

teel beroep faalt. Aan het voorwaardelijk incidenteel beroep komt het hof niet toe, dan wel heeft [naam B.V.] daarbij geen belang.

Slotsom

5.17. De slotsom luidt dat het gegeven ontslag op staande voet stand houdt. Daarom moet hetgeen primair verzocht is worden afgewezen, net als de subsidiair verzochte schadeloosstelling. Nu de handelwijze van [verzoeker] als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt, bestaat evenmin aanspraak op een transitievergoeding. De beschikking zal worden vernietigd uitsluitend voor zover het concurrentiebeding gedeeltelijk is vernietigd (7.2 van het dictum van de beschikking) en het beding zal met ingang van 22 juli 2023 geheel worden vernietigd. Voor het overige zal de bestreden beschikking worden bekrachtigd. Bij deze stand van zaken zal het hof de proceskosten in principaal beroep compenseren. In het incidenteel beroep is [naam B.V.] in het ongelijk gesteld en zij zal daarom worden veroordeeld in de kosten van dat beroep. De kostenveroordeling wordt, als verzocht, uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Beslissing in principaal en incidenteel beroep

Het hof

- vernietigt de beschikking van de kantonrechter te Rotterdam van 21 november 2022, wat betreft de gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding (onder 7.2 van de beschikking), en opnieuw rechtdoende:
 - vernietigt het concurrentiebeding met ingang van 22 juli 2023;
 - bekrachtigt de bestreden beschikking voor het overige;
 - compenseert de proceskosten in principaal beroep in die zin dat elk der partijen de eigen proceskosten draagt;
 - veroordeelt [naam B.V.] in de kosten van het geding in incidenteel beroep tot op heden begroot op € 1.183,- aan salaris advocaat;
 - wijst af het meer of anders verzochte;
 - verklaart deze beschikking ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

256

Gefixeerde schadevergoeding telt niet mee voor maximale ontslagvergoeding WNT

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
10 augustus 2023, nr. 200.320.450/01,
ECLI:NL:GHSHE:2023:2603
(mr. Bartelds, mr. Van Ham, mr. Keulaerds)
Noot mr. drs. A.M. Helstone,
mr. J.H. Leeman, deze noot heeft betrekking
op «JAR» 2023/248 en «JAR» 2023/256.

Ontslag statutair bestuurder. WNT. Gefixeerde schadevergoeding.

[BW art. 7:669, 7:672, 7:677, 7:682; WNT art. 1.1, 2.10; Uitvoeringsregeling WNT art. 4]

De werknemer treedt op 1 januari 2016 in dienst bij de werkgever en wordt benoemd in de functie van statutair bestuurder. De werknemer valt onder de Wet normering topinkomens (WNT). Na het opzeggen van het vertrouwen in de werknemer door een medebestuurder trekt de RvT op 21 oktober 2021 de conclusie dat de werknemer niet verder kan als bestuurder van de stichting. Gesprekken over een vertrekregeling leiden tot niets, waarna de werknemer zich op 6 december 2021 ziek meldt. De werknemer wordt in de vergadering van 17 maart 2022 ontslagen als statutair bestuurder. Vanwege zijn arbeidsongeschiktheid eindigt op dat moment echter niet de arbeidsovereenkomst. Op 7 april 2022 meldt de werknemer zich hersteld, waarna de werkgever direct de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2022 opzegt. De werknemer meent dat geen sprake is van een redelijke ontslaggrond en verzoekt een gefixeerde schadevergoeding, een transitievergoeding en een billijke vergoeding. De rechtbank heeft werkgever veroordeeld tot betaling aan werknemer van € 38.429 bruto ter zake van de transitievergoeding, verminderd met het bedrag dat reeds aan transitievergoeding aan werknemer is betaald. De werknemer verzoekt in appel vernietiging van die beschikking.

Het hof is van oordeel dat de werkgever een redelijke grond had (de h-grond) om de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen. Nu de

werkgever bij de opzegging niet de opzegtermijn in acht heeft genomen, heeft werknemer recht op de gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in art. 7:672 lid 11 BW. De bepalingen van de WNT leiden niet tot maximering van deze schadevergoeding tot een bedrag van € 75.000 bruto. In art. 4 Uitvoeringsregeling WNT 2022 is in lid 2 onder meer bepaald dat tot uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband niet worden gerekend de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband die voortvloeit uit een wettelijk voorschift, maar slechts voor zover de uitkering rechtstreeks, dwingend en eenduidig daaruit voortvloeit. Daarvan is bij art. 7:672 lid 11 BW sprake. Daarnaast heeft de werknemer recht op de overeengekomen schadevergoeding tot een bedrag gelijk aan het in de WNT bepaalde maximumbedrag van € 75.000 bruto. Voor het toekennen van een vergoeding van (overige) vermogensschade of een billijke vergoeding zijn geen gronden aanwezig.

NB. De doelstelling van de WNT is volgens de wetgever onder meer te verhinderen dat instellingen in de publieke en semipublieke sector rechte in staat zijn om hogere bezoldigingen toe te kennen dan wettelijk is toegestaan (Kamerstukken I 2011/12, 32600, nr. F, p. 8). Onder de regels van het bezoldigingsmaximum valt tevens de vergoeding bij einde van het dienstverband. Expliciet uitgezonderd is echter de aanspraak waarop een topfunctionaris op grond van een wettelijk voorschift recht heeft. Hieronder valt ook de gefixeerde schadevergoeding.

[De werknemer] te [woonplaats],
appellant,
hierna aan te duiden als [de werknemer],
advocaat: mr. A.M. Breedveld te 's-Hertogenbosch,
tegen
Stichting [de werkgever] te [vestigingsplaats],
verweerder,
hierna aan te duiden als [de werkgever],
advocaat: mr. K. van Kranenburg-Hanspians te Amsterdam.

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

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

3. De beoordeling

Inleiding en samenvatting

3.1. Het gaat in dit hoger beroep in de eerste plaats om de vraag of [de werkgever] [de werknemer] terecht heeft ontslagen. Als dat het geval is geweest, is vervolgens de vraag of [de werknemer] recht heeft op schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging en op schadevergoeding op grond van artikel 9 van zijn arbeidsovereenkomst en zo ja, hoe hoog die schadevergoeding moet/mag zijn, waarbij de vraag is welke invloed de Wet Normering Topinkomens (hierna: de WNT) hierop heeft.

Het hof is van oordeel dat [de werkgever] een redelijke grond had om de arbeidsovereenkomst met [de werknemer] op te zeggen. Omdat [de werkgever] bij de opzegging niet de opzegtermijn in acht heeft genomen, heeft [de werknemer] recht op de gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:672 lid 11 BW. Het hof is van oordeel dat de bepalingen van de WNT niet leiden tot maximering van deze schadevergoeding tot een bedrag van € 75.000,00 bruto. Het hof is verder van oordeel dat [de werknemer] recht heeft op de in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst bepaalde schadevergoeding en wel tot een bedrag, gelijk aan het in de WNT bepaalde maximumbedrag van € 75.000,00 bruto. Voor het toekennen van een vergoeding van (overige) vermogensschade (pensioenschade en schade ex artikel 6:96 lid 2 BW) acht het hof geen gronden aanwezig.

Naar het oordeel van het hof is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van [de werkgever] en de vordering van [de werknemer] om hem een billijke vergoeding toe te kennen wordt dan ook afgewezen.

Het hof compenseert de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep in die zin, dat partijen elk de eigen proceskosten moeten dragen.

De feiten

3.2. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

– [de werknemer], geboren op [geboortedatum] 1963, is op 1 januari 2016 in dienst getreden bij [de werkgever] in de functie van bestuurder. Hij is tevens per die datum benoemd tot statutair bestuurder. Het salaris van [de werknemer] wordt genormeerd door de WNT en bedraagt per 2022

€ 16.871,48 bruto per maand inclusief emolumenten.

In zijn hoedanigheid van bestuurder maakte [de werknemer] deel uit van de Raad van Bestuur (hierna: “de RvB”) van [de werkgever]. De RvB telt (in beginsel) drie bestuurders.

– [de werkgever] is een stichting gericht op het ondersteunen van cliënten bij het verbeteren of zo veel mogelijk behouden van hun eigen leven. Dat doet zij vanuit 33 locaties voor meer dan 6.000 cliënten. [de werkgever] heeft verschillende samenwerkingspartners, waaronder [bedrijf 1]. Doel van de samenwerking met [bedrijf 1] is het ontwikkelen van een gezamenlijke visie en projecten op het gebied van wonen, zorg en welzijn in de regio.

– De notulen van de vergadering van de RvT van 30 augustus 2021 (productie 8 bij verweerschrift eerste aanleg), waarbij [lid van de RvB] en [de werknemer] namens de RvB aanwezig waren, vermelden onder andere het volgende:

“Hervatting: De RvT heeft grote zorgen, net als na de vorige vergadering. De RvT is er in tegenstelling tot de RvB niet voor 100% van overtuigd dat de ombuiging gaat lukken. RvT wil kostenbeheersing, opbrengstmaximalisatie en voortgang op het beheerproces zien. De RvB moet hierover maandelijks schriftelijk rapporteren en er komen extra digitale vergaderingen met de RvT om de rapportages door te nemen.

De RvT is van mening dat er weinig wordt ingegrepen op [project] en het lijkt erop alsof de besparing bij de zorg vandaan moet komen. De RvT verwacht leiderschap.

De RvB moet dit meer uitstralen. Het uitroepen van een crisis vraagt om een andere verantwoordelijkheid van de RvB, kan niet meer alleen sturen op vrouwen. De RvT hoopt aan het eind van het jaar op een succes om met elkaar op te proosten.

Maar als dat niet zo is, zal de RvT daar ook wat mee moeten, dit kan de RvT niet zo laten lopen.”

– In een notitie van de RvT aan de RvB van 1 september 2021 (productie 9 bij verweerschrift in eerste aanleg) heeft de RvT onder meer het volgende aan de RvB meegedeeld:

“(…) In onze RvT vergadering van eergisteren hebben wij uitgebreid stil gestaan bij de financiële ontwikkelingen binnen [de werkgever]. Dit was een vervolg op de bespreking van de financiële stand van zaken in de RvT vergadering van juli. Dit raakt ook direct aan de bedrijfsvoeringsaspecten. De RvT heeft toen haar zorgen hierover aan-

gegeven. Onze zorgen zijn inmiddels alleen maar toegenomen. En dat is bij jullie ook zo: de RvB heeft geconstateerd, dat dit een crisis is en dat er nu maatregelen genomen moeten worden. Die maatregelen hebben jullie gepresenteerd.

Chronologisch

7 juli 2021.. RvT vergadering

Q1 rapportage met prognose 3,2 mio negatief

19 aug.2021.. RvB roept crisis uit en geeft mngt opdracht om maatregelen te nemen.

