

Billijke vergoeding en transitievergoeding ondanks toepasselijkheid WNT

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
20 december 2018, nr. 200.241.639/01,
ECLI:NL:GHSHE:2018:5304
(mr. Henzen, mr. Van Rijkom, mr. Voorink)
Noot mr. A.M. Helstone

Verstoorde arbeidsverhouding. Ontbindingsverzoek werknemer. WNT staat niet in de weg aan toekennen billijke vergoeding en transitievergoeding.

[BW art. 7:627, 7:628, 7:669 lid 3 sub e, g en h, 7:671b, 7:671c, 7:673 lid 1 en 7; WNT art. 1.1 sub i]

De werkneemster is sinds 1 mei 2002 bestuurder van een stichting tegen een salaris van € 9.122,56 bruto per maand. Zij heeft de RvT geïnformeerd over problemen met de voorzitter van de RvT. De RvT heeft daarop unaniem laten weten de voorzitter te steunen en over te gaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de werkneemster. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek afgewezen. Daarop zijn drie van de vier RvT-leden afgetreden en zijn nieuwe leden benoemd. De werkneemster vraagt vervolgens zelf ontbinding en verzoekt uitstel van de werkhervatting. De stichting staakt de loondoorbetaling. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2018 en kent een billijke vergoeding toe van € 140.000 bruto. Beide partijen gaan in hoger beroep.

Het hof overweegt dat niet is gebleken van bereidheid van de werkneemster het werk per 1 januari 2018 te hervatten. De werkneemster heeft voorwaarden gesteld aan de werkhervatting. In bijzondere gevallen kan daarvoor goede grond bestaan. Maar daarvan zal niet licht kunnen worden uitgegaan, met name niet als een bestuurder als voorwaarde voor weer aan de slag gaan stelt dat een (haar onwelgevallig) lid van de raad vertrekt met wie zij een verstoorde arbeidsverhouding ervaart. De RvT heeft echter disproportioneel en in strijd met de geldende Governancecode

Zorg gehandeld. De werknemster is op 20 februari 2017 in het bijzijn van de medewerkers naar huis gestuurd. Ook is direct het e-mailaccount van de werknemster gesloten en is zij afgesloten van het digitale netwerk. Daarmee heeft de stichting ten onrechte het beeld gecreëerd dat de werknemster zich tegen het bestuur onbetamelijk heeft gedragen. Ook heeft de stichting geweigerd om mediation in te zetten. Dit alles maakt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Alles afwegende en ondanks het feit dat de WNT van toepassing is, wordt, rekening houdend met de transitievergoeding van € 82.104,12 bruto, de vergoeding vastgesteld op een bedrag van € 170.000 bruto. Immers, buiten de reikwijdte van de WNT vallen uitkeringen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift. Dat geldt voor de transitievergoeding en de billijke vergoeding.

NB. Ook in «JAR» 2016/176, m.nt. A.M. Helstone werd geoordeeld dat de transitievergoeding niet onder de WNT valt, dus kan worden toegekend ook als daarmee het maximum van de WNT wordt overschreden. Ook de billijke vergoeding berust op een wettelijk voorschrift en valt in die zin niet onder de WNT. In de arbeidsovereenkomst van de werknemster was bepaald dat zij recht had op een jaarsalaris als ontslagvergoeding of op een op dat moment geldende, maatschappelijk aanvaardbare vergoeding. Volgens het hof zijn de toegekende vergoedingen daarmee in lijn.

De werknemster te (...),
appellante in principaal hoger beroep,
verweerster in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als: de werknemster,
advocaat: mr. R.J.H. van den Dungen te 's-Hertogenbosch,
tegen
Stichting (...) te (...),
verweerster in principaal hoger beroep,
appellante in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als de Stichting,
advocaat: mr. H. Nieuwenhuizen te Eindhoven.

1. Het geding in eerste aanleg
(...; red.)

2. Het geding in hoger beroep
(...; red.)

3. De beoordeling

In het principaal en incidenteel hoger beroep

3.1. In rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.19 van de bestreden beschikking heeft de kantonrechter vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. In grief 1 stelt de werknemster dat de kantonrechter in rechtsoverweging 2.16 ten onrechte heeft volstaan met de vaststelling dat er tussen haar en de heer X, voorzitter van de Raad van Toezicht, overleg is geweest, zonder de inhoud van dat overleg (volledig) weer te geven. Voor een toelichting op deze grief verwijst de werknemster naar de alinea's 65 tot en met 91 van het beroepschrift. Nu de werknemster niet voldoende concreet heeft aangegeven hoe de feitenvaststelling volgens haar dan wel zou moeten luiden, ziet het hof geen aanleiding om tot een andere vaststelling van de feiten dan de kantonrechter te komen. Deze grief faalt derhalve. Het hof zal de door de kantonrechter vastgestelde feiten, die derhalve ook in dit hoger beroep het uitgangspunt vormen, hierna, vernummerd tot 3.1.1 tot en met 3.1.19, weergeven.

3.1.1. De Stichting is een instelling die voor Midden-Brabantse gemeenten weekend-, avond- en nachtzorg voor patiënten van deelnemende huisartsen organiseert.

3.1.2. De organisatie van de instelling kent een ondernemingsraad en vier bestuursorganen: de Raad van Toezicht, de Raad van Bestuur, de Huisartsenraad en de Medische Staf.

3.1.3. De werknemster is met ingang van 1 mei 2002 werkzaam als bestuurder (éénhoofdige Raad van Bestuur) van (de rechtsvoorgangers van) de Stichting. Haar salaris bedraagt € 9.122,56 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag. Er is geen eindejaarsuitkering van toepassing. In artikel 15 van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd d.d. 19 mei 2010, is een regeling opgenomen voor de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze regeling luidt als volgt:

“Indien de werknemer ontslag wordt verleend en dit ontslag niet zijn voornaamste reden vindt in een aan de werknemer toe te rekenen omstandigheid – anders dan ziekte van de werknemer – is de werkgever verplicht aan de werknemer een ontslagvergoeding te voldoen. De basis van de hoogte van deze vergoeding is de hoogte van een jaarsalaris of van de op dat moment geldende kantonrechterformule of een andere vergoeding

die op dat moment maatschappelijk aanvaardbaar is. De keuze hiervoor wordt gemaakt door de werknemer.”

3.1.4. Op 23 januari 2017 heeft de werknemer in een vergadering van de Raad van Toezicht mededelingen gedaan over de problemen die zij ervaart in haar werkrelatie met de voorzitter van de Raad van Toezicht, mevrouw Y, voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht bestond op dat moment uit vier personen.

3.1.5. De vergadering is na de mededelingen van de werknemer geschorst, waarna de vice-voorzitter de heer Z, de vergadering heeft geleid. Hij heeft aan het slot van de vergadering medegedeeld dat de Raad van Toezicht op korte termijn zal overleggen over de consequenties van het door de werknemer ingenomen standpunt.

