanleiding van iets wat afgedaan had moeten worden als een (weliswaar ernstig) incident met een waarschuwing, [REDACTED] per whatsapp op 1 februari 2019 met onmiddellijke ingang op non-actief te stellen, nog voordat [REDACTED] in Nederland was teruggekeerd, en tegelijkertijd met onmiddellijke ingang zijn toegang tot alle bedrijfssystemen te blokkeren, en hierbij te blijven ook nadat de gemachtigde van [REDACTED] had aangedrongen op wedertewerkstelling althans overleg, heeft Chipsoft willens en wetens aangestuurd op beëindiging van het dienstverband zonder dat hiervoor voldoende grond aanwezig was. Daarmee heeft zij ernstig verwijtbaar gehandeld. De kantonrechter weegt daarbij mee de lange duur en het verder onbesproken karakter van het dienstverband van [REDACTED], alsmede zijn leeftijd (50 jaar). Met name de non-actiefstelling en de beeldvorming die daarvan het gevolg is geweest op de werkvloer, hebben [REDACTED] hard getroffen en hebben hem doen besluiten om ook zelf een ontbindingsverzoek in te dienen.

23.

De vraag of Chipsoft (daarnaast ook) heeft gehandeld in strijd met privacy regelgeving kan hierbij verder onbesproken blijven, nu de hiervoor genoemde omstandigheden reeds de ernstige verwijtbaarheid van Chipsoft constitueren.

24.

Ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding wordt het volgende overwogen. In zijn beschikking van 30 juni 2017 (ECLI: NL:HR:2017:1187 New Hairstyle) heeft de Hoge Raad een aantal uitgangspunten geformuleerd voor de begroting van de billijke vergoeding. De Hoge Raad overweegt dat de begrotingswijze en omvang van de billijke vergoeding moeten aansluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, waarbij op de rechter een motiveringsplicht rust. De volgende gezichtspunten zijn van belang bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding:

- De gevolgen van het ontslag wegen mee voor zover deze een gevolg zijn van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.
- De hoogte dient in verhouding te staan tot de ernst van het verwijt.
- Voor de schadebegroting is boek 6 BW van toepassing.
- Is het aan de werkgever te wijten dat de werknemer niet voor herstel kiest.
- Heeft de werknemer al ander werk en/of andere inkomsten.
- Heeft de werknemer recht op een transitievergoeding.
- Hoe is de financiële situatie van de werkgever.
- De (korte) duur van het dienstverband.
- Eventueel verwijtbaar gedrag van de werknemer.

Bij het vaststellen van de billijke vergoeding gaat het er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, maar de billijke vergoeding heeft geen specifiek punitief karakter.

25.

De kantonrechter acht bij de berekening van de inkomensschade doorslaggevend hoe lang het naar verwachting zal duren voordat [REDACTED] ander passend werk heeft gevonden. Er is geen reden om bij deze duur uit te gaan van een periode tot de pensioengerechtigde leeftijd, zoals [REDACTED] heeft verzocht. Daartegenover staat dat, hoewel in de ICT branche veel werkgelegenheid bestaat op dit moment, eveneens onweersproken is dat [REDACTED] 19 jaar werkzaam is geweest in een vrij specifieke tak van de ICT branche, namelijk de implementatie van software in de zorgsector. Mede gelet op zijn leeftijd is het niet onaannemelijk om ervan uit te gaan dat het [REDACTED] enige tijd zal kosten om werk op vergelijkbaar niveau te vinden. De kantonrechter schat deze periode op ongeveer een jaar, te rekenen vanaf de ontbindingsdatum. [REDACTED] heeft ter zitting verklaard dat hij gelet op de onderhavige procedure en de onzekerheid over de uitkomst daarvan, nog niet op zoek is gegaan naar ander werk en zich hiertoe ook (nog) niet in staat voelt. Hieraan doet niet af het feit dat [REDACTED] zelf een tegenverzoek heeft gedaan tot ontbinding, nu dit het uitsluitend gevolg is van de door Chipsoft ten onrechte gecreëerde noodzaak tot beëindiging van het dienstverband.

26.

Uitgaande van het salaris inclusief 13^e maand, vakantietoeslag en de gemiddelde bonus over 2017, 2018 en 2019, komt het maandsalaris afgerond op € 11.300,- bruto (zie noot 1 bij punt 34 pleitnota mr. Van Gelderen 28 maart 2019) en een jaarsalaris op ongeveer € 135.000,- bruto. Hierop in mindering strekken de door [REDACTED] te ontvangen uitkeringen ingevolge sociale verzekeringswetten (uitgaande van het maximale bedrag van € 36.000,- bruto ingevolge de Werkloosheidswet gebaseerd op 70% van het maximum dagloon) en een deel van de transitievergoeding, rekening houdend met de mogelijkheid dat de transitievergoeding deels zal worden aangewend voor echte transitiekosten verband houdend met bij- of omscholing. De kantonrechter rekent van de totale transitievergoeding van € 86.193,- bruto, een gedeelte van € 50.000,- bruto toe aan inkomensschade. Derhalve strekt in totaal een bedrag van € 36.000,- plus € 50.000,- = € 86.000,- bruto in mindering op de totale inkomensschade en blijft een bedrag van € 49.000,- bruto aan schade over. Aangezien in hoogte van de vergoeding ook de verwijtbaarheid tot uitdrukking dient te komen, zal de kantonrechter de billijke vergoeding in redelijkheid bepalen op € 60.000,- bruto.