Vereist resultaat is: uitkomst einde 2021 =0 mio

27 aug.2021.. Mngt levert plannen aan om vereist resultaat te bereiken

30 aug.2021.. RvT vergadering:

Q2 rapportage met prognose 6,9 mio negatief

Ingediende maatregelen dekken niet de beoogde uitkomst einde jaar

RvB legt extra maatregelen op van 1,1 mio

Verwachte uitkomst einde 2021: 0 mio

Afgesproken rendement van 1,5% jaarlijks wordt niet gehaald.

We hebben samen uitgebreid van gedachten gewisseld over de analyse van deze situatie en over de te nemen maatregelen. De RvB is overtuigd van de effectiviteit van de maatregelen en acht het realistisch, dat einde jaar het resultaat 0 mio is, mede omdat de mngrs goed gemobiliseerd zijn. Jullie geven aan, dat je vanaf nu 2-wekelijks de financiële resultaten gaat volgen en bespreken met het mngt.

Na afloop van onze bespreking heeft de RvT haar visie en haar verwachtingen geformuleerd.

» De RvT heeft grote zorgen over deze situatie. Wij zijn er niet voor 100% van overtuigd, dat de beoogde besparing in 4 maanden tijd gerealiseerd kan worden. Het vereist in ieder geval een forse inspanning.

Wij verwachten van jullie nu:

– Kosten beheersing

– Opbrengsten maximalisatie

– Maandelijks rapportage

– Verbetering van het beheer proces

– Leiderschap

– Resultaat einde 2021: 0 mio.

De grootste kostenpost zit bij het project [project] en daarop wordt verhoudingsgewijs weinig ingegrepen. Dat verbaast ons.

Jullie hebben de crisis uitgeroepen en daarbij past zichtbaar leiderschap; niet alleen naar RvT zichtbaar, maar vooral ook naar mngt en organisatie.

Wij willen kunnen constateren, dat jullie presteren en dat je de ombuiging in dit jaar realiseert.

Jullie zijn overtuigd van de realiteitszin van de slaagkans van deze prestatie. En dat is fijn en be-moedigend, omdat de RvB immers de drive en de daadkracht moet uitstralen en moet aanspreken bij het mngt. De RvT ziet, dat de RvB inspanningen wil plegen. Wij hopen uiteraard van harte, dat dit tot het gewenste effect zal leiden.

Als het resultaat einde 2021 bereikt is, zullen wij dat met jullie vieren.

Als het resultaat dan niet bereikt is, dan kan de RvT niet anders dan hierop ook tot actie te komen.

De RvT wil dit traject in de komende 4 maanden nadrukkelijker van nabij volgen. Na elke maand zien we graag de rapportage en zullen we een virtuele bespreking houden om de voortgang te zien en met jullie te bespreken»

– Op 13 oktober 2021 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [de werknemer] en de remuneratiecommissie (bestaande uit mevrouw [voormalig voorzitter van de RvT], voorzitter van de RvT en de heer [lid van de RvT 2], lid van de RvT). In het verslag van dit gesprek (d.d. 20 oktober 2021, productie 16 bij inleidend verzoekschrift) zijn punten van kritiek op het functioneren van [de werknemer] weergegeven.

– In de avond van 13 oktober 2022 heeft mevrouw [lid van de RvB] (eveneens lid van de RvB en hierna: [lid van de RvB]) formeel het vertrouwen in [de werknemer] opgezegd.

– [de werknemer] heeft op vraag van de RvT in zijn e-mails van 18 oktober 2021 (productie 14 bij inleidend verzoekschrift en productie 33 bij beroepschrift) aan de RvT een nadere toelichting gegeven van zijn belangrijkste dossiers en van de door hem daarbij behaalde resultaten.

– In een gesprek met de RvT op 21 oktober 2022 is vervolgens door de RvT de conclusie getrokken dat [de werknemer] niet verder kan als bestuurder van [de werkgever]. Hierna zijn [de werknemer] en [de werkgever] vrij snel gestart met gesprekken over een vertrekregeling. Die regeling is uiteindelijk niet tot stand gekomen.

– Op 6 december 2021 heeft [de werknemer] zich ziek gemeld bij [de werkgever] wegens overspannenheid.

– Bij brief van 11 maart 2022 is [de werknemer] uitgenodigd voor de vergadering van de RvT van 17 maart 2022, waarvoor het voorgenomen ontslag van [de werknemer] als statutair bestuurder is geagendeerd. Als reden voor het voornemen [de werknemer] te ontslaan als statutair bestuur-

der is in de uitnodiging (productie 4 bij verzoekschrift) het volgende genoemd:

“(…) Gronden voor besluit

Deze brief dient tevens ter verdere onderbouwing van de redenen van de RvT om te willen komen tot een beëindiging van jouw positie binnen de [de werkgever] (hof: [de werkgever]). Arbeidsrechtelijk ligt de grondslag van dit besluit primair in artikel 7:699 lid 3 sub h en subsidiair sub d BW. Kort gezegd is er bij de RvT onvoldoende vertrouwen in jou als bestuurder en is er geen vertrouwen dat er voldoende basis is voor een verdere samenwerking. Uiteraard betreuren wij dit, maar terugkijkend naar de totstandkoming van het besluit hebben wij moeten vaststellen dat wij op verschillende momenten en in het kader van verschillende gebeurtenissen aan jou kenbaar hebben gemaakt niet tevreden te zijn met de wijze waarop jij jouw taken uitvoerde en dat wij ons zorgen maakten over een aantal ‘dossiers’ en de wijze waarop jij daarmee omging en bent omgegaan. Dit is vervolgens ‘geëscaleerd’ toen medio oktober 2021 onder meer uit de RvB hele duidelijke signalen kwamen over het gebrek aan vertrouwen in een samenwerking met jou. Dit heeft de besluitvorming van de RvT in een stroomversnelling gebracht.

(...)

Start van zorgen RvT

Terugkijkend naar het moment waarop de RvT steeds toenemendere zorgen kreeg over het functioneren van de RvB en jouw rol daarin, kunnen we vaststellen dat dit voor ons rond april 2021 is gestart. Dat was het moment waarop de OR zich kritisch uitliet over [de werkgever], over de werkdruk, de gebrekkige reactie van de RvB op punten van de OR, de afstand die werd ervaren tussen de medewerkers en de RvB, gebrek aan betrokkenheid en de snelheid van bepaalde veranderingen. Kortom, een kritisch beeld werd geschetst wat ons zorgen baarde. Dat heeft de RvT ook uitgesproken.

De RvT heeft zich vanaf mei 2021 steeds kritischer uitgelaten richting de RvB en daarmee ook naar jou. In de RvT vergadering van april 2021 en daarna, is er bijvoorbeeld in iedere vergadering aan jou gevraagd om te komen met een strategisch plan over de vastgoedontwikkeling en portfoliostратегie. Uit de aantekeningen van deze vergaderingen valt op dat jij stelselmatig hebt nagelaten om met de gevraagde input te komen en ook geen goede argumenten kon geven waarom jouw input achterwege bleef.

Resultaten: RvT wordt onaangenaam verrast

In de tweede helft van 2021 bleek opeens dat het verwachte jaarresultaat niet alleen negatief was maar dat de berekende bedragen schrikbarend slecht waren, er zou een negatief resultaat zijn van € 3.2m. Ook bleek dat de organisatie niet in control was onder andere omdat administratieve processen niet op orde waren. Zoals je je nog zal kunnen herinneren was de RvT ontzettend onaangenaam verrast en bezorgd. Ons is bijgebleven dat hoewel dit statutair een hoofdelijke verantwoordelijkheid is, jij niet echt betrokken leek te zijn bij het werken aan een oplossing. Dat is in de daaropvolgende vergaderingen ook gebleken.

Huisvestingsplannen blijven achter

In de volgende vergaderingen hebben wij jou meerdere malen gevraagd om een huisvestingsplan op te stellen. Wij hebben het met elkaar gehad over het feit dat vanuit [bedrijf 1] was uitgesproken dat men teleurgesteld was in de samenwerking met jou en dat men deze samenwerking wenste te herijken. Je hebt hier niet echt inhoudelijk op gereageerd, wat ons destijds ook heeft verbaasd.

Hierover is ook later met jou gedeeld dat vanuit [bedrijf 1] werd aangegeven dat men tijdens vergaderingen onder meer de indruk had dat jij de stukken niet goed had gelezen, niet goed in staat was om to the point over onderwerpen te spreken, dat jouw input achter bleef en dat men geen vertrouwen in jou had.

In de vergadering van augustus jl. bleek dat het verwachte jaarresultaat zou neerkomen op een negatiefsaldo van € 6.9m. Dat was het moment waarop de crisis werd uitgesproken en besloten werd dat met de managers gesproken zou moeten worden om te komen tot maatregelen met onder meer als doel het resultaat terug te brengen naar 0.

Wij spraken met jou wederom over het (ontbreken van het) meerjaren huisvestingsbehoefteplan, dat gekoppeld zou zijn aan een nieuwe strategische koers. Omdat een duidelijke procesbeschrijving ontbrak was het niet mogelijk om met elkaar daadwerkelijk te spreken over een proces. Dat hebben wij als RvT ook uitgesproken en toegelicht waarom wij dit zo zagen. Jij was daarover verbaast.

Daar komt bij als ander voorbeeld van het gebrek aan jouw betrokkenheid, dat jij tijdens de presentatie van [lid van de RvB] over de cijfers aangaf niet bekend te zijn met de beschreven overschrijdingen. Verwachtingen RvT en afspraken met RvB

In een notitie van 1 september 2021 heeft de RvT beschreven welke (grote) zorgen de RvT had, wat wij met elkaar hadden besproken en afgesproken.

Namens de RvT is in die notitie nogmaals schriftelijk herhaald welke verwachtingen de RvT van de RvB had. In de vergaderingen daarna, ik verwijs onder meer naar de notitie van 21 september jl., is vast komen te staan dat de door jullie bedachte maatregelen niet het gewenste effect hadden, dat het verlies niet op de voorgespiegelde wijze afgewend zou kunnen worden en dat verder ingrijpen noodzakelijk was. Ook bleek dat de plannen van de RvB niet zoals wij met elkaar hadden afgesproken waren uitgevoerd.

Ten aanzien van jouw eigen portefeuille bleek nogmaals dat jij in de tusseliggende periode datgene dat jij ons had voorgehouden te zullen doen nog steeds niet had gedaan. Geen volledige stukken aangeleverd en ook geen goede verklaring waarom dit alles zo lang op zich liet wachten.

Gesprekken met RvT

De gesprekken tussen de RvT en jou zijn geïntensiveerd vanaf september 2021 enerzijds omdat de RvT constateerde dat de resultaten achterbleven, dat jij onvoldoende als bestuurder jouw verantwoordelijkheid nam en omdat er steeds meer signalen kwamen over jouw leiderschap en functioneren. Er is nogmaals herhaald wat de feedback vanuit BW op jouw leiderschap en management was. Stevige kritiek die de RvT niet kon pareren. Jouw antwoord hierop was voor ons niet bevredigend en heeft eraan bijgedragen dat ons vertrouwen in jou dat al fragiel was nog meer is afgenomen.