3.1.6. Op 26 januari 2017 heeft de Raad van Toezicht, buiten aanwezigheid van de werknemer, zich beraden over de situatie die was ontstaan. Dit beraad heeft geresulteerd in het besluit om een gesprek aan te gaan met de werknemer, in welk gesprek bij aanvang ervan aan de werknemer zou worden meegedeeld dat de Raad van Toezicht de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht steunde.

3.1.7. Het vervolgesprek met de werknemer heeft plaatsgevonden op 7 februari 2017. Bij aanvang heeft de vice-voorzitter aangegeven dat de Raad van Toezicht unaniem zijn voorzitter steunde. Hij heeft de werknemer tevens gewezen op de consequenties indien zij zou persisteren in haar houding en haar standpunt. Dit zou volgens hem betekenen, indien de Raad van Toezicht niet de bereidheid zou hebben de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht af te vallen, dat de werknemer aangaf geen vertrouwen te hebben in de voltallige Raad van Toezicht.

3.1.8. Na beraad over het op 7 februari 2017 met de werknemer gevoerde gesprek heeft de Raad van Toezicht op 14 februari 2017 besloten om een beëindiging van het dienstverband met de werknemer na te streven.

3.1.9. In het op 20 februari 2017 met de werknemer gevoerde gesprek heeft de Raad van Toezicht haar meegedeeld dat zij met onmiddellijke ingang is vrijgesteld van haar werkzaamheden en dat haar dienstverband zou worden beëindigd. Als reden voor de beëindiging is aangevoerd een onherstelbare vertrouwensbreuk veroorzaakt door

het opzeggen van het vertrouwen door de werknemer in de voltallige Raad van Toezicht.

3.1.10. Op 21 maart 2017 heeft de Raad van Toezicht bij de OR een adviesaanvraag ingediend over zijn voorgenomen besluit tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de werknemer.

3.1.11. Op 5 april 2017 heeft de OR het advies uitgebracht. Volgens de OR kwam het voorgenomen besluit tot ontslag te vroeg en moest eerst nog worden onderzocht wat de mogelijkheden zouden zijn voor een verdere samenwerking tussen de Raad van Toezicht en de werknemer. De OR vond dit passen in de Governancecode Zorg, die binnen de Stichting wordt gevolgd.

3.1.12. De Raad van Toezicht heeft besloten het advies van de OR niet te volgen. Dat is voor de OR reden geweest het vertrouwen in de Raad van Toezicht op te zeggen.

3.1.13. De Stichting heeft een verzoekschrift strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer ingediend. De Stichting heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat, door het opzeggen van het vertrouwen in de Raad van Toezicht door de werknemer, er sprake is van een situatie waarin de werknemer feitelijk niet langer uitvoering kan geven aan de arbeidsovereenkomst.

3.1.14. Bij beschikking van 1 september 2017 heeft de kantonrechter het verzoek van de Stichting afgewezen. Hij heeft daartoe overwogen dat er niet vanuit kan worden gegaan dat het de werknemer is geweest die de vertrouwenskwesitie aan de orde heeft gesteld, maar dat er vanuit moet worden gegaan dat dit is gedaan door de Raad van Toezicht zelf, en dat nu de feitelijke grondslag die heeft geleid tot het verzoek tot ontbinding een geheel andere is geweest dan in de procedure is aangevoerd, reeds daarom niet aan de h-grond (die de Stichting aan haar verzoek ten grondslag had gelegd) is voldaan.

3.1.15. Na de mondelinge behandeling in die procedure zijn drie van de vier leden van de Raad van Toezicht afgetreden. De vice-voorzitter, die sinds 2016 lid van de Raad van Toezicht was en met ingang van 23 januari 2017 toen de werknemer haar samenwerkingsprobleem met de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht aan de orde stelde tot vicevoorzitter is benoemd, is aangebleven. In november 2017 is een nieuwe voorzitter, de heer A aangetreden.

De Raad van Toezicht bestaat thans uit vijf personen, waaronder de voorzitter van de Raad van Toezicht (A) en de vice-voorzitter.

3.1.16. Tussen de voorzitter van de Raad van Toezicht en de werknemster is overleg geweest over de terugkeer van de werknemster in haar bestuursfunctie.

3.1.17. De Stichting heeft bij e-mail van 8 december 2017 aangegeven dat de non-activiteit per 1 januari 2018 zal worden opgeheven en heeft de werknemster verzocht haar werkzaamheden op die datum te hervatten.

3.1.18. Op 20 december 2017 heeft de werknemster de Stichting bericht dat zij bij de kantonrechter een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal indienen en het haar beter lijkt de werkherovating uit te stellen in afwachting van de beschikking van de kantonrechter, waarbij zij ervan uitgaat dat haar salaris wordt doorbetaald.

3.1.19. De Stichting heeft het salaris over de maand januari 2018 wel aan de werknemster betaald, hoewel de werknemster in die maand niet heeft gewerkt, maar is in februari 2018 gestopt met het betalen van salaris.

3.2.1. In de onderhavige procedure heeft de werknemster in eerste aanleg op grond van artikel 7:671c BW, na aanvulling van haar verzoek, (samengevat) verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen zo spoedig mogelijk te ontbinden, wegens ernstig verwijtbaar handelen van de Stichting en daarbij verzocht om de Stichting te veroordelen om aan de werknemster te betalen:

- a. de transitievergoeding ad € 81.367,= bruto;
- b. de billijke vergoeding ad € 493.818,= bruto;
- c. haar salaris over de periode vanaf 1 februari 2018 tot aan de dag waarop haar dienstbetrekking bij de Stichting eindigt;
- d. de wettelijke rente en de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW over de onder c. genoemde vordering;
- e. en vergoeding van de kosten van rechtsbijstand ad € 28.858,50 netto;
- f. de proceskosten ad € 5.000,= netto.

3.2.2. De Stichting heeft gemotiveerd verweer gevoerd en een zelfstandig tegenverzoek op grond van artikel 7:671b jo. artikel 7:669 lid 3 sub e, subsidiair sub g dan wel h BW gedaan om de arbeidsovereenkomst met de werknemster per 1 maart 2018 te ontbinden, zonder toekenning aan de werknemster van enige vergoeding, althans een vergoeding gemaximeerd tot hetgeen

partijen zijn overeengekomen, de transitievergoeding of de WNT-vergoeding, althans een jaarsalaris van € 118.228,37.

3.3. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter in zowel de zaak van het verzoek als in de zaak van het tegenverzoek de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 mei 2018 ontbonden en de Stichting veroordeeld om aan de werknemster een billijke vergoeding te betalen van € 140.000,= bruto. Voorts heeft de kantonrechter in de zaak van het (aanvullend) verzoek de Stichting veroordeeld tot betaling aan de werknemster van haar salaris over de periode van 1 februari 2018 tot de dag waarop haar dienstbetrekking bij de Stichting eindigt, te vermeerderen met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging van 25% ex artikel 7:625 BW, voor zover aan de voorwaarden van dat wetsartikel is voldaan. De kantonrechter heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd en het meer of anders verzochte afgewezen.

