

beschikking

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht
Zittingsplaats Eindhoven

Zaaknummer: 9031318 \ EJ VERZ 21-92

Beschikking van 23 juli 2021

in de zaak van:

██████████ B.V.,
gevestigd te ██████████
verzoekster,
verweerster inzake de tegenverzoeken,
gemachtigde: mr. H.P. Kamerbeek,

tegen:

██████████
wonende te ██████████
verweerder,
verzoeker inzake de tegenverzoeken,
gemachtigde: mr. Ph. Ekering.

Partijen worden hierna genoemd ██████████ en ██████████

1. Verloop van de procedure

1.1. Op 16 februari 2021 is een verzoekschrift met producties (1 t/m 10) van ██████████ ter griffie ingekomen. Van de zijde van ██████████ is een verweerschrift, tevens houdende zelfstandige tegenverzoeken, met producties (1 t/m 82) ingediend. Bij akte van wijziging verzoek heeft ██████████ zijn tegenverzoeken vermeerderd. ██████████ heeft een verweerschrift in de tegenverzoeken, tevens aanvulling van haar verzoek, tevens akte houdende producties (11 t/m 53) ingediend. Daarna is nog één aanvullende productie (83) van de zijde van ██████████ ontvangen.

1.2. Op 6 juli 2021 heeft de mondelinge behandeling via Skype plaatsgevonden. Van beide zijden zijn spreekantekeningen ingebracht.

1.3. Daarna is bepaald dat de beschikking vandaag wordt uitgesproken.

2. Inleiding

2.1. ██████████ is op 1 februari 2018 bij ██████████ in dienst getreden als CFO met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tegen een salaris van € 16.135,20 bruto per maand (exclusief vakantietoeslag en overige emolumenten).

2.2. In deze procedure verzoekt ██████████ ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op de zogenoemde d-grond (artikel 7:669 lid 3 onder d BW), dat is dat ██████████ ongeschikt

is tot het verrichten van de bedongen arbeid. Na aanvulling van het verzoek zijn daar bij gekomen de h-grond en de i-grond (artikel 7:669 lid 3 onder h en i BW). [REDACTED] voert hiertegen verweer.

2.3. [REDACTED] heeft zelfstandige tegenverzoeken gedaan, namelijk tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond (artikel 7:669 lid 3 onder g BW), dat is een verstoorde arbeidsverhouding, onder toekenning van - kort gezegd - een billijke vergoeding, een tweetal bonussen over 2020, de transitievergoeding, wettelijke verhoging en rente. Daarnaast verzoekt [REDACTED] een verklaring voor recht dat de opgebouwde en nog niet genoten vakantiedagen worden uitbetaald tegen een waarde van € 1.211,45 per dag, [REDACTED] te veroordelen tot uitbetaling van 38,5 vakantiedagen en te bepalen dat [REDACTED] geen rechten kan ontlenen aan het concurrentie-/relatiebeding. [REDACTED] voert hiertegen verweer.

2.4. De stellingen van partijen komen hierna, voor zover van belang, nader aan de orde.

3. Beoordeling

Ontbindingsverzoek [REDACTED] op de d-grond (disfunctioneren)

3.1. Aan haar verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de d-grond legt [REDACTED] samengevat weergegeven, het volgende ten grondslag. Eind 2018 heeft [REDACTED] aan [REDACTED] laten weten op welke punten hij zijn functioneren moest verbeteren. In september 2019 heeft [REDACTED] kritiek geuit op het functioneren van [REDACTED] en hem laten weten wat er in zijn functie van hem werd geëist. In januari 2020 zijn de doelstellingen concreet benoemd in de vorm van harde KPI's. Gedurende het jaar 2020 is er veel tijd en energie in de begeleiding en ondersteuning van [REDACTED] gestoken. Ook is zijn takenpakket in 2020 verminderd. In maart 2020 is op de financiële afdeling een primus inter pares aangesteld en in juni 2020 is een ervaren CFO aangetrokken om [REDACTED] te helpen. Eind 2020 heeft de CEO ingegrepen op de financiële afdeling. De KPI's zijn door [REDACTED] niet behaald. De financiële afdeling is niet op orde en er is onrust onder medewerkers, die niet goed worden gemanaged. [REDACTED] was genoodzaakt om per 1 maart 2021 een EVP Finance & Admin aan te stellen.