Signalen over gebrek aan zichtbaarheid en betrokkenheid

Daarbij heeft een rol gespeeld dat vanuit de organisatie meerdere malen signalen zijn neergelegd bij de RvT over jouw functioneren. Dat ging over zichtbaarheid en betrokkenheid, over jouw instructies aan het secretariaat over afspraken, over bereikbaarheid, voor de organisatie onduidelijke afspraken over thuiswerken etc. Het is ook hier dat jouw bijna laconieke houding ons opviel wat we niet goed konden plaatsen.

Onvoldoende communicatie

Rode draad in de onderwerpen die wij met elkaar hebben besproken in die periode is de gebrekkige en onvolledige communicatie naar de RvT. Wederom een voorbeeld van de redenen voor het afnemende vertrouwen in jou als bestuurder. We hebben daar, stevig, over gesproken en jou op verschillende onderwerpen geconfronteerd met vragen, jouw reactie en onze verbazing en zorg over het gebrek aan pro activiteit van jouw kant.

Medebestuurder spreekt uit geen vertrouwen te hebben

Uiteindelijk is er een situatie ontstaan waarbij de RvT op basis van haar eigen waarnemingen, aanwijzingen en zorgen vanuit [de werkgever] over jou vaststelde dat een verdere samenwerking niet goed mogelijk bleek. Daar is toen nog bij gekomen het feit dat jouw medebestuurder aan de RvT heeft laten weten geen vertrouwen meer in jou te hebben. Wij hebben op 14 oktober 2021 hierover met jou gesproken. Jij schrok zichtbaar van deze mededeling en was mede daardoor niet goed in staat om hier meteen inhoudelijk op te reageren wat begrijpelijk is. Wij hebben de onderwerpen waarop dat gebrek aan vertrouwen was en is gebaseerd met jou gedeeld. Later heb jij hier nog op gereageerd, zowel per e-mail als in het hiervoor genoemde gesprek van 26 november jl. Ook over dit onderwerp gaf jij aan het niet terecht te vinden dat de RvT op basis van deze mededeling conclusies had verbonden die gevolgen hadden voor jouw positie binnen [de werkgever]. Je had graag gezien dat er nog een poging was gedaan om al dan niet via mediation tot een vergelijk te komen. Hoewel jouw reactie niet geheel onbegrijpelijk zou zijn als de mededeling van jouw medebestuurder op zichzelf staand zou zijn, maar dat was het voor de RvT niet. (...)

– [de werknemer] is in de vergadering van 17 maart 2022 ontslagen als statutair bestuurder. Op dat moment was hij arbeidsongeschikt als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst niet gelijktijdig is beëindigd. In de vergadering van 17 maart 2022 is besloten dat de arbeidsovereenkomst na de herstelmelding van [de werknemer] zou worden opgezegd.

– Op 7 april 2022 heeft [de werknemer] zich beter gemeld.

Bij brief van 12 april 2022 heeft [de werkgever] de arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 mei 2022 (productie 11 bij verzoekschrift).

– [de werkgever] heeft in verband met de beëindiging van het dienstverband in totaal een bedrag van € 38.429,00 bruto aan transitievergoeding betaald. Daarnaast heeft [de werkgever] een bedrag van € 75.000,00 bruto betaald in verband met het niet in acht nemen van de opzegtermijn.

De verzoeken aan de rechtbank en het oordeel van de rechtbank

3.3.1. [de werknemer] heeft de rechtbank verzocht, voor zover in beroep nog relevant:

1. voor recht te verklaren dat er geen sprake is van een rechtsgeldig genomen ontslagbesluit op 17 maart 2022, waardoor ook geen sprake is van een rechtsgeldige opzegging van het dienstverband, zodat deze nog onverminderd voortduurt; Indien en voor zover moet worden aangenomen dat wel sprake is van een rechtsgeldig tot stand gekomen ontslagbesluit en opzegging van de arbeidsovereenkomst tegen 1 mei 2022:

2. [de werkgever] te veroordelen om, binnen 8 dagen na betekening van de in deze te wijzen beschikking, aan [de werknemer] te betalen € 101.228,88 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 12 april 2022 tot aan de dag van de gehele betaling, dit op de voet van c.q. als gevolg van de onregelmatige opzegging in de zin van artikel 7:672 lid 11 BW;

3. [de werkgever] te veroordelen om, binnen 8 dagen na betekening van de in deze te wijzen beschikking, aan [de werknemer] te betalen € 38.429, -- bruto althans een in goede justitie door de rechtbank te bepalen bedrag, bij wege van wettelijke transitievergoeding in de zin van artikel 7:673 BW en rekening houdende met een eerst mogelijke einddatum na ommekomst van de overeengekomen opzegtermijn van 6 maanden, te weten 1 november 2022;

4. [de werkgever] te veroordelen om, binnen 8 dagen na betekening van de in deze te wijzen beschikking, aan [de werknemer] te betalen € 821.000 bruto althans een in goede justitie door de Rechtbank te bepalen bedrag, rekening houdende met de in de arbeidsovereenkomst in artikel 9 bepaalde contractuele schadevergoeding, zulks bij wege van billijke vergoeding in de zin van artikel 7:682 lid 7 BW;

5. [de werkgever] te veroordelen om, binnen 8 dagen na betekening van de in deze te wijzen beschikking, zorg te dragen voor een correcte eindafrekening inclusief de uitkering van de overeengekomen doch niet genoten vakantiedagen over 2022 als bedoeld in artikel 7:641 BW;

6. [de werkgever] te veroordelen om, binnen 8 dagen na betekening van de in deze te wijzen beschikking, aan [de werknemer] te betalen c.q. te vergoeden de daadwerkelijk door hem geleden vermogensschade in verband met de noodzakelijk gemaakte kosten voor juridische bijstand en inschakeling van een pensioenspecialist, zulks op de voet van artikel 6:96 lid 2 BW;

7. met veroordeling van [de werkgever] in de proceskosten.

3.3.2. Aan dit verzoek heeft [de werknemer], kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd. Het ontslag is niet rechtsgeldig. Bij het ontslag als statutair bestuurder heeft [de werkgever] meerdere formaliteiten niet in acht genomen. Voor wat betreft de opzegging van het dienstverband was er volgens [de werknemer] geen redelijke grond voor [de werkgever] om daartoe over te gaan. Voor zover die grond er wel was, heeft volgens [de werknemer] te gelden dat [de werkgever] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en heeft hij daarom recht op een billijke vergoeding, waarbij rekening kan worden gehouden met de hem toekomende contractuele schadevergoeding wegens beëindiging van het dienstverband. Bovendien heeft [de werkgever] bij de opzegging de opzegtermijn welbewust niet in acht genomen en kan hij daarom aanspraak maken op de gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in artikel 67:672 lid 11 BW ten bedrage van € 101.228,88 bruto (zijnde het loon over de periode vanaf 12 april 2022 tot en met 1 november 2022). [de werkgever] dient volgens [de werknemer] verder op grond van artikel 6:96 lid 2 BW de kosten van de door hem ter berekening van de als gevolg van het ontslag ontstane pensioenschade ingeschakelde deskundige en de juridische kosten aan hem te vergoeden.

3.3.3. [de werkgever] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, hierna aan de orde komen.

3.3.4. De rechtbank heeft [de werkgever] veroordeeld tot betaling aan [de werknemer] van € 38.429,00 bruto ter zake van transitievergoeding, verminderd met het bedrag dat [de werkgever] aan transitievergoeding aan [de werknemer] heeft betaald, tot verstrekking van een correcte eindafrekening inclusief de uitkering van de overeengekomen doch niet genoten vakantiedagen over 2022 als bedoeld in artikel 7:641 BW. De rechtbank heeft [de werknemer] veroordeeld tot betaling van de proceskosten (conform het liquidatietarief). De rechtbank heeft de beschikking voor wat betreft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

De verzoeken in hoger beroep

3.4. [de werknemer] heeft het hof verzocht:

I. de bestreden beschikking d.d. 27 september 2022 te vernietigen (uitsluitend) voor zover hierbij

a. afgewezen is (1) de primair verzochte vernietiging van het ontslagbesluit wegens strijd met art.

2:15 BW, (2) de subsidiair verzochte toekenning van een billijke vergoeding wegens ontbreken van een redelijke grond in de zin van artikel 7:669 BW werd afgewezen en (3) de meer subsidiair, op basis van art. 7:682 lid 7 BW verzochte toekenning van een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen door [de werkgever];

b. afgewezen is de verzochte toekenning van de gefixeerde schadevergoeding op grond van art. 7:672 lid 11 BW;

c. [de werknemer] werd veroordeeld in de proceskosten;

II. In zoverre alsnog rechtdoende om [de werkgever] te veroordelen tot betaling overeenkomstig de verzoeken in eerste aanleg bij verzoekschrift (blz. 29 en 30) van:

a. gefixeerde schadevergoeding ten bedrage van € 101.228,88 bruto

b. billijke vergoeding ten bedrage van € 821.000,--

c. correcte eindafrekening incl. bijbehorende specificaties;

d. vermogensschade, dit laatste onder vermeerdering van eis wegens de toegenomenkosten voor juridische bijstand in eerste aanleg en in hoger beroep, zie aanvullende productie 35;

e. proceskosten in eerste aanleg;

III. [de werkgever] te veroordelen in de proceskosten in het hoger beroep.

[de werknemer] heeft hiertoe dertien grieven aangevoerd, waartegen [de werkgever] verweer heeft gevoerd. De grieven en verweren zullen hierna aan de orde komen.

Op deze plaats wordt wel al overwogen dat het hof de voor de beoordeling relevante feiten zelf opnieuw heeft vastgesteld en dat [de werknemer] in zoverre geen belang meer heeft bij bespreking van grief I.

De volgorde van de hierna te bespreken onderwerpen

3.5. Het hof zal bij de verdere beoordeling de volgende volgorde aanhouden:

A. het ontslag van [de werknemer] als statutair bestuurder: is het besluit rechtsgeldig genomen?

B. de opzegging van het dienstverband: is er een redelijke grond?

C. is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen van [de werkgever] en heeft [de werknemer] recht op een billijke vergoeding?

D. de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 11 BW

E. kan [de werknemer] aanspraak maken op de contractuele schadevergoeding als bedoeld in artikel 9 van het arbeidscontract?

F. komt [de werknemer] vergoeding van volgens hem geleden vermogensschade toe?

G. mag [de werkgever] het bedrag aan (volgens haar door [de werknemer] veroorzaakte) schade aan de aan hem ter beschikking gestelde auto verrekenen met de bedragen die zij aan [de werknemer] nog moet betalen?

H. de eindafrekening

I. de proceskosten

samenvatting en conclusie.

A: Het ontslag van [de werknemer] als statutair bestuurder

3.6. Het hof is van oordeel dat er, anders dan [de werknemer] heeft bepleit, sprake is geweest van een rechtsgeldig besluit waarbij [de werknemer] als statutair bestuurder is ontslagen, dat de grieven II tot en met IV daarom falen en overweegt daarover het volgende.