3.4. Partijen kunnen zich niet met deze beslissing verenigen en zij zijn hiervan in hoger beroep gekomen. De werknemster is het er niet mee eens dat aan haar geen transitievergoeding is toegekend. Ook vindt zij de toegekende billijke vergoeding en de toegekende bijdrage in de kosten van rechtsbijstand als onderdeel van de billijke vergoeding te laag. De Stichting is het er op haar beurt niet mee eens dat een billijke vergoeding is toegekend. Ook vindt zij dat de loonvordering had moeten worden afgewezen, evenals de wettelijke verhoging.

3.5. De werknemster heeft in hoger beroep dertien grieven aangevoerd. Grief 13 heeft geen zelfstandige betekenis maar vloeit voort uit het gestelde in de voorafgaande grieven en behoeft dus geen afzonderlijke bespreking.

3.6. De werknemster wijzigt (vermeerdert) haar verzoek in hoger beroep in die zin dat zij thans verzoekt, na vernietiging van de bestreden beschikking, de Stichting te veroordelen aan haar te betalen (na wijziging van haar verzoek ter zitting in hoger beroep):

Primair:

- de transitievergoeding ad € 82.104,12 bruto;
- de billijke vergoeding ad € 411.714,= bruto;
- de schadevergoeding inzake ouderdomspensioen ad € 101.743,= bruto;
- de schadevergoeding inzake nabestaandenpensioen ad € 11.294,= netto;

- de schadevergoeding inzake arbeidsongeschiktheidspensioen ad € 10.335,= netto;
- vergoeding van de kosten van rechtsbijstand ad € 21.483,55 netto, althans € 44.757,40 bruto.

Subsidiar:

- het volgens de kantonrechtर्सformule berekende bedrag ad € 403.932,= bruto;
- een vergoeding van de kosten van rechtsbijstand ad € 21.483,55 netto, althans € 44.757,40 bruto.

Primair en subsidiar:

de kosten van deze procedure.

3.7. De Stichting voert in principaal hoger beroep verweer en voert in incidenteel hoger beroep tien grieven aan. Vanwege hun te algemene formulering en onvoldoende gerichtheid op de afzonderlijke oordelen van de kantonrechter in de bestreden beschikking, komen de grieven 5, 6 en 8 niet voor een afzonderlijke bespreking in aanmerking. Bij de beoordeling van de overige grieven zal het hof, voor zover nodig en mogelijk, rekening houden met wat de Stichting in het kader van de hiervoor genoemde algemene grieven naar voren heeft gebracht. Grief 10 betreft een concluderende “grief”, die geen afzonderlijke bespreking behoeft.

3.8. De Stichting verzoekt in (incidenteel) hoger beroep de bestreden beschikking te vernietigen voor zover daarbij een billijke vergoeding van € 140.000,= bruto is toegekend en voor zover daarbij de loonvordering en wettelijke verhoging zijn toegewezen, deze onderdelen af te wijzen met veroordeling van de werkneemster in de proceskosten in beide instanties, de nakosten daaronder begrepen.

3.9. Het hof overweegt het volgende.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Grief 2 in het incidenteel hoger beroep

3.10. Tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst hebben partijen niet (incidenteel) geappelleerd zodat dit onderdeel van de bestreden beschikking in hoger beroep niet aan de orde is. Grief 2 in incidenteel hoger beroep, waarin de Stichting stelt dat de kantonrechter eerst had moeten onderzoeken of sprake is van de e-grond, alvorens over de g- en de h-grond te oordelen, faalt dan ook bij gebrek aan belang.

Loonbetalingsverplichting over de periode van 1 januari 2018 tot 1 mei 2018

Grief 8, 10, 11 en 12 in het principaal hoger beroep. Grief 7 in het incidenteel hoger beroep

3.11. In dit hoger beroep gaat het allereerst om de vraag of de kantonrechter het verzoek van de werkneemster, strekkende tot doorbetaling van haar loon na 1 februari 2018 terecht heeft toegewezen. Daartegen richt zich grief 7 in het incidenteel hoger beroep.

3.12. Het hof stelt het volgende voorop. Ingevolge de hoofdregel van artikel 7:627 BW is de werkgever geen loon verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. De werknemer behoudt echter het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen (artikel 7:628 lid 1 BW). Bereidheid om de overeengekomen arbeid te verrichten heeft als uitgangspunt te gelden, hoewel niet is uitgesloten dat ondanks het ontbreken van bereidheid toch aanspraak op loon bestaat, te weten indien desondanks moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen.

3.13. In het onderhavige geval is niet gebleken van bereidheid van de werkneemster het werk per 1 januari 2018 te hervatten. Hoewel de Stichting de non-actiefstelling per 1 januari 2018 heeft opgeheven en zij de werkneemster heeft verzocht haar werkzaamheden op die datum te hervatten, heeft de werkneemster daaraan, ook na rappel van de Stichting en ondanks het feit dat zij arbeidsgeschied was (zo staat tussen partijen vast), geen gehoor gegeven. In feite had de werkneemster al in december 2017 voor zichzelf besloten dat zij geen toekomst meer had bij de Stichting. Dat is haar goed recht, maar doet wel het recht op loondoorbetaling vervallen, indien zij zich (daardoor) niet (langer) beschikbaar stelt om de bedongen arbeid te verrichten. De werkneemster heeft niets gesteld waaruit valt af te leiden dat zij zich daarvoor heeft ingespannen. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

3.14. In casu heeft de werkneemster werkhervatting afhankelijk gesteld van het honoreren van bepaalde voorwaarden. In bijzondere gevallen kan daarvoor goede grond bestaan. Maar daarvan

zal niet licht kunnen worden uitgegaan, met name niet dat een bestuurder als voorwaarde voor het weer aan de slag gaan, stelt dat een (haar onwettig) lid van de Raad van Toezicht vertrekt. Ook niet wanneer – volgens de werknemster – met dit lid (de vice-voorzitter) een onherstelbaar verstoorde relatie bestaat. De statuten van de Stichting laten het niet toe een lid van de Raad van Toezicht “zomaar” te ontslaan. Dat kan alleen door een Raad van Toezicht die tenminste uit het statutair vereiste minimale aantal van vijf leden bestaat, hetgeen destijds niet het geval was, en alleen op in de statuten bepaalde strenge gronden, die niet aan de orde waren. De voorzitter van de Raad van Toezicht kon dan ook niet anders dan de vice-voorzitter als lid van de Raad van Toezicht te handhaven, nog daargelaten dat dit ook het meest wenselijk was in het kader van continuïteit van de Raad van Toezicht en daarmee in het belang van de Stichting. Voorts valt niet in te zien waarom het vertrek van de vice-voorzitter uit de Raad van Toezicht benodigd was voor het hervatten van de werkzaamheden door de werknemster. De werknemster had eerder juist aangegeven geen problemen te ervaren in de samenwerking met andere leden van de Raad van Toezicht dan de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht. Bovendien zou de voorzitter van de Raad van Toezicht namens de Raad van Toezicht als haar contactpersoon gaan optreden. Aan de werknemster kan dan ook worden tegengeworpen dat zij onverkort heeft vastgehouden aan het vertrek van de vice-voorzitter uit de Raad van Toezicht, alvorens over werkherhvatting te willen spreken. Zij maakt daarbij bovendien onvoldoende onderscheid tussen de vice-voorzitter als persoon en als lid van de Raad van Toezicht.