Ad V

27.

De arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden met ingang van 1 september 2019, waarbij is uitgegaan van een opzegtermijn van 4 maanden en een beperkte aftrek van de procedure tijd.

Ad VI en VII

28.

De vordering strekkende tot betaling van de bonus vanaf 1 februari 2018, uitgaande van € 4.557,73 bruto per maand over 2018 en € 5.332,54 bruto over 2019, zal worden toegewezen. Berekend tot de datum van einde van het dienstverband komt dit neer op € 92.795,35 bruto. Vast staat dat [REDACTED] gedurende meerdere jaren een substantieel bedrag als bonus maandelijks uitgekeerd heeft gekregen, waarmee deze vergoeding een

(primaire) arbeidsvoorwaarde is geworden die niet eenzijdig mocht worden gewijzigd of stopgezet. Chipsoft heeft haar stelling dat de bonusbetaling afhankelijk is van bedrijfs- en/of individueel presteren op geen enkele wijze feitelijk onderbouwd.

Er is geen bonusreglement overgelegd, noch zijn objectieveerbare criteria gesteld of gebleken aan de hand waarvan de (individuele) bonusaanspraken werden vastgesteld.

29.

De wettelijke verhoging over dit bedrag wordt toegewezen en gematigd tot 10%.

Ad VIII en IX

30.

De vraag of Chipsoft, naast de hiervoor reeds geconstateerde ernstige verwijtbaarheid, de AVG heeft geschonden, kan in het midden blijven op grond van het navolgende.

Ten aanzien van de materiële schade heeft [REDACTED] gesteld dat hij inkomensschade lijdt. Nu deze reeds is verdisconteerd in de billijke vergoeding, bestaat er geen aanleiding om de(zelfde) schade nogmaals toe te wijzen wegens eventuele schending van de AVG.

31.

De vordering strekkende tot vergoeding van immateriële schade zal worden afgewezen nu gesteld noch gebleken is dat aan de voorwaarden voor toewijzing daarvan op grond van artikel 6:106 BW is voldaan.

Ad X

32.

Chipsoft zal worden veroordeeld tot betaling van door [REDACTED] ingediende declaraties ter hoogte van € 283,94, nu deze vordering niet gemotiveerd is betwist.

Ad XI

33.

Chipsoft zal als overwegend in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

DE BESLISSING

De kantonrechter:

In het verzoek

- I. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 september 2019;
- II. kent aan [REDACTED] een transitievergoeding toe ten laste van Chipsoft ter hoogte van
€ 86.193,-- bruto;
- III. kent aan [REDACTED] een billijke vergoeding toe ter hoogte van € 60.000,-- bruto;
- IV. veroordeelt Chipsoft tot betaling van de onder II en III genoemde vergoedingen;
- V. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

- VI. bepaalt dat het onder I t/m IV gestelde rechtskracht ontbeert, indien het verzoek door Chipsoft uiterlijk op 10 mei 2019 wordt ingetrokken;
- VII. bepaalt dat partijen ieder de eigen proceskosten dragen, behoudens in het geval Chipsoft het verzoek zal intrekken, in welk geval Chipsoft wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure, aan de zijde van ██████████, tot op heden begroot op € 720,- voor salaris van de gemachtigde, voor zover verschuldigd, inclusief btw;
- VIII. wijst het meer of anders verzochte af.

In het tegenverzoek

Voorwaardelijk, namelijk voor het geval Chipsoft gebruik maakt van de hierboven genoemde intrekkingmogelijkheid:

- I ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 september 2019;
- II kent aan ██████████ een transitievergoeding toe ten laste van Chipsoft ter hoogte van € 86.193,- bruto;
- III kent aan ██████████ een billijke vergoeding toe ter hoogte van € 60.000,- bruto;
- IV veroordeelt Chipsoft tot betaling van de onder II en III genoemde vergoedingen;

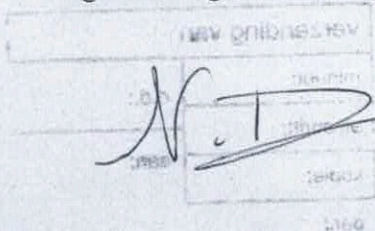
Onvoorwaardelijk:

- V veroordeelt Chipsoft tot betaling van een bedrag van € 92.795,35 bruto ter zake van niet betaalde bonusbedragen vanaf 1 februari 2018 tot 1 september 2019, vermeerderd met de wettelijke verhoging van 10%;
- VI veroordeelt Chipsoft tot betaling van door ██████████ ingediende declaraties ter hoogte van € 283,94;

Voorwaardelijk en onvoorwaardelijk:

- VII verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- VIII veroordeelt Chipsoft in de proceskosten, welke aan de zijde van ██████████ worden begroot op € 720,-;
- IX wijst af hetgeen anders of meer is verzocht.

Aldus gegeven door mr. T.S. Pieters, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 april 2019 door mr. E.J. van der Molen, kantonrechter, in tegenwoordigheid van de griffier.



Voor grosse conform
De griffier van de rechtbank Amsterdam