3.6.1. [de werknemer] heeft aangevoerd dat het inhoudelijke besluit tot zijn ontslag niet zozeer op 17 maart 2022, maar al op 21 oktober 2021 is genomen. Al op 21 oktober 2021 en daarna heeft de RvT vastgehouden aan dat eerdere besluit, dat gericht was op het ontslag van [de werknemer]. Vaststaat, aldus [de werknemer], dat voor het besluit van 21 oktober 2021 geen voorafgaande oproeping is gedaan, dat geen inzicht is geboden in de overwegingen van de RvT dat het ontslag onafwendbaar zou zijn en dat er geen hoor en wederhoor is toegepast door de RvT, noch bij [de werknemer] nog bij de collega-bestuurder. Bovendien heeft de RvT voorafgaand aan het besluit op 21 oktober 2021 geen advies ingewonnen bij de OR, de CCR en/of de RvB. Het besluit van de RvT van 21 oktober 2021 is inhoudelijk gelijk te stellen met een voorgenomen besluit.

[de werknemer] heeft verder aangevoerd dat de RvT in de adviesaanvraag aan de OR en de CCR van 9 maart 2022 (productie 5 inleidend verzoekschrift) deze adviesorganen onjuist en onvolledig heeft geïnformeerd over haar beweegredenen voor het voorgenomen besluit.

De RvT heeft de adviezen van de OR en de CCR niet aan [de werknemer] ter hand gesteld. [de werknemer] stelt zich op het standpunt dat niet gecontroleerd, noch aangenomen kan worden dat die adviezen daadwerkelijk zijn verstrekt en dat positief geadviseerd zou zijn over het voorgenomen

besluit tot ontslag van [de werknemer] als bestuurder.

[de werknemer] wijst er verder op dat de wettelijke termijn van 7 dagen tussen de oproeping en de vergadering waarop het voorgenomen ontslagbesluit aan de orde zou komen niet in acht is genomen. Hij is immers op 11 maart 2022 opgeroepen te verschijnen op de RvT-vergadering van 17 maart 2022. Er is, aldus [de werknemer], geen sprake geweest van een rechtsgeldig vennootschapsrechtelijk ontslag.

3.6.2. [de werkgever] heeft verweer gevoerd. Volgens haar is er op 21 oktober 2021 geen unaniem vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit genomen. De RvT heeft haar zorgen over zijn functioneren aan [de werknemer] kenbaar gemaakt, tevens rekening houdend met de melding van de medebestuurder over de vertrouwensbreuk tussen haar en [de werknemer]. De eigen waarnemingen van de RvT gecombineerd met de melding van de medebestuurder maakten dat de RvT eind oktober 2021 niet anders kon dan een proces van afscheid van [de werknemer] in werking zetten. Dat staat niet gelijk aan een formele start van een vennootschapsrechtelijke procedure om tot de beëindiging van de statutaire positie en daarmee automatisch van de arbeidsovereenkomst te komen. Van een (vergelijkbaar) unaniem besluit met rechtsgevolg, zoals dat op 17 maart 2022 is genomen, was op 21 oktober 2021 geen sprake. [de werkgever] heeft aan [de werknemer] uitgelegd, aan de hand van voorbeelden, waarom de samenwerking tot een einde diende te komen. Hierover hebben partijen met elkaar gesproken. Daarna zijn de gesprekken gestart over een mogelijke regeling.

[de werkgever] heeft tijdig, voor de RvT vergadering van 17 maart 2022, advies gevraagd aan de OR, de CCR en de RvB. [de werkgever] heeft dat bewust niet in oktober 2021 gedaan, zoals zij toen ook met [de werknemer] had besproken. De RvT wilde de positie van [de werknemer] niet onnodig beschadigen en vond dat destijds prematuur. [de werknemer] had destijds geen enkel bezwaar tegen deze aanpak en stelde evenmin, terwijl hij op dat moment ook werd bijgestaan door zijn advocaat, dat [de werkgever] eerst een andere formele procedure diende te doorlopen. De juistheid van het standpunt van [de werknemer] dat [de werkgever] eerder advies had moeten vragen omdat het ontslagbesluit op 21 oktober 2021 genomen was (wat door [de werknemer] verder niet inhoudelijk wordt onderbouwd) wordt betwist. Het

vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit is op 17 maart 2022 genomen en niet op 21 oktober 2022.

Aan [de werknemer] is op 11 maart 2022 medegedeeld dat om advies is gevraagd en de adviesaanvragen zijn met [de werknemer] en zijn advocaat gedeeld.

De OR en de CCR hebben beide op 14 maart 2022 positief geadviseerd. De RvB had eveneens positief geadviseerd hetgeen gezien de vertrouwensbreuk evenmin een verrassing voor [de werknemer] had moeten zijn. De positieve adviezen zijn mondeling in de RvT vergadering op 17 maart 2022 aangehaald en de advocaat van [de werkgever] heeft delen van de adviezen van de OR, de CCR en de RvB voorgelezen. Dat volgt ook uit de notulen onder punt 8 en punt 9 (productie 19 verweerschrift [de werkgever]). [de werkgever] stelt dat voldoende vaststaat dat de OR en de CCR positief hebben geadviseerd en dat zij niet gehouden is deze adviezen met [de werknemer] te delen. Met de OR en CCR, dat is [de werknemer] bekend, is afgesproken om de adviezen zelf niet te delen en zij hebben ook om die vertrouwelijkheid gevraagd.

Voor zover [de werknemer] in hoger beroep bedoeld heeft ook vernietiging van het ontslagbesluit te verzoeken dient dat verzoek te worden afgewezen, aldus [de werkgever].

3.6.3. Het hof overweegt allereerst dat het feit dat de RvT in oktober 2021 aan [de werknemer] liet weten niet met hem als bestuurder door te willen gaan, nog geen unaniem vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit inhoudt. De RvT heeft aan [de werknemer], kort samengevat, bij meerdere gelegenheden onder mededeling van haar beweegredenen, laten weten dat men tot een beëindiging van zijn positie als statutair bestuurder wilde komen. Dat betekent echter nog niet dat het innemen van dat standpunt gelijk te stellen is met een vennootschapsrechtelijk voorgenomen ontslagbesluit. Dat ontslagtraject is pas in maart 2022 gestart, uitmondend in het ontslagbesluit van de RvT van 17 maart 2022. Dat de op 17 maart 2022 tijdens de vergadering met de RvT ingenomen standpunten van de RvT inhoudelijk niet wezenlijk verschilden van de in oktober 2021 aan [de werknemer] meegeerde redenen om niet met hem als bestuurder te willen doorgaan, doet aan het voorgaande niet af.

Voor zover [de werknemer] heeft betoogd dat hij te laat is opgeroepen voor de vergadering op

17 maart 2022, faalt dat betoog. [de werknemer] heeft geen grief gericht tegen overweging 4.6. van de rechtbank waarin is overwogen dat [de werknemer] al vóór de formele oproeping ervan op de hoogte was dat de vergadering op 17 maart 2022 zou plaatsvinden: deze datum was afgestemd met hem en met zijn advocaat. [de werknemer] heeft evenmin gegriefd tegen de overweging van de rechtbank dat hij zich ook goed heeft kunnen voorbereiden op de vergadering en dat hij blijkens de notulen van de vergadering ter vergadering een schriftelijk stuk heeft voorgedragen, waarin hij op alle punten die grond voor zijn ontslag zouden zijn is ingegaan. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de oproeping voor de vergadering daarom op een redelijke termijn heeft plaats gevonden.

Tot slot overweegt het hof dat het enkele feit dat de RvT niet de schriftelijke adviezen van de OR en CCR heeft overgelegd, niet tot de conclusie kan leiden dat er daarom van moet worden uitgegaan dat er in het geheel niet door de OR en CCR is geadviseerd over het voorgenomen ontslagbesluit. [de werknemer] heeft niet weersproken dat, zoals [de werkgever] heeft aangevoerd, de positieve adviezen van de OR en CCR mondeling zijn aangehaald door de RvT en dat de advocaat van [de werkgever] delen van de adviezen van de OR, CCR en RvB tijdens de vergadering op 17 maart 2022 heeft voorgelezen. Los van de vraag of het niet wenselijk was geweest de adviezen gewoon te verstrekken aan [de werknemer] (en nadien aan rechtbank en hof), een formele verplichting daartoe bestond niet en het niet verstrekken betekent niet dat er dan maar van moet worden uitgegaan dat er geen (positieve) adviezen zijn geweest.

De conclusie moet gelet op het voorgaande luiden dat het vennootschapsrechtelijke ontslag op rechtmatige wijze tot stand is gekomen.

Tot slot overweegt het hof dat [de werknemer] ook in hoger beroep geen vernietiging van dit ontslagbesluit heeft gevorderd.

B: De opzegging van het dienstverband: is er een redelijke grond?

3.7. Het hof is van oordeel dat [de werkgever] een redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst had (gelegen in andere dan de in artikel 7:669 lid 3 sub a tot en met g genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van [de werkgever] in redelijkheid niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortdu-

ren; de h-grond) en dat herplaatsing van [de werknemer], binnen een redelijke termijn en, al dan niet met behulp van scholing, in een andere functie niet mogelijk was en niet in de rede lag. Het hof overweegt daarover het volgende.

3.7.1. Het hof stelt het volgende voorop. In de stukken van [de werkgever] wordt [de werknemer] een aantal verwijten gemaakt, die zij ten grondslag legt aan haar standpunt dat er een redelijke grond was (de d-, g- of h-grond) voor de opzegging van het dienstverband met [de werknemer]. Die verwijten hebben enerzijds te maken met het volgens [de werkgever] onvoldoende functioneren van [de werknemer] als bestuurder en anderzijds, zo leidt het hof uit de standpunten van [de werkgever] en de onderbouwing daarvan af, met de manier van optreden/de stijl van leidinggeven van [de werknemer] en de toenemende irritatie en verbazing daarover bij onder andere de RvT, de OR en bij [bedrijf 2], de strategische partner van [de werkgever].

Daarbij acht het hof van belang te benadrukken dat de hierna te bespreken voorvallen en verwijten plaats vonden tegen de achtergrond van een dreigende ernstige financiële crisis bij [de werkgever], waarin snel gehandeld diende te worden door zowel RvB als RvT om de mogelijke schade te voorkomen/te beperken.

3.7.2.1. [de werknemer] vormde, na het vertrek van de derde bestuurder [bestuurder 1], samen met [lid van de RvB] de RvB. Binnen de RvB was [lid van de RvB] de portefeuillehouder financiën. [de werknemer] was medeverantwoordelijk voor de financiële gang van zaken en had onder andere huisvesting in zijn portefeuille. De verwijten die [de werknemer] worden gemaakt hebben deels betrekking op onderwerpen waarvan [lid van de RvB] portefeuillehouder was en onder meer deels ook op onderwerpen waarvan [de werknemer] portefeuillehouder was.