3.15. Ook had van de werknemster verwacht mogen worden dat zij het gesprek was aangegaan met zowel de medische staf als het kantoorpersoneel. Beiden hadden te kennen gegeven daaraan belang te hechten met het oog op de verbeteringen die tijdens de afwezigheid van de werknemster waren doorgevoerd en die zij niet verloren wilden laten gaan. De voorzitter van de Raad van Toezicht heeft zich bereid verklaard de werknemster desgewenst te ondersteunen bij deze gesprekken. De werknemster is echter op de uitnodiging voor deze gesprekken niet ingegaan, omdat zij reeds voor zichzelf de conclusie had getrokken dat een terugkeer in haar bestuursfunctie niet meer reëel was. Deze conclusie nog voordat de

werknemster het personeel en de medische staf heeft gesproken, komt het hof prematuur voor.

3.16. Voorts is naar het oordeel van het hof geen sprake geweest van voor rekening van de Stichting komende omstandigheden als gevolg waarvan de werknemster het werk per 1 januari 2018 niet heeft kunnen hervatten. De voorzitter van de Raad van Toezicht heeft zich daar ten volle voor ingezet, onder meer door het voeren van gesprekken met de ondernemingsraad, het kantoorpersoneel en de medische staf. De voorzitter van de Raad van Toezicht heeft zich ook bereid verklaard aanwezig te zijn bij de feitelijke werkherhvatting van de werknemster. De voorzitter van de Raad van Toezicht heeft de werknemster bericht dat er in de organisatie met veel respect over haar wordt gesproken, de medische staf bereid is medewerking te verlenen aan haar terugkeer en er bij het personeel ook voldoende draagvlak is voor haar terugkeer. Na raadpleging van de secretaris van de ondernemingsraad is de werknemster echter gebleken dat, vanwege haar langdurige afwezigheid en de in de tussentijd door de interim-bestuurder in de organisatie doorgevoerde veranderingen, het personeel zeer verdeeld is over haar terugkeer. Sommige medewerkers hebben zelfs gedreigd te vertrekken als de werknemster terugkeert. De mededelingen van de voorzitter van de Raad van Toezicht omtrent het draagvlak bij het personeel moeten naar het oordeel van het hof evenwel worden gezien in het licht van zijn streven om de werknemster terug te laten keren in haar bestuursfunctie. Met het oog daarop kan de voorzitter van de Raad van Toezicht het draagvlak voor haar terugkeer tegenover de werknemster wellicht wat rooskleuriger hebben voorgesteld dan in werkelijkheid het geval was. Voor wat betreft de mededeling van de voorzitter van de Raad van Toezicht dat de medische staf bereid is aan een terugkeer mee te werken, geldt dat deze mededeling weliswaar in strijd is met de mening van de medische staf zoals die is verwoord in het verslag van een bijeenkomst van de huisartsenraad van 26 september 2017, maar dat dit verslag dateert van vóór het aantreden van de voorzitter van de Raad van Toezicht en zijn gesprekken met de medische staf. Daarnaast is het, anders dan de werknemster stelt, nu ook weer niet zo dat de voorzitter van de Raad van Toezicht haar onjuiste informatie heeft gegeven over het (ontbreken van voldoende) draagvlak voor haar terugkeer. Het is immers niet zo dat er in het geheel geen draagvlak

was bij de medische staf en het kantoorpersoneel voor een terugkeer van de werkneemster. Beiden wilden (in ieder geval) het gesprek met de werkneemster daarover aangaan, hetgeen de werkneemster, naar in r.ov. 3.15 is overwogen, ten onrechte uit de weg gegaan is.

3.17. In een geval als het onderhavige kan derhalve niet worden gezegd dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen als bedoeld in artikel 7:628 lid 1 BW, zodat de werkneemster jegens de Stichting geen aanspraak heeft op doorbetaling van haar loon.

3.18. Grief 7 in het incidenteel hoger beroep, voor zover daarmee wordt opgekomen tegen de toewijzing van de loonvordering, slaagt dus. De grieven 10, 11 en 12 in het principaal hoger beroep, waarmee de werkneemster opkomt tegen het oordeel van de kantonrechter dat van haar verwacht had mogen worden dat zij het gesprek was aangegaan met de medische staf en het kantoorpersoneel, dat haar tegengeworpen kan worden dat zij onverkort heeft vastgehouden aan de voorwaarde dat de vice-voorzitter per omgaande moest vertrekken uit de Raad van Toezicht en dat het voor een deel aan haarzelf te wijten is dat het niet tot een werkhervatting is gekomen, falen, gezien hetgeen hiervoor is overwogen. Grief 8, waarin de werkneemster stelt dat de voorzitter van de Raad van Toezicht haar onjuist, althans onvolledig heeft geïnformeerd omtrent het draagvlak voor haar terugkeer, slaagt weliswaar, maar leidt niet tot een voor haar gunstige beslissing.

Wettelijke verhoging

Grief 7 in het incidenteel hoger beroep

3.19. Gelet op het voorgaande hoeft grief 7 in het incidenteel hoger beroep, voor zover daarmee wordt opgekomen tegen de toewijzing door de kantonrechter van een wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW van 25%, niet meer te worden besproken.

Billijke vergoeding

Grief 1 en 3 in het incidenteel hoger beroep

3.20. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen op verzoek van de werkneemster ontbonden op grond van artikel 7:671c lid 1 BW. Tevens heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op (tegen)verzoek van de

Stichting ontbonden op grond van artikel 7:671b jo. artikel 7:669 lid 3 sub g BW (een verstoorde arbeidsverhouding). Het betreft hier een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ingevolge artikel 7:671c lid 2 aanhef en onder b BW en artikel 7:671b lid 8 aanhef en onder c BW kan de rechter in die gevallen een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De kantonrechter heeft geoordeeld dat dit het geval is. Daartegen richten zich grief 1 en 3 in het incidenteel hoger beroep. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van (de Raad van Toezicht van) de Stichting

3.21. Het hof stelt voorop dat uit de wetgeschiedenis (Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34) volgt dat het bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever gaat om uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grove de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat, of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.