3.2. Overwogen wordt als volgt. Vanaf december 2018 heeft [REDACTED] aan [REDACTED] te kennen gegeven dat zijn functioneren op bepaalde punten voor verbetering vatbaar was. Volgens [REDACTED] rapporteerde [REDACTED] gedetailleerd en hield hij zich bezig met aangelegenheden die buiten het bereik van zijn functie als CFO lagen. Vanaf eind 2019 kwamen daar volgens [REDACTED] problemen met de implementatie van een nieuw ERP-systeem bij. De kantonrechter stelt vast dat, wat hiervan ook zij, bij het beoordelingsgesprek met [REDACTED] op 11 januari 2020 zijn functioneren in het jaar 2019 is beoordeeld met 'Very Good'. Op de tien onderdelen waarop wordt beoordeeld, scoort [REDACTED] eenmaal 'Sufficient', viermaal 'Good' en vijfmaal 'Very Good'. Bij deze beoordeling zijn ook zogenoemde KPI's voor het jaar 2020 vastgesteld, maar deze kunnen - mede gezien de zeer positieve beoordeling van het functioneren van [REDACTED] - bepaald niet worden begrepen in het kader van een verbeterplan. Bovendien zijn de KPI's ook niet voldoende concreet geformuleerd om bij een verbeterplan mee uit de voeten te kunnen. Naar het oordeel van de kantonrechter is van een duidelijk verbetertraject - waarbij een plan wordt opgesteld met helder omschreven doelen, middelen, meetmomenten en meetwijze - geen sprake geweest. Reeds hierom dient het verzoek van [REDACTED] tot ontbinding op de d-grond te worden afgewezen.

Ontbindingsverzoek [REDACTED] op de h-grond (verschil van inzicht)

3.3. [REDACTED] verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de h-grond en legt daaraan, kort gezegd, ten grondslag dat tussen [REDACTED] en [REDACTED] verschil van inzicht bestaat over de wijze waarop de functie van CFO moet worden uitgevoerd. Hiertoe voert [REDACTED] aan dat [REDACTED] in zijn processtuk zeer kritisch is over de heer [REDACTED], de heer [REDACTED] en mevrouw [REDACTED]. [REDACTED] managet niet zoals dat volgens [REDACTED] zou moeten. De medewerkers van de afdeling financiën gingen ook gebukt onder zijn drang om op een veel te groot detailniveau te werken.

3.4. Overwogen wordt dat uit de stellingen van [REDACTED] niet blijkt van een verschil van inzicht met [REDACTED] over de koers van het bedrijf. Hetgeen [REDACTED] in dit verband aanvoert komt in wezen neer op disfunctioneren en een verstoorde relatie. Het eerste (disfunctioneren) is reeds in overweging 3.2. beoordeeld en het laatste (verstoorde relatie) is relevant in het kader van de g-grond, die [REDACTED] niet - althans niet zelfstandig - aan haar ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd. Het verzoek van [REDACTED] tot ontbinding op de h-grond moet dan ook worden afgewezen.

Ontbindingsverzoek [REDACTED] op de i-grond (cumulatie)

3.5. [REDACTED] heeft meer subsidiair verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer gronden, die zodanig is dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (artikel 7:699 lid 3, onderdeel i BW).

3.6. Overwogen wordt dat met deze zogenoemde 'cumulatiegrond' wordt beoogd het ontslagstelsel te verruimen, zonder te breken met het stelsel van gesloten ontslaggronden (Kamerstukken I, 2018-2019, 35 074, nr. 9, p. 59). De cumulatiegrond is voor die gevallen bedoeld waarin voortzetting van het dienstverband in redelijkheid niet meer van de werkgever gevergd kan worden, waarbij de werkgever dat niet kan baseren op omstandigheden uit één enkele ontslaggrond, maar dit wel kan motiveren en onderbouwen met omstandigheden uit meerdere ontslaggronden samen (Kamerstukken I, 2018-2019, 35 074, F, pag. 26).