3.7.2.2. Voor wat betreft het verwijt van onvoldoende functioneren van [de werknemer] kan aan [de werknemer] worden toegegeven dat niet alle verwijten in alle opzichten heel concreet zijn geformuleerd of onderbouwd. Dat wil echter niet zeggen dat die verwijten voor de beoordeling van generlei waarde zouden zijn. Het hof gaat hier op een aantal verwijten in.

a. Bij brief van 7 april 2021 heeft de OR zich kritisch uitgelaten over het functioneren van de RvB als geheel en van de individuele leden van de RvB (productie 15 verweerschrift eerste aanleg). In de

brief wordt onder meer melding gemaakt van, zakelijk weergegeven:

- niet-betrokkenheid die wordt ervaren tussen medewerkers en bestuur;
- te snel elkaar opvolgende organisatorische veranderingen zonder goed implementatieplan en gerichte evaluatie;
- collega's die uit onvrede met de organisatie vertrekken;
- een zorgwekkende afstand tussen de koers van [de werkgever] en de (blijvende) medewerkers;
- besluiten die minder top-down genomen zouden moeten worden;
- het gezond moeten worden van het werkklimaat.

Daarbij heeft de OR aangegeven dat het vijf voor twaalf is en dat de OR aan de noodrem trekt.

Dat de RvB zich in een aantal punten van kritiek herkende, blijkt uit de notulen van de overlegvergadering tussen OR en RvB van 21 juli 2021 (productie 18 verweerschrift eerste aanleg). In het overleg komt de onvrede die heerste binnen [de werkgever] nogmaals goed naar voren.

b. De kritiek op [de werknemer] in verband met het uitblijven van een portfoliostrategie, die uiteindelijk zou moeten leiden tot een meerjaren huisvestingsplan is weliswaar duidelijk verwoord, maar het is, gelet op het standpunt van [de werknemer], niet per se vast komen te staan dat alleen hem daarvan een verwijt treft, terwijl evenmin vast is komen te staan dat het door [de werknemer] gepresenteerde plan (productie 12 verzoekschrift eerste aanleg) in het geheel niet van waarde is geweest voor het uiteindelijk, na het vertrek van [de werknemer], tot stand gekomen plan. Duidelijk is wel geworden dat het traject in de visie van de RvT veel te lang heeft geduurd en dat [de werknemer] herhaalde malen toezeggingen om te komen met een concreet plan niet tijdig gestand heeft gedaan, met alle ergernis en teleurstelling van dien bij de RvT (en [bedrijf 1]).

[de werkgever] heeft verder concreet onderbouwd (en [de werknemer] heeft dat onvoldoende onderbouwd weersproken) dat haar pas in een heel laat stadium bekend is geworden dat er serieuze problemen in de samenwerking met (de RvB – de heer [betrokkene 1] – (hierna: “[betrokkene 1]”) van [bedrijf 1], een belangrijke strategische partner van [de werkgever], waren. [de werknemer] had de RvT daarvan niet tijdig/eerder op de hoogte gesteld. De RvT maakt hem daarvan naar het oordeel van het hof een terecht verwijt. Te meer,

nu de vanuit [bedrijf 1] komende klachten over het optreden van [de werknemer] van ernstige aard waren (onvoldoende dossierkennis, niet adequaat voorzitten van vergaderingen, niet concreet worden) en men niet meer onder zijn leiding met hem wilde vergaderen. In dit verband verwijst het hof naar de notulen van het overleg van 15 juli 2021 tussen [de werkgever] en [bedrijf 1] (productie 14 verweerschrift eerste aanleg). Dat de samenwerking in oktober 2021 nog steeds niet was hersteld blijkt uit de notulen van de RvB-vergadering op 11 oktober 2021 (productie 13 verweerschrift eerste aanleg).

Medio 2021 werd duidelijk dat er een grote financiële crisis dreigde voor [de werkgever]. De RvB heeft toen ook zelf de crisis uitgeroepen. Tijdens de vergadering met de RvT op 30 augustus 2021 werd naar voren gebracht dat er een verlies dreigde te ontstaan van € 6,9 miljoen, terwijl op 5 juli 2021 door de RvB tijdens een vergadering met de RvT nog gesproken werd over een verlies van € 3,2 miljoen (productie 8 verweerschrift eerste aanleg). [de werknemer] was, als lid van de RvB, mede verantwoordelijk voor dit te verwachten resultaat en voor de te ondernemen actie om tot verbetering daarvan te komen.

Op 29 september 2021 heeft medebestuurder [lid van de RvB] mondeling aan de RvT laten weten dat en waarom zij geen vertrouwen meer in [de werknemer] had. Zij heeft dit vervolgens formeel op 13 oktober 2021 aan de RvT meegedeeld en dit diezelfde dag ook met [de werknemer] besproken. Los van de signalen die [lid van de RvB] zou hebben ontvangen van collega's binnen [de werkgever] en van [betrokkene 1] van [bedrijf 1] over het functioneren en het niet bereikbaar zijn van [de werknemer], gaf [lid van de RvB] aan dat zij niet langer kon samenwerken met [de werknemer]. De druppel die voor haar de emmer deed overlopen (na een reeks van andere gebeurtenissen zoals onbereikbaarheid van [de werknemer] op diverse momenten en het niet nakomen van verschillende afspraken) was dat [de werknemer] bij een urgente bespreking met managers naar aanleiding van de recent uitgeroepen financiële crisis op 26 augustus 2021 zonder voorafgaande mededeling niet fysiek aanwezig was, maar inbelde via een slechte verbinding. De reden daarvoor waren privéomstandigheden. [lid van de RvB] voelde zich erg in de steek gelaten door [de werknemer].

Wat er ook zij van de juistheid van de verwijten van [lid van de RvB] richting [de werknemer], naar het oordeel van het hof blijkt hieruit wel dat de samenwerking tussen de twee resterende leden van de RvB onmogelijk was geworden, zonder dat er een kans bestond dat dit nog op heel korte termijn kon worden goed gemaakt. Daarvoor was er, zeker in de visie van [lid van de RvB], teveel gebeurd. Dat [de werknemer] een aandeel heeft gehad in het ontstaan van deze bestuurlijke crisis, in tijden van een urgente financiële crisis waarin gezamenlijk en daadkrachtig optreden van de RvB geboden was, acht het hof voldoende komen vast te staan.

Daarmee zag de RvT zich geconfronteerd met de (acute) dreiging dat de RvB, die de financiële en organisatorische crisis te lijf moest gaan, vleugellam zou worden. Daarbij acht het hof van belang dat de RvT zowel op de vergadering van 30 augustus 2021 als in de notitie van de RvT aan de RvB van 1 september 2021 (producties 8 en 9 verweerschrift eerste aanleg) had gewaarschuwd dat de RvB gezien de dreigende crisis voortvarend te werk moest gaan met de aanpak van de problemen en de RvT (al dan niet impliciet) had gewaarschuwd dat bij gebrek aan resultaten de RvT actie zou ondernemen/zou ingrijpen. Van die voortvarende aanpak door de RvB kon in de gegeven situatie geen sprake meer zijn. Mede gelet op de signalen van verschillende derden over hun fundamentele onvrede met de manier van optreden van [de werknemer], de kritiek die de RvT zelf op [de werknemer] had en het feit dat [de werknemer] zich grotendeels niet kon herkennen in de aan zijn adres gerichte verwijten over de stijl van optreden en het gebrek aan daadkracht, kan gesproken worden van een fundamenteel en onoverbrugbaar verschil van inzicht tussen [de werknemer] en de RvT over de uitoefening van [de werknemer]'s taak als bestuurder van [de werkgever]. Gelet op de aard en inhoud van dit verschil van inzicht, de crisissituatie en de inmiddels gerezen spanningen tussen partijen kon van herplaatsing binnen [de werkgever] geen sprake zijn. [de werkgever] kon daarom besluiten het dienstverband met [de werknemer] te beëindigen op de h-grond.

Ten overvloede overweegt het hof dat een deel van de aan het adres van [de werknemer] gemaakte verwijten ook de RvB als geheel betroffen en dus ook betrekking hadden op het optreden van medebestuurder [lid van de RvB]. Dat er wel-

licht aanleiding zou kunnen zijn geweest om ook de positie van [lid van de RvB] binnen de RvB ter discussie te stellen moge misschien zo zijn, maar dit doet niet af aan hetgeen hiervoor is overwogen over de redenen om tot beëindiging van het dienstverband van [de werknemer] te komen. Het voorgaande betekent dat grieven V en VI niet slagen.

C: Is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen van [de werkgever] en heeft [de werknemer] recht op een billijke vergoeding?

3.8. Het hof is van oordeel dat [de werkgever] niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dat [de werknemer] geen aanspraak kan maken op een billijke vergoeding. Een billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan in bijzondere gevallen worden toegekend en de hoge lat die daarbij wordt gelegd, wordt in dit geval niet gehaald. Het hof zal hierna weergeven hoe het tot dit oordeel is gekomen.

3.8.1. Zoals hiervoor al overwogen is het hof van oordeel van [de werkgever] een redelijke grond had voor opzegging van het dienstverband. Voor zover [de werknemer] zijn verzoek om toekenning van een billijke vergoeding heeft gebaseerd op het ontbreken van een redelijke grond en dus op een opzegging in strijd met het bepaalde in artikel 7:669 BW, gaat dat betoog om die reden niet op.

3.8.2. Bij zijn oordeel betreft het hof ook het volgende. Medio 2021 heeft de RvB zelf de crisis uitgeroepen. Er waren onder andere grote financiële problemen. Voor het aanpakken van die problemen was [de werknemer], naast [lid van de RvB] als portefeuillehouder financiën, mede verantwoordelijk. Dat de RvT zich zeer ernstig zorgen maakte over de financiële situatie van [de werkgever] en dat de RvT concrete en voortvarende actie en betere resultaten verwachtte van de RvB blijkt overduidelijk uit de notulen van de RvT vergadering van 30 augustus 2021 en de notitie van de RvT aan de RvB van 1 september 2021 (producties 8 en 9 verweerschrift eerste aanleg). Daar komt bij dat de OR in zijn brief van 7 april 2021 ook al had uitgesproken zich grote zorgen te maken over [de werkgever] en de rol van de RvB daarin (productie 15 verweerschrift eerste aanleg). Diezelfde zorgen komen ook naar voren uit de notulen van het overleg tussen de OR en de RvB van 21 juli 2021 (productie 18 verweerschrift eerste aanleg). Het hof is op grond hiervan van

oordeel dat [de werknemer] hieruit heeft moeten (kunnen) begrijpen dat de positie van de RvB (en dus ook zijn eigen positie als lid van de RvB) allerm minst zeker was. Daar komt bij dat [lid van de RvB], het andere lid van de RvB, op 13 oktober 2021 het vertrouwen in [de werknemer] opzegde. Nadat de RvT in het gesprek met [de werknemer] op 21 oktober 2021 ook het vertrouwen in [de werknemer] als bestuurder opzegde, zijn partijen vrij snel gaan onderhandelen over een vaststellingsovereenkomst, die uiteindelijk niet tot stand is gekomen. [de werknemer] wist of moest in elk geval ook beseffen dat aan zijn arbeidsovereenkomst bij [de werkgever] een einde zou komen. Dat de RvT niet meer openstond voor mediation met het oog op instandhouding van de arbeidsovereenkomst was in de inmiddels ontstane situatie met die specifieke voorgeschiedenis niet aan [de werkgever] te verwijten (laat staan dat zij daarmee ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld). Dat vervolgens op de vergadering van de RvT op 17 maart 2022 (welke datum in samenspraak met [de werknemer] en/of zijn advocaat is bepaald) daadwerkelijk beslist zou gaan worden over het voorgenomen ontslagbesluit was [de werknemer] ook (tijdig) bekend en kan voor hem geen verrassing zijn geweest en levert geen ernstig verwijtbaar handelen van [de werkgever] op.