3.22. Het hof overweegt dat het geschil tussen partijen moet worden gezien tegen de achtergrond van hetgeen zich op 23 januari 2017 heeft afgespeeld. Op die dag heeft de werkneemster tijdens een bijeenkomst met de Raad van Toezicht – in de woorden van de Stichting: “out of the blue” – mededelingen gedaan over de problemen die zij ervaart in haar werkrelatie met de voorzitter van de Raad van Toezicht, de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht. Hoewel de weg die de werkneemster heeft gekozen om de niet goed lopende samenwerking met de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht aan te kaarten en de wijze waarop zij dat heeft gedaan wellicht niet de schoonheidsprijs verdienen, is het hof niet gebleken dat de werkneemster daarmee iets anders heeft beoogd dan haar verstoorde relatie met de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht bij de Raad van Toezicht (simpelweg) bespreekbaar te maken. Het hof acht de handwijze van de Stichting naar aanleiding daarvan dan ook disproportioneel en geëigend te leiden richting een beëindiging van het dienstverband met de werkneemster. Door aldus te handelen

heeft de Stichting bovendien de Governancecode Zorg, die binnen de organisatie van de Stichting wordt gevolgd, met belangrijke kernwaarden zoals zorgvuldigheid en betrouwbaarheid, geschonden. Het hof verwijst ter toelichting op het vorenstaande in het bijzonder naar de navolgende feiten en omstandigheden.

3.23. Reeds bij aanvang van het vervolgesprek op 7 februari 2017 heeft de Raad van Toezicht de werknemster te kennen gegeven de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht unaniem te steunen en heeft zij de werknemster erop gewezen dat haar standpunt en houding – het uitspreken van een gebrek aan vertrouwen in haar voorzitter en het standpunt dat dit gebrek aan vertrouwen onherstelbaar is –, althans voor zover de werknemster daarin zou persisteren, een einde van haar bestuurschap met zich mee zou kunnen brengen. Tijdens dat gesprek op 7 februari 2017 heeft de werknemster op verzoek van de Raad van Toezicht voorbeelden gegeven van het gedrag van de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht die volgens de werknemster hebben geleid tot de verstoorde relatie met de voormalig voorzitter van de Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht kwalificeert de gegeven voorbeelden vervolgens als er door de werknemster “met gestrekt been in gaan” en stelt zich op het standpunt dat de werknemster daarmee heeft gepersisteerd in haar houding. De Raad van Toezicht heeft vervolgens op 14 februari 2017 besloten om een beëindiging van het dienstverband met de werknemster na te streven. In een daarop volgend gesprek op 20 februari 2017, is dit (unanime) besluit van de Raad van Toezicht aan de werknemster meegedeeld en is zij op non-actief gesteld.

3.24. In het bijzijn van medewerkers van de Stichting is de werknemster op 20 februari 2017 naar huis gestuurd. Ook is direct het e-mailaccount van de werknemster gesloten en is zij met onmiddellijke ingang afgesloten van het digitale netwerk van de huisartsenposten waaraan zij leiding gaf. Op zichzelf zijn dat geen ongebruikelijke maatregelen in een situatie waarin iemand feitelijk geen werkzaamheden meer verricht, maar de reden daarvoor is niet richting medewerkers en huisartsen gecommuniceerd. Door aldus te handelen heeft de Stichting ten onrechte het beeld gecreëerd dat de werknemster zich als bestuurder onbetamelijk heeft gedragen (zie productie 6 bij inleidend verzoekschrift). De Stichting heeft

de non-actiefstelling voorts in stand gehouden gedurende bijna een jaar, terwijl gesteld noch gebleken is dat de verstoorde relatie met de voorzitter van de Raad van Toezicht – die naar zeggen van de werknemster al van januari 2015 dateert – het functioneren van de werknemster op negatieve wijze heeft beïnvloed. In de schriftelijke verklaringen die de werknemster in het geding heeft gebracht (producties 4, 13 en 14 bij inleidend verzoekschrift), laten voormalige collega's van de werknemster zich op uiterst positieve wijze uit over het functioneren van de werknemster als bestuurder van de Stichting, hetgeen door de Stichting niet gemotiveerd is weersproken.

3.25. In een brief van 20 februari 2017, met daarin een toelichting op het voorgenomen ontslagbesluit, heeft de Raad van Toezicht de samenwerking met de werknemster “vervallen verklaard”. Het bespreekbaar maken van een verstoorde relatie, zoals door de werknemster getracht te doen, biedt daarvoor echter niet zonder meer rechtvaardiging. Een dergelijk onderwerp dient in beginsel bespreekbaar te zijn. Sterker nog, de Governancecode Zorg gebiedt de werknemster daarover transparant te zijn. Ook kan (de Raad van Toezicht van) de Stichting worden tegengeworpen dat zij niet is ingegaan op het voorstel van de werknemster om mediation in te zetten en zij ook het daartoe strekkende advies van de ondernemingsraad niet ter harte heeft genomen. In plaats daarvan is (de Raad van Toezicht van) de Stichting, met voorbijgaan aan het negatieve advies van de ondernemingsraad ter zake, op 23 mei 2017 een procedure gestart, waarin zij om ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht.

3.26. Anders dan de Stichting stelt, heeft de werknemster niet het vertrouwen in de voorzitter van de Raad van Toezicht, laat staan in de gehele Raad van Toezicht opgezegd, althans dat blijkt niet uit het verslag dat de werknemster van het gesprek met de Raad van Toezicht op 23 januari 2017 heeft opgesteld (productie 9 bij inleidend verzoekschrift) en strookt ook niet met de brief aan de werknemster van 20 februari 2017, waarin de Raad van Toezicht, met referentie aan het gesprek op 23 januari 2017, schrijft dat het vertrouwen in de Raad van Toezicht en haar voorzitter door de werknemster “in twijfel wordt getrokken”. De secretaresse die het gesprek op 23 januari 2017 heeft bijgewoond en aan wie de werknemster haar verslag van dat gesprek ter bevestiging heeft voorgelegd, heeft in een e-mail van 6 maart

2017 aan de werknemster te kennen gegeven dat het bijna letterlijk bij haar in het geheugen zit als de werknemster in haar verslag heeft opgetekend (met uitzondering van een passage, die voor de beoordeling verder niet van belang is). Uit dat verslag blijkt dat de werknemster nadrukkelijk bereidheid toont om met de voorzitter van de Raad van Toezicht in gesprek te gaan en dat zij met de overige leden van de Raad van Toezicht in de samenwerking geen problemen ervaart. De Stichting heeft daar niets tegenover gesteld waaruit blijkt dat de werknemster wél het vertrouwen in (de voorzitter van) de Raad van Toezicht heeft opgezegd. Uit de schriftelijke verklaringen van voormalige leden van de Raad van Toezicht, die de Stichting in hoger beroep in het geding heeft gebracht, blijkt slechts dat de werknemster tijdens de bijeenkomst op 23 januari 2017 heeft aangegeven geen vertrouwen meer te hebben in (samenwerking met) de voorzitter, hetgeen iets anders is dan dat de werknemster met zoveel woorden het vertrouwen in de voorzitter – of zelfs de gehele Raad van Toezicht – heeft opgezegd. De Stichting geeft verder niet aan wat de door haar aangedragen getuigen – de voormalige leden van de Raad van Toezicht in een getuigenverhoor in aanvulling op de reeds overgelegde schriftelijke verklaringen meer of anders zouden kunnen verklaren. Voor nadere bewijslevering is dan ook geen plaats.