3.7. Tijdens de mondelinge behandeling is van de zijde van [REDACTED] desgevraagd toegelicht dat zij in het kader van de i-grond ook wenst in te brengen dat sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie. Overwogen wordt dat de verstoorde arbeidsrelatie in dit geval veel gewicht in de schaal legt bij de beoordeling. [REDACTED] erkent dat er een verstoorde arbeidsrelatie is: hij heeft een zelfstandig tegenverzoek tot ontbinding gedaan, waaraan de verstoorde relatie ten grondslag ligt. De verhoudingen tussen partijen lijken met name door de onderhavige procedure ernstig te zijn verslechterd. Voorts wordt bij de beoordeling in het kader van de i-grond in aanmerking genomen dat, hoewel van een voldragen d-grond geen sprake is, wel enig disfunctioneren op bepaalde aspecten aan de orde is. Zo heeft [REDACTED] bij herhaling kenbaar gemaakt dat [REDACTED] te gedetailleerd rapporteert (zie bijvoorbeeld de e-mail aan [REDACTED] van 16 december 2018, productie 4 bij verzoekschrift, en de Performance Evaluation van 24 september 2019, productie 6 bij verzoekschrift) en zij mocht dat, bij gebreke van voldoende betwisting en gezien de beoordelingsruimte die de werkgever op dit punt toekomt, ook meenemen in de beoordeling over het functioneren van

Alles afwegende komt de kantonrechter tot de slotsom dat, gezien het grote gewicht dat toekomt aan de omstandigheden betreffende de g-grond en in veel mindere mate de omstandigheden betreffende de d-grond, voortzetting van het dienstverband in redelijkheid niet meer van de werkgever gevegd kan worden. Het ontbindingsverzoek wordt daarom toegewezen op de i-grond. Dit betekent dat op het ontbindingsverzoek van niet meer behoeft te worden beslist.

Bonussen (en KPI)

3.8. verzoekt om betaling van de EBIT-bonus over 2020 ten bedrage van € 209.112,19 bruto. Hij voert aan dat hij als MT-lid recht heeft op uitbetaling van dit bedrag. De EBIT-bonus wordt puur cijfermatig bepaald en heeft geen discretionair karakter. Daarnaast verzoekt om betaling van de KPI-bonus over 2020 ten bedrage van € 52.278,05. Hij voert hiertoe aan dat hij, voor zover de gestelde KPI's meetbaar waren, aan de voorwaarden heeft voldaan en daarmee recht heeft op 25% van zijn jaarsalaris.

3.9. voert ten ververe aan dat toekenning van de EBIT-bonus is onderworpen aan de discretie van de Raad van Commissarissen van (hierna: de RvC). De RvC heeft op 16 maart 2021 besloten dat aan niemand een EBIT-bonus over 2020 wordt toegekend: er is weliswaar een flinke groei geweest, maar deze werd veroorzaakt doordat de vraag naar de producten toenam wegens corona. De mailwisselingen waar naar verwijst gaan over de reserveringen die moeten plaatsvinden en deze communicatie vond plaats vanuit zijn rol als CFO. erkent in zijn e-mails ook dat de bonus nog niet vaststond. Wat betreft de KPI-bonus voert aan dat het aan de werkgever is om te beoordelen of de KPI's zijn behaald. heeft die beoordeling gemaakt en is tot de conclusie gekomen dat de KPI's niet heeft behaald.

3.10. Met betrekking tot de EBIT-bonus stelt de kantonrechter vast dat deze niet in de arbeidsovereenkomst is opgenomen en ook overigens niet schriftelijk tussen partijen is overeengekomen. Partijen zijn het er echter wel over eens dat deze bonusregeling op van toepassing is. Voor de vraag hoe deze regeling wordt ingevuld, met name: wanneer wordt tot uitkering van de bonus overgegaan en hoe hoog is de bonus, heeft verwezen naar een document betreffende (productie 47 zijdens). heeft niet althans onvoldoende weersproken dat dit een weergave is van de ook op hem van toepassing zijnde bonusregeling. Hierin is het volgende opgenomen: *"In any event, the KPI and the EBIT Bonuses shall not exceed in total 100% of Base Salary, and are subject to the sole discretion of the Board of Directors."* Gelet hierop en nu een inzichtelijke en begrijpelijke motivering heeft gegeven voor het niet toekennen van de EBIT-bonus over 2020 - een besluit dat overigens niet alleen betreft, maar alle MT-leden (zie het besluit van de RvC van 16 maart 2021, productie 48 zijdens) - kan niet worden geoordeeld dat aanspraak kan maken op deze bonus. Hetzelfde geldt voor de KPI-bonus: aan komt ruimte toe om te beoordelen of de KPI's heeft behaald en heeft afdoende toegelicht dat dit niet het geval is (zie productie 49 zijdens).

3.11. Geconcludeerd wordt dat geen recht heeft op de door hem verzochte EBIT-bonus en KPI-bonus.

Transitievergoeding

3.12. ████████ verzoekt om bij ontbinding op de i-grond 1,5 x de transitievergoeding toe te kennen (zie p. 83 onder II van het verweerschrift). Per 1 september 2021 is die transitievergoeding volgens ████████ € 30.772,02 bruto (randnummer 1.5. akte wijziging verzoek), zodat dit neerkomt op een bedrag van € 46.158,03.

3.13. ████████ heeft aangevoerd dat, berekend naar 1 mei 2021, moet worden uitgegaan van een transitievergoeding van € 22.218,56 bruto, bij een relevant maandsalaris van € 20.026,17 (randnummer 42 verzoekschrift).

3.14. Niet in geschil is dat ████████ aanspraak kan maken op een transitievergoeding. Wel verschillen partijen van inzicht over de hoogte van die vergoeding. ████████ gaat er bij de berekening van de transitievergoeding van dat de EBIT-bonus over 2020 moet worden meegerekend bij de hoogte van het salaris. Zoals volgt uit hetgeen hiervóór is overwogen, heeft ████████ echter geen recht op die bonus. Er zal daarom worden uitgegaan van een maandsalaris van € 20.026,17 bruto.

3.15. Verder wordt overwogen dat aanleiding bestaat een extra vergoeding toe te kennen als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 BW, omdat op de i-grond wordt ontbonden. Geoordeeld wordt dat ████████ recht heeft op 1,25 x de transitievergoeding. Bij dit oordeel is van belang dat ████████ een ontbindingsverzoek op de d-grond heeft ingediend, terwijl er geen voldragen grond was. Dit heeft ertoe geleid dat de verhoudingen op scherp zijn gezet. Vervolgens heeft ████████ echter bijgedragen aan de verdere verslechtering van de relatie, door in de processtukken een zeer scherpe toon aan te slaan, waarbij harde en persoonlijke verwijten aan andere MT-leden niet worden geschuwd.

3.16. Het einde van de arbeidsovereenkomst wordt op grond van artikel 7:671b lid 9 onder a BW bepaald op 1 september 2021. Aan ████████ wordt een transitievergoeding toegekend van € 29.923,05 (bij een bruto maandsalaris van € 20.026,17, ontbinding per 1 september 2021 en een factor 1,25).

Billijke vergoeding

3.17. Voor toekenning van een billijke vergoeding is slechts plaats indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie volgt dat de lat voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid erg hoog ligt. In dit geval is ernstige verwijtbaarheid niet aan de orde. Weliswaar kunnen aan ████████ bepaalde verwijten worden gemaakt, bijvoorbeeld dat zij een ontbindingsprocedure is begonnen terwijl van een voldragen d-grond geen sprake was, maar evenzo kunnen aan ████████ verwijten worden gemaakt, als hiervóór reeds toegelicht. Dat er op dit moment geen andere mogelijkheid meer is dan de arbeidsovereenkomst te beëindigen, kan aan beide partijen worden verweten en is niet enkel te wijten aan het handelen zijdens ████████

Concurrentie-/relatiebeding

3.18. ████████ verzoekt te bepalen dat ████████ geen rechten kan ontlenen aan het concurrentie-/relatiebeding in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst. Hij legt hieraan ten grondslag dat ████████ ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (randnummer 5.15 verweerschrift).

3.19. Dit verzoek wordt afgewezen, reeds omdat van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van [REDACTED] geen sprake is.

Uitbetaling vakantiedagen

3.20. [REDACTED] verzoekt een verklaring voor recht dat de opgebouwde en nog niet genoten vakantiedagen worden uitbetaald tegen een waarde van € 1.211,45 per dag en [REDACTED] te veroordelen om (per 1 september 2021) 38,5 vakantiedagen uit te betalen.

3.21. Volgens [REDACTED] is het saldo aan vakantiedagen 33,94 en moet er worden uitgegaan van een dagloon van € 804,28, omdat de EBIT-bonus hierbij niet moet worden meegenomen.

3.22. Zoals volgt uit wat hiervóór reeds is geconcludeerd, dient de EBIT-bonus over 2020 niet te worden meegerekend bij het bepalen van het dagloon. De door [REDACTED] gevraagde verklaring voor recht kan derhalve niet worden gegeven. Wel zal [REDACTED] worden veroordeeld tot uitbetaling van de opgebouwde doch niet genoten vakantiedagen. [REDACTED] heeft aanvankelijk verzoekt om uitbetaling van 33,5 dagen (randnummer 7.14. verweerschrift [REDACTED] zijnde het saldo per 1 juli 2021. [REDACTED] heeft vervolgens, onder verwijzing naar de door haar overgelegde productie 43, toegelicht dat per 6 juli 2021 het openstaande saldo 33,94 vakantiedagen betrof (randnummer 24 verweerschrift [REDACTED]. De arbeidsovereenkomst wordt echter ontbonden per 1 september 2021 en [REDACTED] heeft onweersproken gesteld dat het saldo per die datum 38,5 bedraagt (randnummer 1.5. akte wijziging verzoek). Dit betekent dat aan hem een bedrag van € 30.964,78 (bruto) wordt toegekend ($38,5 \times € 804,28$).

Juridische kosten

3.23. [REDACTED] stelt recht te hebben op een volledige proceskostenvergoeding en een vergoeding voor de buitengerechtelijke kosten die zijn gemaakt om betaling van de bonus te verkrijgen.

3.24. Voor vergoeding van de buitengerechtelijke kosten bestaat geen aanleiding, gezien hetgeen is geoordeeld met betrekking tot de bonussen. Evenmin is er grond voor een volledige proceskostenveroordeling, omdat van misbruik van recht van de zijde van [REDACTED] niet is gebleken.

3.25. De kantonrechter ziet in de uitkomst van de procedure aanleiding om de proceskosten te compenseren, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt, zowel in de procedure met betrekking tot de verzoeken als met betrekking tot de tegenverzoeken.

Mogelijkheid intrekking verzoek

3.26. [REDACTED] heeft aanvankelijk op de d-grond om ontbinding verzoekt, waarbij zij heeft erkend dat zij de transitievergoeding verschuldigd is. Later heeft zij het ontbindingsverzoek aangevuld met de h-grond en de i-grond. Uit de wet volgt dat bij toekenning op de i-grond een hogere transitievergoeding kan worden toegekend. Gelet hierop en nu tijdens de mondelinge behandeling is gebleken dat [REDACTED] de arbeidsovereenkomst hoe dan ook wenst te beëindigen, zal geen gelegenheid meer worden geboden tot intrekking van het ontbindingsverzoek.

4. Beslissing

De kantonrechter:

in de verzoeken

- 4.1. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] per 1 september 2021;
- 4.2. veroordeelt [REDACTED] tot betaling van een transitievergoeding van € 29.923,05 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 september 2021 tot de dag van voldoening;

in de tegenverzoeken

- 4.3. veroordeelt [REDACTED] tot betaling van € 30.964,78 bruto wegens opgebouwde en niet-genoten vakantiedagen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 september 2021 tot de dag van voldoening;

in beide zaken (verzoeken en tegenverzoeken)

- 4.4. compenseert de proceskosten, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;
- 4.5. verklaart deze beschikking, voor zover het de veroordelingen betreft, uitvoerbaar bij voorraad;
- 4.6. wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door de kantonrechter mr. J.J. Janssen en in aanwezigheid van de griffier uitgesproken in het openbaar op 23 juli 2021.

J.J. Janssen

[Handwritten signature]

"VOOR AFSCRIFT"
De griffier van de rechtbank Oost-Brabant



23 JULI 2021