3.8.3. Voor zover [de werknemer] heeft betoogd dat het feit dat [de werkgever] bij de opzegging de opzegtermijn niet in acht heeft genomen moet leiden tot toekenning van een billijke vergoeding, gaat ook dat betoog niet op. In verband met die onregelmatige opzegging kan [de werknemer] immers aanspraak maken op de gefixeerde schadevergoeding van artikel 7:672 lid 11 BW (zie ro. 3.9. hierna).

3.8.4. [de werknemer] heeft daarnaast erop gewezen dat [de werkgever] hem met ongekende snelheid uit de organisatie heeft gewerkt en dat daardoor en door de wijze waarop [de werkgever] zowel in als buiten de organisatie heeft gecommuniceerd over zijn ontslag de indruk is gewekt dat er sprake zou zijn van een door [de werknemer] veroorzaakte misstand. Van die indruk heeft hij tot op de dag van vandaag hinder bij het zoeken naar ander werk, aldus [de werknemer]. Hiermee heeft [de werkgever] jegens hem ernstig verwijtbaar gehandeld volgens [de werknemer].

Het hof begrijpt dat [de werknemer] doelt op de mededeling die de RvT eind april 2022 intern en

extern heeft gedaan over het ontslag van [de werknemer] en die [de werknemer] als productie 30 in het geding heeft gebracht. Die mededeling luidt als volgt:

“(…) *Beste relatie,*

De Raad van Toezicht heeft het besluit genomen om het arbeidscontract met [de werknemer] te verbreken. Hij treedt per 1 mei uit dienst bij [de werkgever].

De Raad van Toezicht van [de werkgever] heeft al eerder het besluit genomen om tijdelijk een nieuwe bestuurder aan te stellen in de persoon van [bestuurder 2]. [bestuurder 2] gaat samen met [betrokkene 2] en [lid van de RvB] de Raad van Bestuur van [de werkgever] vormen.

Namens de Raad van Toezicht,

[voormalig voorzitter van de RvT] (...)”

Het hof is van oordeel dat de mededeling, gelet op de zeer korte termijn tussen deze mededeling en de datum waarop [de werknemer] uit dienst trad/ moest treden en het ontbreken in de tekst van enige blijk van waardering voor de persoon van [de werknemer] (die toch ruim zes jaar bij [de werkgever] als bestuurder heeft gefunctioneerd) geenszins de schoonheidsprijs verdient. Dat dit anders had gekund en gemoeten heeft de RvT ook erkend (zie pagina 5 van het proces-verbaal van de zitting bij de rechtbank op 5 juli 2022). Dit betekent echter naar het oordeel van het hof nog niet dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van [de werkgever] dat zou moeten leiden tot een billijke vergoeding als door [de werknemer] verzocht.

3.8.5. Anders dan [de werknemer] in verband met grief VII stelt heeft de rechtbank niet miskend dat het ontslagbesluit feitelijk al zou dateren van 21 oktober 2021. Zoals het hof hiervoor in overweging 3.6.3. heeft overwogen is het ontslagbesluit niet al op 21 oktober 2021 genomen. Dat [de werkgever] haar standpunt over het niet kunnen aanblijven van [de werknemer] als bestuurder en de daaraan ten grondslag gelegde argumenten in de periode tot 17 maart 2022 niet wezenlijk heeft veranderd, maakt dit niet anders. Los daarvan ziet het hof niet in waarom dit vasthouden aan het standpunt het handelen van [de werkgever] ernstig verwijtbaar zou maken.

3.8.6. [de werknemer] heeft aangevoerd dat de RvT bewust geen openheid van zaken heeft gegeven over het feit dat [de werknemer]’s optreden in 2021 zijn vruchten had afgeworpen en dat er een positief exploitatieresultaat werd behaald (zie

productie 34 beroepschrift). Ondanks dit gegeven heeft de RvT hem in de vergadering van 17 maart 2022 mismanagement en onvoldoende draagkracht en slagvaardigheid verweten. Volgens [de werknemer] heeft [de werkgever] daarmee ernstig verwijtbaar gehandeld.

[de werkgever] heeft het betoog van [de werknemer] bestreden. Zij voert aan dat [de werknemer] niets heeft aangevoerd waaruit blijkt dat zijn handelen, besluiten en werkzaamheden op een andere wijze hadden moeten worden beoordeeld dan door de RvT is gedaan en dat het resultaat over 2021 aan zijn handelen is toe te schrijven. De door hem in de overgelegde productie 33 weergegeven lijst van activiteiten is daartoe onvoldoende concreet en zegt niets. Ter zitting van het hof heeft [de werkgever] daar nog aan toegevoegd dat het resultaat over 2021 geflatteerd was, doordat het ministerie van VWS geleden verliezen als gevolg van de coronapandemie achteraf had gecompenseerd. Het hof is van oordeel dat [de werknemer] onvoldoende feitelijk heeft onderbouwd dat [de werkgever] doelbewust hem onterechte verwijten heeft gemaakt in verband met de slechte financiële resultaten, terwijl zij wist dat die resultaten niet slecht waren. Ernstig verwijtbaar handelen van [de werkgever] op dit punt is dan ook niet komen vast te staan.

3.8.7. De conclusie van het voorgaande is dat grieven VII en VIII (deels) falen.

D: De gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 11 BW

3.9. Het hof is van oordeel dat [de werknemer] recht heeft op de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 11 BW in de vorm van het over de periode vanaf 12 april 2022 tot en met 1 november 2022 verschuldigde loon ten bedrage van in totaal € 101.228,88 bruto. Daartoe overweegt het hof het volgende.

3.9.1. Vast staat dat [de werkgever] met de opzegging per 1 mei 2022 de overeengekomen opzegtermijn van zes maanden niet in acht heeft genomen en dat er dus sprake is van onregelmatige opzegging door [de werkgever] die [de werknemer] recht geeft op betaling van de gefixeerde schadevergoeding van artikel 7:672 lid 11 BW. Tussen partijen is verder niet in geschil dat het over de periode van 12 april 2022 tot en met 1 november 2022 berekende loon neerkomt op een bedrag van € 101.228,88 bruto. Door [de werkgever] is een bedrag ter zake van de gefixeer-

de opzegtermijn aan [de werknemer] betaald van € 75.000,00 bruto. De vraag is of [de werknemer] recht heeft op het uit artikel 7:672 lid 11 BW voortvloeiende bedrag (zoals hij heeft aangevoerd) of dat de bepalingen van de WNT (en daarbij behorende uitvoeringsregeling en beleidsregels) hieraan in de weg staan en de gefixeerde schadevergoeding wegens de onregelmatige opzegging maximaal € 75.000,00 bruto kan bedragen (zoals [de werkgever] betoogt). Uitgangspunt hierbij is dat de WNT op de arbeidsovereenkomst tussen [de werkgever] en [de werknemer] van toepassing is.

3.9.2. De doelstelling van de WNT is volgens de wetgever onder meer te verhinderen dat instellingen in de publieke en semipublieke sector rechte in staat zijn om bovenmatige bezoldigingen toe te kennen dan wettelijk is toegestaan (Kamerstukken I 2011/12, 32600, F, p.8). De discussie tussen partijen spitst zich toe op de vraag of er sprake zou zijn van een te hoge ontslagvergoeding in de zin van de WNT, als [de werknemer] het volledige loon over de opzegtermijn zou ontvangen in verband met de onregelmatige opzegging door [de werkgever].

3.9.3. In artikel 1.1. onder i WNT is bepaald dat onder uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband worden verstaan: de som van uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van het dienstverband, *met uitzondering van uitkeringen* die voortvloeien uit een algemene bepaling van een collectieve arbeidsovereenkomst of van een van toepassing zijnde collectieve regeling die is overeengekomen met verenigingen van werknemers of ambtenaren die bevoegd zijn afspraken te maken over arbeidsvoorwaarden, of *uit een wettelijk voorschrift (cursivering Hof)*. Afvloeiingsregelingen en ook vrijstelling van werkzaamheden vallen onder het bepaalde in artikel 1.1. onder i WNT. De transitievergoeding daarentegen valt hier niet onder.

Artikel 2.10 lid 1 WNT bepaalt onder andere dat partijen geen uitkeringen overeenkomen wegens beëindiging van het dienstverband die gezamenlijk meer bedragen dan de som van de beloning en de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn over de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van het dienstverband, tot ten hoogste € 75.000,00. In lid 3 van dit artikel is bepaald dat voor de toepassing van

de WNT bezoldiging over een periode waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult, aangemerkt wordt als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband en dat de datum waarop de topfunctionaris de uitoefening van zijn taken beëindigt, aangemerkt wordt als de datum waarop het dienstverband is geëindigd.

In artikel 4 van de Uitvoeringsregeling WNT 2022 is in lid 2 onder meer bepaald dat tot uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband niet worden gerekend de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband die voortvloeit uit een wettelijk voorschrift, doch slechts voor zover de uitkering rechtstreeks, dwingend en eenduidig daaruit voortvloeit.

In de Beleidsregels WNT 2022 is met betrekking tot artikel 10 WNT (“de bezoldiging over een periode waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult”) onder andere bepaald dat bezoldiging over voormelde periode niet meetelt als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband als:

- a. de werkgever de non-activiteit eenzijdig heeft opgelegd;
- b. de topfunctionaris – kort gezegd – uitdrukkelijk en aantoonbaar niet met de non-activiteit heeft ingestemd en
- c. de periode van non-activiteit niet langer duurt dan noodzakelijk voor partijen om afspraken te maken en besluiten te nemen over beëindiging dan wel voortzetting van het dienstverband, waarbij een periode van drie maanden (eenmaal gemotiveerd te verlengen met drie maanden) in het algemeen als voldoende worden beschouwd om uit de impasse te komen.

3.9.4. Het hof stelt allereerst vast dat uit artikel 7:672 lid 11 BW rechtstreeks, dwingend en eenduidig voortvloeit (als bedoeld in artikel 4 lid 2 van de Uitvoeringsregeling WNT 2022) dat [de werknemer] aanspraak kan maken op uitkering van de gefixeerde schadevergoeding in de vorm van het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren.