3.27. Door in de adviesaanvraag aan de ondernemingsraad over het voorgenomen ontslag van de werknemster te vermelden dat de werknemster het vertrouwen in (de voorzitter van) de Raad van Toezicht heeft opgezegd en daarop haar ontbindingsverzoek en de non-actiefstelling van de werknemster te baseren, heeft de Raad van Toezicht dan ook de werknemster op onterechte gronden op non-actief gesteld, de ondernemingsraad onjuist geïnformeerd en zich met een gefingeerde ontslagreden tot de kantonrechter gewend. De kantonrechter heeft bij beschikking van 1 september 2017 geoordeeld dat de feitelijke grondslag van het verzoek tot ontbinding een geheel andere is geweest dan in de procedure door de Stichting is aangevoerd. Tegen de beschikking van 1 september 2017 is geen hoger beroep ingesteld, zodat het daarin overwogene tot uitgangspunt strekt.

3.28. Gelet op al het voorgaande, in onderling verband en samenhang bezien, is naar het oordeel van het hof in dit geval sprake van een situatie dat

de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van (de Raad van Toezicht van) de Stichting. Het handelen van (de Raad van Toezicht van) de Stichting na de beschikking van de kantonrechter van 1 september 2017 in de eerdere ontbindingsprocedure, waaronder het aftreden van bijna de voltallige Raad van Toezicht en de inspanningen van de voorzitter van de Raad van Toezicht om de werknemster terug te laten keren in haar bestuursfunctie, maakt het handelen van (de Raad van Toezicht van) de Stichting vóór die datum niet anders of minder verwijtbaar. Aan de werknemster dient dan ook een billijke vergoeding te worden toegekend.

3.29. Grief 1 en 3 in het incidenteel hoger beroep falen dus.

Hoogte billijke vergoeding

Grief 2, 6, 7 en 9 in het principaal hoger beroep. Grief 9 in het incidenteel hoger beroep

3.30. De kantonrechter heeft de billijke vergoeding vastgesteld op € 140.000,= bruto. Daartegen richten zich de grieven 2, 6, 7 en 9 in het principaal hoger beroep en grief 9 in het incidenteel hoger beroep. De werknemster stelt dat de kantonrechter ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de door de werknemster te lijden pensioenschade bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding (grief 2), ten onrechte de WNT als relevante factor daarbij in aanmerking heeft genomen (grief 6 en 7) en ten onrechte de verzochte billijke vergoeding en de verzochte vergoeding van gemaakte kosten van rechtsbijstand slechts toewijst, althans matigt tot een bedrag van € 140.000,= bruto (grief 9). De Stichting stelt dat geen plaats is voor toekenning van een billijke vergoeding.

3.31. Het hof stelt het volgende voorop. De Hoge Raad heeft over de hoogte van de billijke vergoeding in zijn beschikking van 30 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1187 New Hairstyle) overwogen: “De rechter dient de billijke vergoeding te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de bijzondere omstandigheden van het geval (vgl. Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 32 en 34 en nr. 4, p. 61).” Vervolgens is de Hoge Raad in die beschikking ingegaan op omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Met inachtneming van de in die beschikking

geformuleerde gezichtspunten, overweegt het hof over de hoogte van de billijke vergoeding als volgt.

3.32. Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. In dit geval acht het hof mede van belang dat de Wet normering topinkomens (hierna: de WNT) (onweersproken) op de arbeidsrelatie van toepassing is. Het hof is weliswaar niet gebonden aan de in de WNT opgenomen maximering, maar dat neemt niet weg dat het doel en de strekking van die wet wel als relevante omstandigheid in de overwegingen wordt betrokken. De WNT maximeert de salarissen en ontslagvergoedingen die werkgevers en topfunctionarissen van instellingen met een publieke taak kunnen overeenkomen, omdat het publiek geld betreft dat primair aangewend dient te worden voor de publieke taak, in dit geval de zorg. Ook de aan de werknemster te betalen billijke vergoeding wordt dus met publiek geld gefinancierd, wat er ook zij van de stelling van de werknemster dat de zorgverzekeraar die vergoeding kan verhalen op de Stichting en dat die daarvoor verzekerd is.

3.33. Het hof betreft voorts in de overwegingen dat de financiële gevolgen van het verlies van de arbeidsovereenkomst voor de werknemster aanzienlijk zijn te noemen. Zij is teruggevallen van een directeurssalaris op een WW-uitkering bepaald op het maximum dagloon. Naast deze inkomensschade lijdt de werknemster pensioenschade. Tevens wordt meegewogen haar leeftijd (54 jaar) en kansen op de arbeidsmarkt. Ondanks de werknemster ruime ervaring, onmiskenbaar aanwezige kwaliteiten en haar staat van dienst, zal het voor haar toch moeilijk zijn om een (passende) andere functie met een vergelijkbaar salaris te vinden. Daarvan getuigen in ieder geval de verklaringen van ex-bestuurders en -directeuren van huisartsenposten omtrent hun ervaringen bij het zoeken naar ander werk, die de werknemster als producties 28, 29 en 30 in eerste aanleg in het geding heeft gebracht en het overzicht van sollicitatie-inspanningen van de werknemster in de periode april/mei 2018 tot oktober 2018 (productie 11 in hoger beroep). Daar komt bij dat de wijze waarop de arbeidsovereenkomst van de werknemster is geëindigd, de werknemster in sollicitatieprocedures op een achterstand zal plaatsen ten opzichte van medekandidaten, al was het maar omdat de eerlijkheid de werknemster

gebiedt daarover tijdens sollicitatiegesprekken openheid van zaken te geven.

3.34. De periode van de (onterechte) non-actiefstelling (zie r.ov. 3.27) vormt geen reden de billijke vergoeding naar beneden bij te stellen, omdat de omstandigheid dat de werknemster in die periode geen arbeid heeft verricht naar het oordeel van het hof in overwegende mate aan de Stichting moet worden toegerekend. Daarbij neemt het hof mede in ogenschouw dat de werknemster op 23 februari 2017 tegen haar non-actiefstelling heeft geprotesteerd en zich beschikbaar heeft gehouden voor haar werkzaamheden, maar de Stichting haar om onduidelijke redenen niet tot haar werkzaamheden heeft toegelaten. Dat de werknemster dan maar een kort geding had moeten starten, zoals de Stichting stelt, is naar het oordeel van het hof de omgekeerde wereld.

3.35. Voor wat betreft de periode na opheffing van de non-actiefstelling per 1 januari 2018 tot 1 mei 2018, de datum waartegen de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen heeft ontbonden, is het naar het oordeel van het hof in overwegende mate aan de werknemster te wijten dat het niet tot een werkhervatting is gekomen (zie r.ov. 3.13-3.17), hetgeen een drukkend effect dient te hebben op de hoogte van de billijke vergoeding.

3.36. In de hoogte van de billijke vergoeding wordt voorts verdisconteerd een tegemoetkoming voor de kosten van rechtsbijstand, gemaakt in de onderhavige procedure en in de uit het inleidend verzoekschrift d.d. 23 mei 2017 voortvloeiende ontbindingsprocedure. De beschikking van 1 september 2017 staat daaraan niet in de weg omdat, gelet op het voorwaardelijk karakter, op (dat onderdeel van) het tegenverzoek van de werknemster door de kantonrechter niet is beslist. Voor een vergoeding van buitengerechtigde werkzaamheden is naar het oordeel van het hof geen plaats. Dat van de gedeclareerde 90 uren, 67 uren zijn besteed aan werkzaamheden ex artikel 6:96 lid 2 BW, zoals de werknemster stelt, blijkt niet uit de overgelegde declaraties. Voorts bestaat geen inzicht in welk deel van het totaal bij de werknemster in rekening gebrachte bedrag ad € 28.858,50 betrekking heeft op deze werkzaamheden en zijn de gestelde werkzaamheden door de Stichting bovendien betwist en door de werknemster daartegenover niet nader onderbouwd. Dat de advocaatkosten op grond van schending door de Stichting van haar verplichting om zich als een

goed werkgever te gedragen, in samenhang met artikel 6:96 BW, voor vergoeding in aanmerking zouden dienen te komen (vgl. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187), is evenmin voldoende onderbouwd.

3.37. Gelet op het voorgaande en de mate waarin de Stichting ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (waarvoor het hof verwijst naar hetgeen hiervoor in r.ov. 3.21-3.28 is overwogen), alsmede alle (overige) omstandigheden van het geval, en rekening houdend met het feit dat aan de werkneemster een transitievergoeding van € 82.104,12 bruto wordt toegekend (zie hierna), zal het hof de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 170.000,= bruto. De werkneemster heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om toekenning van het door haar verzochte bedrag van € 411.714,= bruto te rechtvaardigen. Het hof acht € 170.000,= bruto in de gegeven omstandigheden passend. De Stichting zal worden veroordeeld tot betaling van dit bedrag.

3.38. Grief 6 en 7 in het principaal hoger beroep en grief 9 in het incidenteel hoger beroep falen. Grief 2 en 9 in het principaal hoger beroep slagen.

Transitievergoeding; cumulatie onder de WNT; WNT-maximum

Grief 3, 4 en 5 in het principaal hoger beroep. Grief 4 in het incidenteel hoger beroep

3.39. Uit het hiervoor ten aanzien van de billijke vergoeding overwogene, blijkt dat in dit geval sprake is van een situatie dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de Stichting. In dat geval bestaat ingevolge artikel 7:673 lid 1 aanhef en onder b sub 2° BW tevens aanspraak op een transitievergoeding. De kantonrechter heeft dat onderkend (r.ov. 5.4), maar heeft de verzochte transitievergoeding niettemin afgewezen, omdat naar zijn oordeel het niet te verenigen is met doel en strekking van de WNT om naast de billijke vergoeding ook een transitievergoeding toe te kennen. De werkneemster komt hier tegen op met de grieven 3, 4 en 5. Het hof zal deze grieven hierna gezamenlijk behandelen. Grief 4 in het incidenteel hoger beroep, waarin de Stichting stelt dat de kantonrechter ten onrechte de maximale WNT-vergoeding niet doorslaggevend heeft geacht, zal in r.ov. 3.42 aan de orde komen.

3.40. Op grond van de definitie van "uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband" in

artikel 1.1 sub i WNT vallen buiten de reikwijdte van de WNT uitkeringen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift. De aanspraak op een transitievergoeding is neergelegd in de artikelen 7:673 en volgende BW, en is dus gebaseerd op een wettelijk voorschrift. Datzelfde geldt voor de aanspraak op een billijke vergoeding die, afhankelijk van de soort billijke vergoeding waarop aanspraak bestaat, op verschillende plaatsen in het BW is geregeld. Het hof ziet in (doel en strekking van) de WNT dan ook geen beletsel om naast de billijke vergoeding ook een transitievergoeding toe te kennen. Dit is ook in lijn met artikel 15 van de arbeidsovereenkomst, die de werkneemster bij een haar niet toe te rekenen beëindiging van de arbeidsovereenkomst recht geeft op een (ontslag) vergoeding, waarbij als basis – ter keuze van de werkneemster – geldt de hoogte van een jaarsalaris of van de ten tijde van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geldende kantonrechttersformule of een andere vergoeding die op dat moment maatschappelijk aanvaardbaar is. De werkneemster heeft gekozen voor een transitievergoeding en een billijke vergoeding. Deze vergoedingen dienen beide als maatschappelijk aanvaardbaar te worden beschouwd. Deze keuze van de werkneemster dient gerespecteerd te worden nu zij de mogelijkheid daartoe met de Stichting is overeengekomen.

Het hof merkt voorts nog op dat de werking van een dwingendrechtelijke bepaling zoals het recht van de werknemer op een transitievergoeding en een billijke vergoeding ook niet kan worden weggecontracteerd.

3.41. De grieven 3, 4 en 5 in het principaal hoger beroep slagen dus.

3.42. Partijen zijn het eens over de hoogte van de transitievergoeding ad € 82.104,12 bruto. Dit bedrag is weliswaar hoger dan het WNT-maximum van € 75.000,= bruto, maar de transitievergoeding wordt – als vallend buiten het toepassingsbereik van de WNT – daardoor niet gemaximeerd. Grief 4 in het incidenteel hoger beroep, waarin het tegendeel wordt betoogd, faalt. De Stichting zal derhalve worden veroordeeld tot betaling van dit bedrag aan transitievergoeding.

Slotsom

3.43. Op grond van al het bovenstaande zal het hof de bestreden beschikking gedeeltelijk vernietigen. Opnieuw rechtdoende zal het hof, samengevat, de Stichting veroordelen tot betaling aan de

werkneemster van een transitievergoeding van € 82.104,12 bruto en een billijke vergoeding van € 170.000,= bruto en het verzoek van de werkneemster strekkende tot doorbetaling van haar loon na 1 februari 2018 alsnog afwijzen. Het meer of anders verzochte in hoger beroep zal worden afgewezen.

Proceskosten

3.44. Het hof zal de proceskosten in hoger beroep compenseren, nu beide partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

4. De beslissing

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep:

4.1. vernietigt de bestreden beschikking van de kantonrechter in de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven, van 29 maart 2018, voor zover het betreft:

- de veroordeling van de Stichting tot betaling aan de werkneemster van een billijke vergoeding van € 140.000,= bruto;
- de veroordeling van de Stichting tot betaling aan de werkneemster van haar salaris over de periode van 1 februari 2018 tot de dag waarop haar dienstbetrekking bij de Stichting eindigt, vermeerderd met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging;
- de afwijzing van het verzoek van de werkneemster tot toekenning van een transitievergoeding; en in zoverre opnieuw rechtdoende:

4.2. veroordeelt de Stichting om aan de werkneemster een transitievergoeding te betalen van € 82.104,12 bruto;

4.3. veroordeelt de Stichting om aan de werkneemster een billijke vergoeding te betalen van € 170.000,= bruto;

4.4. wijst alsnog af het verzoek van de werkneemster strekkende tot doorbetaling van haar loon na 1 februari 2018;

4.5. compenseert de proceskosten in hoger beroep, in die zin dat elk van beide partijen de eigen kosten draagt;

4.6. verklaart de hiervoor onder 4.2 en 4.3 opgenomen veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

4.7. wijst af het meer of anders in hoger beroep verzochte.