Verder stelt het hof vast dat in dit geval geen sprake is geweest van een afspraak/opzetje tussen partijen om te komen tot een hogere uitkering in verband met beëindiging van het dienstverband dan in de WNT is toegestaan. Partijen zijn nu juist geen regeling overeengekomen en er is geen

vaststellingsovereenkomst gesloten. [de werkgever] heeft simpelweg opgezegd tegen een extreem korte termijn en er is geen sprake van dat [de werknemer] voor deze opzegging/dit einde van het dienstverband gedurende langere tijd loon heeft ontvangen terwijl hij, met zijn instemming, geen werkzaamheden hoefde te verrichten. Daarbij overweegt het hof dat [de werknemer] van 6 december 2021 tot 7 april 2022 arbeidsongeschikt is geweest. De loonbetaling over die periode kan aldus ook niet worden beschouwd als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband als bedoeld in artikel 2.10. lid 3 WNT. Bovendien heeft [de werknemer] voldoende onderbouwd gesteld dat hij het niet eens was met de vrijstelling van werkzaamheden door [de werkgever]. Die vrijstelling heeft eenzijdig vanuit [de werkgever] plaats gevonden. In de concept notulen van de vergadering van de RvT van 17 maart 2022 wordt bij nr. 21 onder iv. (productie 7 verweerschrift eerste aanleg, pagina 12) vermeld dat de wens om te komen tot beëindiging van het dienstverband niet de wens van [de werknemer] is. Bij nr. 22 sub c is vermeld “[de werknemer] is momenteel arbeidsongeschikt: er wordt nu niet besloten wat men van [de werknemer] (hof: bedoeld wordt [de werknemer]) verwacht na opzegging. Vrijstelling ligt voor de hand”. Dat [de werknemer] het eens was met die vrijstelling blijkt er echter niet uit. Dat [de werknemer] met [de werkgever] heeft onderhandeld over een vaststellingsovereenkomst kan naar het oordeel van het hof niet leiden tot de conclusie dat [de werknemer] het eens was met zijn ontslag of de vrijstelling van werk.

De conclusie luidt gelet op het voorgaande dat grieven VIII (deels) tot en met XI in zoverre slagen en dat [de werknemer] op grond van artikel 7:672 lid 11 BW recht heeft op het door hem gevorderde bedrag. Het bepaalde in de WNT doet hier niet aan af. Op dat bedrag dient het inmiddels door [de werkgever] betaalde bedrag van € 75.000,00 bruto in mindering te worden gebracht. Er resteert dan een door [de werkgever] aan [de werknemer] nog te betalen bedrag aan gefixeerde schadevergoeding van € 26.228,88 bruto.

E: Kan [de werknemer] aanspraak maken op de contractuele schadevergoeding als bedoeld in artikel 9 van het arbeidscontract?

3.10. Naar het oordeel van het hof slaagt grief XII en maakt [de werknemer] terecht aanspraak op de in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst opgenomen schadevergoeding. Het volgende is daarvoor redengevend.

3.10.1. Artikel 9 lid 1 van de arbeidsovereenkomst luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“(…) Artikel 9 Schadevergoeding

9.1. Indien deze overeenkomst tussentijds, dat wil zeggen niet van rechtswege, eindigt op initiatief van de Stichting, dan wel onder omstandigheden en/of door handelen, dat voor rekening en risico van de Stichting dient te komen, dan wel met wederzijds instemmen van de Stichting en van de heer [de werknemer], zonder dat dit ontslag zijn uitsluitende of voornaamste reden vindt in handelingen of nalatigheid van de heer [de werknemer] zoals bedoeld in onder meer de artikelen 7:677 en 7:678 van het Burgerlijk Wetboek, zal de heer [de werknemer] gerechtigd zijn tot een schadevergoeding.

9.2. De hoogte van de schadevergoeding zal worden bepaald aan de hand van de geldende criteria passend binnen de wettelijke kaders op dat terrein. Naast voornoemde schadevergoeding kan de heer [de werknemer] recht hebben op een uitkering die voortvloeit uit een wettelijk voorschrift (…)

3.10.2. Vast staat dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd op initiatief van [de werkgever]. Gesteld noch gebleken is dat het ontslag zijn uitsluitende of voornaamste reden vindt in handelingen of nalatigheid van [de werknemer] als bedoeld in onder meer de artikelen 7:677 en 7:678 BW. [de werknemer] kan dan ook aanspraak maken op de in lid 1 van artikel 9 van de arbeidsovereenkomst bedoelde schadevergoeding. Dat [de werknemer] daarnaast aanspraak kan maken op de in artikel 7:672 lid 11 BW bedoelde gefixeerde schadevergoeding doet hier, mede gelet op het bepaalde in lid 2 van bedoeld artikel 9, niet aan af. Zoals hiervoor in ro. 3.9. is overwogen valt de aan [de werknemer] toegekende gefixeerde schadevergoeding in verband met de onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst niet onder het begrip “uitkering in verband met de beëindiging van het dienstverband als bedoeld in art. 2.10 leden 1 en 3 WNT onder de WNT” en kan daarom niet worden geoordeeld dat [de werkgever] al de maximale ontslagvergoeding onder de WNT heeft betaald aan [de werknemer] en hij op die grond niet ook

nog aanspraak zou kunnen maken op de contractuele schadevergoeding.

Tussen partijen is niet in debat dat het bedrag waarop [de werknemer] op grond van artikel 9 van de arbeidsovereenkomst onder de WNT gemaximeerd is op € 75.000,00 bruto. Dit bedrag zal het hof dan ook toewijzen. Grief XII slaagt.

F: Komt [de werknemer] vergoeding van volgens hem geleden vermogensschade toe?

3.11. [de werknemer] kan naar het oordeel van het hof geen aanspraak maken op vergoeding van de door hem gestelde vermogensschade. Zoals hiervoor overwogen heeft [de werkgever] terecht de arbeidsovereenkomst met [de werknemer] opgezegd. Dat betekent dat als er al sprake zou zijn van de door [de werknemer] als gevolg van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst ontstane pensioenschade, die schade niet aan [de werkgever] toegerekend kan worden. Dat geldt daarmee ook voor de kosten van de deskundige die in opdracht van [de werknemer] die pensioenschade heeft berekend.

Voor wat betreft de kosten van juridische bijstand is het hof van oordeel dat die kosten onder te liquideren proceskosten vallen, want gemaakt in het kader van de voorbereiding en instructie van de onderhavige procedure.

Voor zover [de werknemer] bedoeld mocht hebben de daadwerkelijk gemaakte proceskosten te vorderen bij wijze van vermogensschade, is het hof van oordeel dat een dergelijke vordering tot vergoeding van alle door [de werknemer] in verband met de onderhavige procedure gemaakte kosten, slechts toewijsbaar is in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Daarvan is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid daarvan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als een partij zijn standpunt baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen of verweren waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM.

Onder verwijzing naar wat hiervoor bij r.o. 3.6., 3.7. en 3.8. is overwogen en met inachtneming van voormelde maatstaf is het hof van oordeel dat niet is gebleken van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen van [de werkgever].

Daar komt bij, zie hierna bij r.o. 3.14., dat het hof van oordeel is dat partijen elk de eigen proceskosten dienen te dragen.

G: Mag [de werkgever] het bedrag aan (volgens haar door [de werknemer] veroorzaakte) schade aan de aan hem ter beschikking gestelde auto verrekenen met de bedragen die zij aan [de werknemer] nog moet betalen?

3.12. Het beroep van [de werkgever] op verrekening van de door haar gestelde schade ter zake van de waardevermindering van de in het kader van het dienstverband aan [de werknemer] ter beschikking gestelde personenauto met de door haar aan [de werknemer] nog te verrichten betalingen wordt verworpen. [de werknemer] heeft zowel de door [de werkgever] voor de verrekening aangevoerde grondslag, als de schade zelf, het ontstaan ervan en de omvang van de schade gemotiveerd betwist, zodat al die aspecten in rechte niet vaststaan. Het hof acht de gegrondheid van het beroep op verrekening niet op eenvoudige wijze vast te stellen (artikel 6:136 BW).

H: De eindafrekening

3.13. Gelet op wat het hof hiervoor bij 3.9. en 3.10 heeft overwogen zal het verzoek tot veroordeling van [de werkgever] tot het verstrekken van een correcte eindafrekening, waarbij rekening wordt gehouden met de gevolgen van de toewijzing van de gefixeerde en contractuele schadevergoeding als hiervoor vermeld, worden toegewezen.

I: De proceskosten

3.14. Het hof is van oordeel dat de proceskosten in eerste aanleg moeten worden gecompenseerd in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt. Beide partijen zijn immers over en weer in het (on)gelijk gesteld. In zoverre slaagt grief XIII. Het hof zal ook de proceskosten in hoger beroep compenseren. Ook in hoger beroep zijn beide partijen over en weer in het (on)gelijk gesteld.

J: Samenvatting en conclusie

Het hof zal de bestreden beschikking vernietigen voor zover het het oordeel van de rechtbank betreft over:

- de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 11 BW;
- de contractuele schadevergoeding op grond van artikel 9 van de schriftelijke arbeidsovereenkomst;
- de proceskosten.

Het hof zal de vorderingen van [de werknemer] met betrekking tot de gefixeerde schadevergoeding, de contractuele schadevergoeding, de eindafrekening en de proceskosten toewijzen als hierna vermeld. De op deze vorderingen betrekking hebbende grieven slagen. De overige grieven en vorderingen worden verworpen/afgewezen.

Het beroep van [de werkgever] op verrekening (zie hiervoor rov. 3.12) wordt verworpen.

Het hof zal de proceskosten in hoger beroep compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten moet dragen.

4. De beslissing

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, doch uitsluitend voor zover de rechtbank de vorderingen van [de werknemer] ter zake van de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:672 lid 11 BW en de contractuele schadevergoeding op grond van artikel 9 van de schriftelijke arbeidsovereenkomst heeft afgewezen en [de werknemer] heeft veroordeeld in de proceskosten;

en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [de werkgever] om aan [de werknemer] te betalen het bedrag van € 26.228,88 bruto ter zake van het nog resterende bedrag aan schadevergoeding als bedoeld in artikel 7:672 lid 11 BW;

veroordeelt [de werkgever] om aan [de werknemer] te betalen het bedrag van € 75.000,00 bruto ter zake van de contractuele schadevergoeding in verband met de beëindiging van het dienstverband;

veroordeelt [de werkgever] zorg te dragen voor een correcte eindafrekening, rekening houdend met hetgeen hiervoor is overwogen en aan vergoedingen is toegewezen;

compenseert de proceskosten in eerste aanleg, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt; bekrachtigt de bestreden beschikking voor het overige;

compenseert de proceskosten in hoger beroep, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt; wijst af het meer of anders verzochte.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAR» 2023/248 en «JAR» 2023/256.

De wetgever heeft geen uitzonderingen op de maximering van de ontslagvergoeding van een topfunctionaris van een WNT-instelling willen opnemen, uit vrees dat dit omzeiling van de WNT-regels zou uitlokken (*Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 6). Toch worden niet alle vergoedingen die samenhangen met het ontslag genormeerd door de WNT, omdat deze niet vallen onder de definitie van 'uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband' in de zin van art. 1.1 onderdeel i WNT. Zo vallen vergoedingen buiten de reikwijdte van de WNT indien deze *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* voortvloeien uit de wet, een cao of een andere collectieve regeling die is overeengekomen met vakbonden. Dit volgt uit art. 4 lid 2 Uitvoeringsregeling WNT. Ook de gefixeerde schadevergoeding die verschuldigd is bij een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst is een vergoeding die rechtstreeks, dwingend en eenduidig uit de wet volgt (zie art. 7:672 lid 11 BW). In deze noot beperken wij ons tot de gefixeerde schadevergoeding in relatie tot de WNT en de relevante overwegingen in de uitspraak.

De drie genoemde kernvoorwaarden *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* illustreren scherp dat het moet gaan om een vergoeding die (i) direct is opgenomen in formele wetgeving of een collectieve bepaling (ii) dwingend(rechtelijk) van aard is en (iii) volgt uit een concrete normstelling. Het moet dus gaan om vergoedingen die buiten de invloedssfeer liggen van de WNT-instelling en de topfunctionaris (zie hiervoor ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 6-7). Gelet op het doel van de WNT en de vrees van de wetgever voor omzeiling van de WNT-regels, is dit begrijpelijk: de wetgever wil de beslissruimte van zowel de WNT-instelling als de topfunctionaris aan banden leggen om te voorkomen dat bovenmatige ontslagvergoedingen worden overeengekomen. Op deze wijze wordt voorkomen dat de WNT-instelling en de topfunctionaris het onderling op een akkoord gooien om zo de WNT-normen te omzeilen.

In deze zaak had de werkgever de contractuele opzegtermijn van zes maanden niet in acht geno-

men en opgezegd met een termijn van slechts 18 dagen omdat er geen werk meer zou zijn voor de topfunctionaris gedurende deze opzegtermijn. De topfunctionaris had daardoor in beginsel recht op een gefixeerde schadevergoeding van ruim een ton. In eerste aanleg heeft de rechtbank Oost-Brabant de lacune in de WNT via een juridische kunstgreep willen oplossen door deze periode aan te merken als een non-actiefstelling van zes maanden, om deze vervolgens te toetsen aan art. 10 Beleidsregels WNT. Omdat de non-actiefstelling niet noodzakelijk zou zijn geweest, maximeerde de rechtbank de gefixeerde schadevergoeding op € 75.000.

Naar ons oordeel kiest de rechtbank hier voor een omslachtige oplossing aangezien de gefixeerde schadevergoeding *rechtstreeks, dwingend en eenduidig* voortvloeit uit de wet. De juridisch onzuivere denkexerctie die ten grondslag ligt aan deze overwegingen van de rechtbank verdient daarom geen navolging. Wij vinden het dan ook terecht dat het hof 's-Hertogenbosch niet meegaat in deze redenering van de rechtbank en de volledige gefixeerde schadevergoeding toewijst aan de topfunctionaris. De werkgever zou er in dit geval beter aan hebben gedaan om de opzegtermijn in acht te nemen, en het loon over de opzegtermijn op grond van art. 2.10 lid 3 WNT te maximeren op € 75.000.

De vraag die vervolgens opkomt, is of een onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst en de toekenning van de gefixeerde schadevergoeding de deur opent voor omzeiling van de WNT. In de literatuur is de vraag opgeworpen of de gefixeerde schadevergoeding bij een onregelmatige opzegging een alternatief zou kunnen zijn voor de non-activiteitsregeling die beperkt wordt door de WNT. In dit verband is door D. den Heeten en B.M.C. Stenden ('Non-activiteit en de WNT: wie hakt de knoop door?', *TAP* 2021/207) gesteld dat 'indien partijen on speaking terms zijn' overwogen zou kunnen worden om de arbeidsovereenkomst onregelmatig op te zeggen. Omdat de gefixeerde schadevergoeding niet door de WNT wordt genormeerd, opzegging met instemming ex art. 7:671 lid 1 BW mogelijk is en de WNT niet voorziet in een algemene antimisbruikbepaling, achten zij dit in beginsel een verdedigbare constructie met de nuancering dat de verschillende wijzen van beëindiging niet met elkaar moeten worden vermengd. Het risico op omzeiling is hier echter aanwezig omdat deze op-

lossing in de praktijk als partijen 'on speaking terms' zijn en een akkoord bereiken, hoewel hiervoor wellicht juridisch-technische ruimte binnen de WNT bestaat, feitelijk gelijk te stellen valt met een beëindiging met wederzijds goedvinden (zie voor eenzelfde benadering bijvoorbeeld M. Immerzeel, 'Maatschappelijk verantwoord afscheid nemen onder de WNT – geen gouden handdruk voor de topfunctionaris?', *TvO* 2022/3.5).

Wij wijzen er daarom op dat van omzeiling van de WNT wel degelijk sprake zou kunnen zijn bij een regeling met wederzijds goedvinden tussen de WNT-instelling en de topfunctionaris over een onregelmatige opzegging en de bijbehorende toekenning door de WNT-instelling van de gefixeerde schadevergoeding. Art. 7:672 lid 11 BW ziet immers slechts op gevallen waarin sprake is van *eenzijdige* onregelmatige opzegging. Als partijen tot een wederzijds akkoord komen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder de opzegtermijn in acht te nemen, kan dit naar onze mening worden gekwalificeerd als integraal onderdeel van een regeling met wederzijds goedvinden. In dat geval is de vergoeding niet verschuldigd op grond van de wet, maar ligt deze binnen de invloedssfeer van de WNT-instelling en de topfunctionaris en is deze dus onderworpen aan normering door de WNT. In de onderhavige uitspraak toetst het hof ook of de arbeidsovereenkomst eenzijdig dan wel met wederzijds goedvinden was geëindigd. Terecht kent het hof hierbij betekenis toe aan het feit dat partijen geen regeling zijn overeengekomen en er ook geen vaststellingsovereenkomst is gesloten (zie hiervoor r.o. 3.9.4).

Tot slot nog enkele overwegingen over de gevolgen van omzeiling van de WNT. Uit de WNT volgt dat de accountant een instrumentele rol vervult bij de controle op de naleving van deze wettelijke regeling (art. 5.2 WNT). In het kader van een dergelijke controle kan aan het licht komen dat een WNT-instelling en een topfunctionaris bijvoorbeeld door middel van een vaststellingsovereenkomst afspraken hebben gemaakt over onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst met uitkering van de bijbehorende gefixeerde schadevergoeding om zo tot een hogere totale beëindigingsvergoeding te komen. In dat geval zal de accountant hiervan melding moeten maken aan de minister van BZK. Als de vergoeding niet tijdig wordt terugbetaald door de topfunctionaris, kan een last onder dwangsom worden op-

gelegd (art. 5.4 WNT) of in het uiterste geval de betaling worden teruggevorderd (art. 5.5 WNT). Afspraken met wederzijds goedvinden over onregelmatige opzegging en gefixeerde schadevergoeding kunnen voor partijen die te kwader trouw zijn dus verstrekkende rechtsgevolgen hebben.

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

mr. J.H. Leeman
advocaat bij Stibbe

257

Bij een vaststellingsovereenkomst in het familierecht mag Haviltex worden uitgesloten

Hoge Raad
25 augustus 2023, nr. 22/04170,
ECLI:NL:HR:2023:1131
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Salomons,
mr. Teuben)
(Concl. A-G Valk)
Noot mr. C.C. Zillinger Molenaar

Vaststellingsovereenkomst. Uitleg beding. CAO-norm. Haviltex. Grammaticale uitleg.

[BW art. 3:33, 3:35, 7:670b lid 1]

Een echtpaar gaat uit elkaar. De man moet aan de vrouw € 160 per maand aan partneralimentatie betalen. Ze sluiten een vaststellingsovereenkomst met betrekking tot de partneralimentatie. In art. 1.7 daarvan is bepaald dat de partneralimentatie zal eindigen op de dag dat de vrouw de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, te weten op 24 mei 2021. In de considerans van de overeenkomst is opgenomen: 'Bij de uitvoering van de onderhavige overeenkomst prevaleert de letterlijke tekst van deze overeenkomst, in afwijking van het Haviltex-criterium, boven eventuele partijbedoelingen zodat dat bij geschillen (...), de competente rechter de bepalingen zoals opgenomen in de onderhavige overeenkomst uitsluitend grammaticaal dient uit te leggen en toe te passen.' De vrouw verzoekt de alimentatieverplichting te ver-

lengen tot 25 mei 2024 (het moment waarop ze AOW-gerechtigd wordt), subsidiair tot 25 mei 2022 (de dag waarop ze 65 wordt). De rechtbank overweegt dat de datum van 24 mei 2021 een verschrijving is en bepaalt dat de man gehouden is de partneralimentatie te voldoen tot 24 mei 2022. Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank omdat Haviltex was uitgesloten.

In cassatie betoogt de vrouw dat ook bij een grammaticale of objectieve uitleg moet worden gekeken naar de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van die uitleg. De Hoge Raad overweegt dat de overeenkomst een eigen, contractuele uitlegmaatstaf bevat. Het hof legt deze maatstaf zo uit dat bij uitleg van de vaststellingsovereenkomst slechts kan worden aangeknoopt bij begrippen die niet voor meerderlei uitleg vatbaar zijn (zoals '24 mei 2021'), omdat bij de uitleg van begrippen die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn (zoals 'pensioengerechtigde leeftijd') de bedoelingen van partijen zouden moeten worden betrokken. Dat is volgens de contractuele uitlegmaatstaf niet toegestaan. Voor zover het middel klaagt dat het hof met dit oordeel de grammaticale of objectieve uitlegmaatstaf zoals bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad heeft miskend door de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen bij de beoordeling niet te betrekken, ziet het eraan voorbij dat de vaststellingsovereenkomst de eerdergenoemde eigen uitlegmaatstaf bevat. Het beroep wordt verworpen.

NB. De A-G adviseert tot cassatie en overweegt dat er allerlei variaties zijn van taalkundige, objectieve of grammaticale uitleg. Alleen de woorden 'grammaticale uitleg' zeggen daarom nog niet zoveel over hoe partijen willen dat de overeenkomst wordt uitgelegd. Daarom zal volgens de A-G eerst de contractuele uitlegmaatstaf moeten worden uitgelegd volgens de wilsvetrouwensleer en de Haviltex-maatstaf, voordat die uitlegmaatstaf wordt toegepast op de tekst van de overeenkomst. De Hoge Raad gaat hier niet in mee omdat het middel niet klaagt dat het hof de uitlegmaatstaf aan de hand van een onjuiste maatstaf of op onbegrijpelijke wijze heeft uitgelegd.

Raymond Wilhelmus Peter Triepels, h.o.d.n. Bewindkr8, te Grevenbicht, gemeente Sittard-Geleen, in de hoedanigheid van curator van [de vrouw],