NOOT

In deze uitspraak oordeelt het Hof 's-Hertogenbosch dat "*het doel en de strekking*" van de WNT relevant zijn bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding (r.o. 3.32). In dit geval is de billijke vergoeding bepaald op € 170.000 bruto (r.o. 3.37); dit komt neer op ongeveer een verdubbeling van de transitievergoeding (€ 82.104,12). Opvallend is dat het hof niet nader motiveert wat de precieze relevantie van het doel en de strekking van de WNT is en of deze moet leiden tot een verlaging van de billijke vergoeding. De vraag of de WNT een lager bedrag van de billijke vergoeding rechtvaardigt, zal op basis van '*rechtersrecht*' moeten worden beantwoord: de WNT (van kracht sinds 1 januari 2013) is namelijk tot stand gekomen in het pré-Wwz tijdperk. Destijds heeft de wetgever zich dus niet kunnen uitlaten over de verhouding van de WNT tot de billijke vergoeding van de Wwz (van kracht sinds 1 juli 2015) en dus bevat de parlementaire geschiedenis van de WNT hiervoor geen aanknopingspunten. Ook is deze problematiek niet meegenomen in de jurisprudentie-analyse van de eerste wetsevaluatie van de WNT (*Kamerstukken // 2015/16, 34366, 1*) omdat die evaluatie betrekking had op het pré-Wwz tijdperk (2013-2015).

Naar mijn mening kiest het hof hier voor een verkeerd uitgangspunt. Mijn stelling is dat de WNT in gevallen zoals deze niet relevant is en niet tot een verlaging zou moeten leiden van de *billijke* vergoeding. Ik richt mij in deze noot uitsluitend op de wettelijke grondslag voor de billijke vergoeding die in deze zaak aan de orde was, namelijk de billijke vergoeding ex art. 7:671b lid 8 sub c BW. Zoals bekend, bestaat de grondslag voor deze billijke vergoeding alleen in uitzonderlijke omstandigheden en ingeval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Hierbij moet worden gedacht aan de situaties die in de parlementaire geschiedenis van de Wwz zijn genoemd, bijvoorbeeld laakbaar (seksueel) gedrag van de werkgever of discriminatie. Het gaat om een additionele en van de transitievergoeding te onderscheiden vergoeding: de gevolgen van het ontslag zijn reeds verdisconteerd in de transitievergoeding en mogen dus niet bij het rechterlijk oordeel over de billijke vergoeding

worden betrokken (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 33).

Een van de belangrijkste doelstellingen van de WNT is het terugdringen van bovenmatige bezoldigingen en ontslagvergoedingen van topfunctionarissen in de (semi) publieke sector. Ratio hiervan is dat publieke gelden primair moeten worden aangewend voor de publieke taak die WNT-plichtige instellingen vervullen en dat de vrijheid van werkgevers en topfunctionarissen in de (semi) publieke sector om bovenmatige bezoldigingen en individuele ontslagvergoedingen af te spreken moet worden ingeperkt. Dat is ook de reden waarom een afwijking van het wettelijke WNT-maximum voor ontslagvergoedingen van € 75.000 wél is toegestaan indien deze voortvloeit uit een algemeen verbindend verklaarde cao, een wettelijk voorschrift of een rechterlijke uitspraak. Op grond van deze laatste uitzondering is de rechter dus in beginsel niet gebonden aan het in de WNT neergelegde maximum.

De vervolgvraag is dan of de WNT een lagere *billijke* vergoeding rechtvaardigt als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever die onder de WNT valt. Een compensatie voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten heeft een wezenlijk ander karakter dan een compensatie voor de gevolgen van het ontslag waarvan (doorgaans) sprake is bij de transitievergoeding of een contractuele ontslagvergoeding. De aanspraak op de billijke vergoeding ontstaat pas ingeval van uitzonderlijke omstandigheden. Dat de WNT in de rechtspraak tot reflexwerking leidt en een dempend effect tot gevolg heeft voor vergoedingen die primair tot doel hebben om de gevolgen van het ontslag te compenseren past mijns inziens bij het doel en de strekking van de WNT (zie voor een rechtspraak-analyse van de matigende effecten van de WNT op ontslagvergoedingen in ontbindingsprocedures H.E. Meerman en D. Schuurman, 'Vier jaar WNT, wat leverde het op?', *ArbeidsRecht* 2017/12). Ik zie echter niet in waarom het gerechtvaardigd zou zijn om onder verwijzing naar de WNT de *billijke* vergoeding op een lager bedrag te stellen. Indien deze redenering zou worden gevolgd, zou dat ertoe kunnen leiden dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever resulteert in een lagere billijke vergoeding voor topfunctionarissen van WNT-plichtige instellingen dan voor in-

stellingen die niet onder het bereik van de WNT vallen. Dergelijke effecten vallen mijns inziens buiten het toepassingsbereik van het doel en de strekking van de WNT: de rechter is niet gebonden aan de WNT en ingeval van de billijke vergoeding gaat het nu juist bij uitstek om een vergoeding waarvoor de rechterlijke beoordelingsvrijheid ex art. 7:671b lid 8 BW geldt.

Daarnaast wijs ik er op dat de wetgever ook met het vergoedingssysteem van de Wwz het streven had om tot lagere vergoedingen bij ontslag te komen. Dit streven van de wetgever bij invoering van de Wwz moet mijns inziens echter niet tot een lagere billijke vergoeding leiden: het gaat om een vergoeding met een eigen karakter die niet ziet op de gevolgen van het ontslag. Recentelijk heeft Van Gerven (D. van Gerven, 'De billijke vergoeding: guidance van de Hoge Raad in een nieuw overzicht', *TAP* 2018/318) een analyse gemaakt van de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de billijke vergoeding (*New Hairstyle* («JAR» 2017/188), *Zinzia* («JAR» 2018/167) en *Diensten* («JAR» 2018/168, m.nt. Van Zanten-Baris)). Hij wijst er mijns inziens terecht op dat, nu de billijke vergoeding dient als een noodklep, niet snel mag worden aangenomen dat de hoogte van de billijke vergoeding omlaag "gedrukt" kan worden door het streven van de wetgever om ontslagvergoedingen binnen het systeem van de Wwz laag te houden. Deze benadering gaat naar mijn mening ook op voor de WNT.

Inmiddels is op 9 oktober 2018 een plan van aanpak voor de tweede evaluatie van de WNT aan de Tweede Kamer aangeboden. Een van de kernonderdelen van deze evaluatie is inzicht te krijgen in effecten die door de WNT worden veroorzaakt zonder dat zij zijn beoogd. De hiervoor geschetste problematiek lijkt mij bij uitstek een onderwerp dat hierbij aan bod zal moeten komen.

mr. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe