

148

Beroep op i-grond verworpen: i-grond niet bedoeld als reparatiegrond

Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
8 mei 2020, nr. 8296002 EA VERZ 20-62,
ECLI:NL:RBAMS:2020:2541
(mr. Ulrici)
Noot mr. A.M. Helstone

Ontbindingsverzoek afgewezen. Geen e-grond, g-grond of i-grond. Bonus kwalificeert in dit geval niet als loon. Afwijzing wettelijke verhoging.

[BW art. 7:625, 7:669 lid 3 sub e, g en i,
7:671b]

De werknemer is op 1 oktober 2009 bij de werkgever, een internationaal concern, in dienst getreden. Hij is werkzaam als legal officer voor verschillende vennootschappen van de werkgever. Op enig moment hebben de oprichters hun aandelen in de 'groep' verkocht aan een andere partij (Vieo). In verband met mogelijke onregelmatigheden heeft Vieo in september 2019 een extern onderzoek laten uitvoeren naar de gang van zaken en ook naar de rol van de werknemer hierbij. Naar aanleiding van de uitkomsten hiervan verzoekt de werkgever nu ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Eerder had de werkgever al een ontslag-aanvraag bij het UWV ingediend op bedrijfseconomische gronden, de werknemer een functie in Londen aangeboden met slechtere arbeidsvoorwaarden en een beëindigingsovereenkomst voorgesteld.

De kantonrechter verwerpt het beroep op de e-grond. Het is niet duidelijk geworden waarom de werknemer enig verwijt zou treffen van de lagere herwaardering van de aandelen van de 'groep'. Evenmin is gebleken dat de werknemer betrokken is geweest bij mogelijke onregelmatigheden bij de aandelenoverdracht. Dat er mogelijk formele stukken ontbreken ten aanzien van aan de werkgever gelieerde ondernemingen rechtvaardigt ook geen ontbinding. Ook het beroep op de g-grond wordt verworpen. Hoewel ter zitting gebleken is dat (inmiddels) sprake is van een ze-

kere aantasting van de onderlinge verhouding, acht de kantonrechter deze niet zodanig dat dit probleem niet meer kan worden opgelost. De werkgever heeft daartoe nog geen enkele poging ondernomen. Het ontgaat de kantonrechter waarom de werkgever dat bij een hooggeplaatste functionaris niet zou hoeven doen. Ook de i-grond biedt geen soelaas. In wezen tracht de werkgever de niet-geslaagde e- en g-grond te repareren met een beroep op de i-grond en daar is deze grond niet voor bedoeld. Het ontbindingsverzoek wordt dus afgewezen. Het tegenverzoek van de werknemer tot betaling van de tweede helft van zijn bonus ad € 150.000 wordt wel toegewezen, maar zonder de gevorderde wettelijke verhoging, omdat deze bonus – die louter is verbonden aan de aandelenoverdracht – niet kwalificeert als loon waarop art. 7:625 BW van toepassing is.

NB. Het invoeren van de i-grond blijkt tot nog toe niet succesvol, zo blijkt uit deze uitspraak en uit, onder meer, «JAR» 2020/98, «JAR» 2020/96, «JAR» 2020/81 en «JAR» 2020/60, m.nt. Helstone. Worden de primair aangevoerde gronden aangemerkt als onvoldragen, dan oordeelt de kantonrechter steeds dat deze dan ook niet gebruikt kunnen worden als onderdeel van de i-grond. De i-grond is geen reparatiegrond. In die gedachte lijkt alleen een beroep op de i-grond als primaire ontslaggrond kansrijk.

De besloten vennootschap *Lebara BV* te Amsterdam-Duivendrecht,
verzoekster,
gemachtigde: mr. Y.H. Dissel,
tegen
de werknemer te (...),
verweerder,
gemachtigde: mr. J. van der Pijl.

Verloop van de procedure (...)

*Gronden van de beslissing**Feiten en omstandigheden*

1. Bij de beslissing op het verzoek wordt uitgegaan van de volgende relevante feiten en omstandigheden:

1.1. De totale *Lebara* onderneming (verder de *Lebara Group*) is een internationale provider binnen de telecommunicatie-branche van telefoon- en

prepaid abonnementen. Het bedrijf is in 2001 opgericht door 3 personen (verder: de oprichters). Wereldwijd bestaat de Lebara Group uit talloze vennootschappen. In Nederland is één vestiging (verzoekster Lebara), waarvan de aandelen worden gehouden door de besloten vennootschap Lebara Mobile Group BV (verder: Lebara Mobile).

1.2. De intellectuele eigendomsrechten ten aanzien van de activiteiten van de Lebara Group wereldwijd zijn door de oprichters ondergebracht in de aparte vennootschappen Yokara Global Trademarks Sarl (YGT) en Yokara Trademarks Sarl (YT). Deze vennootschappen YGT en YT maakten geen deel uit van de Lebara structuur en waren in handen van de oprichters; inmiddels is dat anders.

1.3. De werknemer, geboren op (...) 1969 en derhalve 50 jaar oud, is op 1 oktober 2009 bij Lebara in dienst getreden in de functie (...). Zijn salaris bedraagt nu € 16.834,= bruto per maand, inclusief vakantiegeld maar exclusief overige emolumenten. In het kader van zijn functie is de werknemer (...) van een 8-tal (buitenlandse) vennootschappen en (...) van nog 8 andere. De arbeidsovereenkomst bevat een opzegtermijn van 6 maanden.

1.4. Het functieprofiel van de werknemer luidt, voor zover hier relevant:

“The (...) is responsible for managing all legal issues of the group and is supported by a small legal team.”

Daarnaast zijn de bij Lebara Group geldende Code of Conduct en de Algemene Arbeidsvoorwaarden (Personeelsreglement) van toepassing. De werknemer had daarnaast (mogelijk) rechten op een bonus onder het zogenoemde SIS-plan (share in succes) van juli 2012.

1.5. De oprichters wilden op enig moment hun aandelen in de Lebara Group, YGT en YT verkopen. Bij de verkoop werd in 2016 als adviseur Palmarium Advisors, een Zwitsers bedrijf, aangehouden. Omdat de gewenste verkoopprijs niet werd behaald, is een aan Palmarium Advisors gelieerde rechtspersoon, Palmarium Fund Managers (verder: Palmarium), deels als tussenzittende koper/verkoper opgetreden. De eigendom van de Lebara Group, YGT en YT is uiteindelijk per 13 september 2017 in de daartoe opgerichte vennootschap Vieo (aldus destijds gelieerd aan Palmarium) komen te rusten. De koopprijs van € 342,3 miljoen (minus garantie en schadeverzekeringskosten) is door Vieo gefinancierd door een obligatielening (van € 350 miljoen) uitgegeven

aan/door Scandinavische geldschieters, verenigd in de Noorse vennootschap Nordic Trustee AS (verder: Nordic Trustee). De aandelen in Vieo zijn als zekerheid aan Nordic Trustee verpand. De aandelen in YGT en YT zijn voor € 16,3 miljoen overgegaan, waarvoor een bedrag van 1,3 miljoen werd voldaan en het restant is gefinancierd door een verkoperskrediet (vendor loan) door de holdingmaatschappijen van de oprichters. Palmarium heeft in de prospectus gesteld zelf een kapitaalbijdrage te doen van € 85 miljoen. Deze bijdrage is echter voor het overgrote deel gefinancierd door een verkoperskrediet; feitelijk heeft Palmarium slechts € 1,3 miljoen voldaan.

1.6. Bij brief van 15 september 2017 heeft één van de oprichters de werknemer bericht dat hij onder de werking van het SIS plan een bonus van € 300.000,= kreeg toegekend, uit te keren in twee delen van ieder € 150.000 bruto binnen 6 en 24 maanden na de verkoop. De eerste tranche van de bonus is door Lebara aan de werknemer betaald in 2017. Het tweede deel is (nog) niet voldaan.

1.7. Vieo heeft de jaarcijfers over 2018 niet op tijd verstrekt en heeft de rente van ongeveer € 6 miljoen niet op tijd aan Nordic Trustee voldaan. Nordic Trustee heeft Vieo tot 7 juni 2019 de tijd gegeven aan haar betalingsverplichtingen te voldoen. Daarna heeft Nordic Trustee via STAK – een stichting opgericht door de obligatiehouders om hun aandelen te houden en om hun belangen te behartigen – de eigendom van de aandelen in de Lebara Group, YGT en YT naar zich toe getrokken.

1.8. Nordic Trustee heeft de Lebara Group, YGT en YT in mei 2019 opnieuw laten waarderen. De waarde werd per 31 mei 2019 geschat op een bedrag tussen € 192,5 miljoen en € 220 miljoen. Nordic Trustee heeft in juli 2019 een aantal bestuursleden vervangen en heeft de heer C (verder C) als bestuurder a.i. aangesteld.

1.9. In september 2019 heeft Vieo een extern onderzoek laten uitvoeren naar de transacties en gang van zaken rond de verkoop van de aandelen van de Lebara Group, YGT en YT. Vieo is vervolgens naar aanleiding van dit externe onderzoek op enig moment een onderzoek gestart naar de rol van de werknemer daarbij. Dat onderzoek is uitgevoerd door X Associates U.K. Ltd.

1.10. Op 10 oktober 2019 heeft Lebara op bedrijfseconomische gronden een voorlopig verzoek om toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst op de a-grond bij het UWV ingediend;

de functie van de werknemer zou volgens het verzoek komen te vervallen. Het verzoek is in december 2019 aangevuld. In januari 2020 heeft het UWV een tweede ronde gehouden. De uitkomst van deze procedure is (nog) niet bekend.

1.11. Op 9 oktober 2019 heeft X Associates UK een zogenaamd “image” (kopie) van de laptops van de werknemer en de andere betrokkenen gemaakt voor het onderzoek naar vermeende misstanden bij de verkoop van Lebara.

1.12. Op 22 oktober 2019 heeft dhr C, de (...) van de Lebara Group en leidinggevende van de werknemer, de werknemer een beëindigingsovereenkomst aangeboden. In de begeleidende brief werd aangekondigd dat Lebara een UWV procedure voor de werknemer zou starten. Het aanbod voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is door de werknemer op 30 oktober 2019 afgewezen. De twee andere bestuurders van Lebara hebben wel een aanbod geaccepteerd. Wat hun vertrekregeling inhoudt, is niet bekend.

1.13. Op 6 november 2019 heeft de Lebara Group (wederom via C) de werknemer een nieuwe functie in Londen aangeboden. De nieuwe arbeidsovereenkomst zou ingaan per 1 december 2019. De werknemer heeft het aanbod geweigerd onder verwijzing naar de verslechterde arbeidsvoorwaarden.

1.14. Hangende het onderzoek door X Associates UK is de werknemer na een gesprek door Lebara op 26 november 2019 geschorst op grond van een vijftal verwijten, die zijn weergegeven in de schorsingsbrief van deze datum. Deze verwijten luiden (samengevat en vertaald):

“1. De werknemer heeft de oprichters en/of Palmarium (bewust of uit onachtzaamheid) geholpen bij de verkoop van Lebara door geen wezenlijke financiële informatie te verstrekken aan potentiële investeerders;

2. De werknemer heeft de oprichters en/of Palmarium (bewust of uit onachtzaamheid) geholpen bij de verkoop van YGT en YT door geen materiele informatie over YGT en YT te verstrekken;

3. De werknemer heeft Palmarium en haar principalen (bewust of uit onachtzaamheid) geholpen bij betaling van vergoedingen en de verduistering van de opbrengsten uit de verkoop van de Spaanse activiteiten;

4. De werknemer heeft Palmarium en haar principalen (bewust of uit onachtzaamheid) geholpen bij de betaling van GBP 288.000 aan Illuminare Consulting Ltd (verder: Illuminare) op 16 april

2019 uit de middelen van Lebara, terwijl Illuminare geen diensten had geleverd;

5. De werknemer heeft nagelaten een behoorlijke boekhouding en administratie bij te houden voor de vennootschappen waar bij bestuurder was.”

1.15. Bij de schorsing op 26 november 2019 heeft de werknemer zijn zakelijke telefoon, die volgens de arbeidsovereenkomst ook voor privégebruik bestemd was, moeten inleveren. Er is toen niet gevraagd naar zijn pincode. Wel op 28 november en 3 en 5 december 2019. De werknemer heeft op 4 en 6 december 2019 gesteld de zakelijke inhoud van de telefoon met Lebara te zullen delen, maar eerst de privé-gegevens te willen verwijderen. Daarna zou hij de pincode voor Lebara wijzigen zodat Lebara toegang had tot de telefoon. Lebara heeft de werknemer in verband hiermee een schriftelijke waarschuwing gegeven op 6 december 2019. Op 9 december 2019 heeft de werknemer zijn aanbod tot het wijzigen van de pincode na verwijderen van privégegevens herhaald.

1.16. Het rapport van X Associates UK dateert van 10 december 2019. Volgens het rapport was de werknemer betrokken bij of op de hoogte van (samengevat) een aantal activiteiten, waaronder de overname van Lebara door Vieo, de verkoop van de aandelen van YT en YGT aan Cenover, de verkoop van de activa en het klantenbestand van de Spaanse vestiging van Lebara en de daaropvolgende uitbetaling van de opbrengst daarvan, een betaling aan Illuminare en de onderhandelingen van een onderhuur van kantoorruimte die gratis werd aangeboden aan de vennootschap Paysure, een aan Illuminare gelieerde onderneming.

1.17. Lebara is vervolgens een eigen onderzoek gestart. Op 12 december 2019 hebben Lebara en de werknemer uitgebreid met elkaar gesproken. Dit gesprek had betrekking op de rol van Palmarium bij de verkoop van de aandelen. Op 23 december 2019 heeft nog een interview plaatsgevonden, gericht op de rol van de werknemer bij de verkoop in 2017. Het verslag van het gesprek en het commentaar van de werknemer daarop is in de procedure gebracht.

1.18. Op 10 januari 2020 heeft de werknemer het definitieve rapport van X Associates UK ontvangen, waarop hij binnen vier dagen kon reageren. Na een verzoek om meer tijd heeft de werknemer één dag extra gekregen. Op 16 januari 2020 heeft de werknemer uitgebreid en gedetailleerd op de beschuldigen gereageerd. Op 17 januari 2020 heeft Lebara de werknemer laten weten dat zijn een

verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou indienen. Zij heeft dat op 31 januari 2020 gedaan.

1.19. De werknemer heeft zijn werkzaamheden voor Lebara niet hervat.

Verzoek ex artikel 671b BW

2. Lebara verzoekt de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a jo artikel 7:669 lid 3 sub e (primair) en/of g (subsidiar) en/of i (meer subsidiair) BW, oftewel op grond van verwijtbaar handelen, een verstoorde arbeidsrelatie of een combinatie van die twee gronden, zonder inachtneming van de opzegtermijn en zonder toekenning van de transitievergoeding.

3. Lebara stelt daartoe dat de werknemer ernstig tekort is geschoten in zijn rol als (...) van de Lebara Group. Zij verwijst daartoe naar de onderzoeken van X Associates UK en haarzelf ten aanzien van de vijf verwijten, zoals weergegeven onder ov. 1.14. Uit de onderzoeken volgt dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan 4 van de 5 door Lebara onder 1.14 geuite verwijten. Alleen dat de werknemer betrokken was bij het wegsluizen van gelden uit de verkoop van de Spaanse tak, is volgens Lebara niet gebleken.

4. Naar het oordeel van Lebara is daardoor beëindiging van de arbeidsovereenkomst noodzakelijk en onvermijdelijk geworden. Zij licht dat als volgt toe.

5. E-grond: verwijtbaar handelen

De e-grond is volgens Lebara aanwezig, omdat de werknemer op grove wijze zijn verplichtingen en verantwoordelijkheden heeft geschonden bij de verkoop van de aandelen van de Lebara Group, inclusief YGT en YT, aan Vieo. De werknemer was nauw betrokken bij het verkoopproces en hij wist dat de prijs van YGT en YT niet overeenkwamen met de werkelijke waarde van deze vennootschappen. Ondanks dat hij zich bewust was van het belangenconflict en hij wist dat de gebruikte wijze van financiering niet in het belang van Lebara Group was, heeft hij nagelaten in te grijpen. Hij had bovendien een eigen belang bij de verkoop door de SIS-bonus en heeft gehandeld in strijd met de arbeidsovereenkomst, de algemene arbeidsvoorwaarden en de Code of Conduct. Ook heeft hij bewust meegewerkt aan transacties die niet in het belang en zelfs schadelijk waren voor de Lebara Group. Dat valt hem ernstig te verwijten, waardoor ontbinding zonder een transitie-

vergoeding en zonder inachtneming van de opzegtermijn kan geschieden.

6. G-grond: verstoring van de arbeidsrelatie

Het staat volgens Lebara buiten kijf dat de werknemer een belangrijke rol heeft gespeeld bij de verkoop van de aandelen in de Lebara Group, YGT en YT. De gang van zaken tijdens de aandelentransactie en de wetenschap bij de werknemer, en zijn niet-ingrijpen, heeft het vertrouwen dat Lebara in de werknemer had ernstig beschadigd. De gevolgen van de transactie zijn aanzienlijk. De obligatiehouders hebben zware verliezen geleden. De waarde van de Lebara Group, YGT en YT is door de herwaardering bijna gehalveerd. Het is dus niet verwonderlijk dat de obligatiehouders en aandeelhouders het vertrouwen in alle betrokkenen, waaronder de werknemer, volledig hebben verloren. Voor een goede invulling van een functie op het niveau van (...) is een wederzijds vertrouwen van cruciaal belang. Dit vertrouwen is beschadigd. Ongeacht of de werknemer hiervan een verwijt kan worden gemaakt. Mediation is daarbij geen reële optie en herstel behoort niet tot de mogelijkheden.

7. Daarnaast speelt de houding van de werknemer tijdens het onderzoek een rol. De werknemer heeft meerdere keren geweigerd inzicht te geven in de gegevens op zijn werktelefoon, waardoor het onderzoek van X Associates UK ernstig werd belemmerd.

8. I-grond: combinatie van omstandigheden

Volgens Lebara is, als er geen voldragen e- of g-grond aanwezig wordt geacht, in elk geval sprake van een combinatie van de d, e en g-grond. En dus van “een samengestelde grond” in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub i BW. Ook dat is een grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

9. Voor het toekennen van de cumulatieve vergoeding is naar het oordeel van Lebara geen aanleiding, althans niet voor de volledige vergoeding. De rechter is daartoe niet verplicht en dus kan toekenning geheel uitblijven.

10. Herplaatsing

Herplaatsing is volgens Lebara evenmin aan de orde, nu er voor de werknemer geen enkel draagvlak meer bestaat.

11. Transitievergoeding

Nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten heeft de werknemer geen recht op een transitievergoeding. Die ernstig verwijtbaarheid ligt in de schending van de arbeidsovereenkomst,

de Code of Conduct en de algemene arbeidsvoorwaarden.

12. Einddatum

Primair verzoekt Lebara geen rekening te houden met de opzegtermijn en subsidiair de proceduretijd in mindering te brengen op de opzegtermijn van 6 maanden.

Verweer op het verzoek

13. De werknemer verzoekt primair de verzoeken van Lebara af te wijzen. Subsidiair bepleit hij – indien het verzoek van Lebara op één van de gronden wordt toegewezen – dat hem de wettelijke transitievergoeding ad € 79.394,92 bruto wordt toegekend, een billijke vergoeding van € 531.820,56 bruto en een extra vergoeding (de cumulatievergoeding) ter hoogte van de helft van de transitievergoeding, zijnde € 39.697,46 bruto.

14. De werknemer voert – samengevat – aan dat de in het verzoekschrift genoemde gronden voor het ontslag onvoldoende zijn om een ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst te rechtvaardigen. Hij stelt dat de verwijten niet juist, onterecht of niet onderbouwd zijn.

15. De werknemer voert allereerst inhoudelijk verweer tegen de door Lebara genoemde verwijten zoals genoemd in ov 1.14.

16. De werknemer was als (...) wel betrokken bij de verkoop van de aandelen Lebara, YGT en YT aan Palmarium (en Cenover), maar niet bij de wijze waarop Palmarium deze aankoop zou financieren. De werknemer had ook geen kennis van of contact met de investeerders en geen enkele betrokkenheid bij de voorwaarden van de financiering of hoe Lebara naar eventuele investeerders werd gepresenteerd. Vieo en Palmarium waren derden en maakten geen deel uit van de Lebara Group. Zij hadden hun eigen adviseurs.

17. De werknemer heeft zich wel bezig gehouden met de zogenoemde Vendor Due Diligence VDD), dat was zijn rol bij Lebara. PWC heeft in opdracht van Lebara Mobile Group deze VDD opgesteld, maar die ging ook maar beperkt over de waarde-bepaling. De werknemer is er niet inhoudelijk bij betrokken geweest. Er was ook geen sprake van een belangenconflict; de prijs voor Lebara stond vast, die was niet onredelijk (7 keer de EBITDA) en Palmarium kende de vennootschappen beter dan wie dan ook. Welk verwijt de werknemer dan ook wordt gemaakt, is niet duidelijk. Van de verkoopprijs voor Lebara, YGT en YT waren de kosten van de bonussen al afgetrokken. De verkopers

(de oprichters) betaalden derhalve deze bonus; niet de koper.

18. C heeft de werknemer op 12 februari 2019 geïnstrueerd ervoor te zorgen dat de factuur van Illuminare werd ontvangen en voldaan. Er was voor de werknemer geen enkele aanleiding te veronderstellen dat de werkzaamheden niet voor Lebara maar voor Vieo (of zelfs helemaal niet) werden verricht. Het was al eens eerder voorgekomen dat op deze wijze een factuur door de werknemer voor C werd geaccordeerd, waarbij de secretaresse van C verwees naar diens instructie dat er nog dezelfde dag betaald moest worden. De overeenkomst met de vennootschap Paysure is nooit tot stand gekomen.

19. De documentatie van Lebara en de overige vennootschappen is op orde, ondanks de onderbezetting van het legal team. Er wordt ook niet duidelijk gemaakt welke documentatie ontbreekt.

20. Verder voert de werknemer aan dat Lebara al sinds 8 oktober 2019 bezig is de werknemer buiten de deur te zetten, tegen een zo laag mogelijke vergoeding. Allereerst door te proberen op basis van een onjuiste voorstelling van zaken het beeld te schetsen dat de functie van de werknemer zou komen te vervallen, waarbij hem een beëindigingsovereenkomst werd aangeboden. Toen de werknemer weigerde, werd hem een functie in het Verenigd Koninkrijk aangeboden met zeer slechte arbeidsvoorwaarden. Hij zou alleen betaald worden als er cashflow was en moest afstand doen van iedere ontslagbescherming en van zijn SIS-bonus. Hoewel de gesprekken gaande waren over de beëindigingsovereenkomst, werd het voorstel ingetrokken en werd er jegens hem een onderzoek gestart. Dat onderzoek heeft geleid tot deze ontbindingsprocedure, hoewel X Associates UK geen van de beschuldigingen ook maar enigszins aannemelijk heeft kunnen maken. Voorstellen van de werknemer om in gesprek te blijven eventueel met behulp van een mediator, zijn steeds afgewezen.

21. E-grond

De werknemer was niet bekend met de afspraken rond de financiering van de koopprijs. Er was geen sprake van een belangenconflict en hij had geen belang bij een succesvolle verkoop aan Vieo. Niet staat vast dat er onrechtmatigheden zijn voorgevallen bij de financiering van de koop/verkoop en welke rol de werknemer daarin heeft gespeeld. De verwijten worden de werknemer on-

terecht gemaakt. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is dan ook geen sprake.

22. *G-grond en I-Grond*

Volgens de werknemer is ook geen sprake van een verstoorde arbeidsrelatie, althans voor zover die er is, is die uitsluitend veroorzaakt door Lebara. Lebara dient de verstoring dan eerst te proberen op te lossen, eventueel met behulp van een mediator. Een weigering daartoe mag geen grond zijn om nu de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Bovendien ontkent de werknemer dat er geen mogelijkheden zijn om hem te herplaatsen. Er is geen sprake omstandigheden die zodanig zijn dat van Lebara niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Er is geen sprake van een g-grond, noch van een e-grond en dus ook niet van een i-grond.

23. *Transitievergoeding, billijke vergoeding en cumulatievergoeding*

Als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt de werknemer hem de transitievergoeding van € 79.394,92 bruto toe te kennen. Er is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, zodat de werknemer aanspraak kan maken op de transitievergoeding en de opzegtermijn van 6 maanden in acht dient te worden genomen.

24. De werknemer dient voorts schadeloos te worden gesteld voor het handelen van Lebara middels een billijke vergoeding. Er is inmiddels al geruime tijd verstreken na zijn onterechte schorsing en dit tijdsverloop, waarin de werknemer op geen enkele manier bereikbaar was en is, is zeer schadelijk voor zijn goede naam en reputatie.

25. De werknemer is kostwinner van zijn gezin, de schorsing is diffamerend voor de werknemer en het is aannemelijk dat hij anderhalf of twee jaar nodig zal hebben voordat hij een nieuwe baan heeft. Zijn inkomen over één jaar bedraagt € 265.910,28 bruto en dus over twee jaar € 531.820,56 bruto. Een billijke vergoeding van dit bedrag is op zijn plaats.

26. Als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de i-grond – hoewel de gronden ook samen niet voldragen zijn – dan verzoekt de werknemer hem de cumulatievergoeding van € 39.697,46 bruto toe te kennen.

Aanverwante vorderingen

27. De werknemer stelt de navolgende bijkomende, aanverwante vorderingen in.

28. *SIS-bonus*

De werknemer verzoekt veroordeling van Lebara tot betaling van het restant van de zogenaamde SIS-bonus van € 150.000,= bruto, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW vanaf 14 september 2019 en met de wettelijke rente over dit bedrag.

29. De werknemer verwijst daartoe naar de bonusbrief van 15 september 2017, de eerdere uitbetaling van de helft van de bonus en het feit dat andere tot de bonusgerechtigde medewerkers de bonus al uitbetaald hebben gekregen.

30. *Bonus 2018, advocaatkosten, proceskosten*

Daarnaast vordert de werknemer veroordeling van Lebara tot betaling van de bonus over 2018 van € 87.267,46 bruto, althans € 47.741,67 bruto, met de wettelijke rente en de wettelijke verhoging vanaf het moment dat Lebara in verzuim is. Tot slot vordert de werknemer veroordeling van Lebara in de werkelijk advocaatkosten tot een bedrag van € 24.200,=, inclusief BTW. Dit alles met veroordeling van Lebara in de kosten van de procedure.

31. De werknemer stelt dat hij altijd recht heeft gehad op een bonus, die contractueel 40% van zijn jaarsalaris bedraagt. Over 2018 zijn er geen individuele targets gesteld en de werknemer is plots in september 2019 geïnformeerd dat hij niet voor de bonus in aanmerking kwam. Een collega van de werknemer, de CFO dhr. Z, is wel in aanmerking gekomen voor een bonus over 2018.

32. De bonus over 2018 dient te worden vastgesteld op het bedrag van € 87.267,46 bruto (zijnde 40%) en als alternatief op het gemiddelde van de afgelopen drie jaar, derhalve het bedrag van € 47.741,67 bruto.

33. De werknemer heeft zich door toedoen van Lebara moeten vereren tegen onterechte verwijten aan zijn adres en verzoekt vergoeding van de volledige advocaatkosten. Die bedragen tot heden reeds € 20.000,= ex BTW; de werknemer vordert derhalve een bedrag van € 24.200,= (netto). Die kosten hebben betrekking op de UWV-procedure, deze ontbindingsprocedure en de verplichtingen die voortvloeiden uit de onderzoeken van Lebara (twee langdurige interviews).

34. Tevens verzoekt de werknemer veroordeling van Lebara in de kosten van de procedure.

Verweer op de tegenvorderingen

35. Het verweer van Lebara op de aanverwante vorderingen van de werknemer zullen bij de beoordeling daarvan aan de orde komen.

Beoordeling op het verzoek ex artikel 7:671b BW

36. Het gaat in deze zaak allereerst om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden. De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

37. Lebara voert bij haar verzoek aan dat de redelijke grond gelegen is in artikel 7:669 lid 3, onderdelen e, g en i BW, te weten verwijtbaar handelen, verstoorde arbeidsverhouding of een combinatie van deze gronden, waardoor het in redelijkheid niet van haar te vergen is dat de arbeidsovereenkomst wordt voort gezet. De werknemer heeft de juistheid van hetgeen door Lebara naar voren is gebracht, gemotiveerd en inhoudelijk bestreden.

38. E-grond

Naar het oordeel van de kantonrechter is onvoldoende komen vast te staan dat de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. De door Lebara aangedragen argumenten zijn daartoe niet komen vast te staan, niet zwaar genoeg of niet aan de werknemer verwijtbaar. Het rapport van X Associates UK en de daarin getrokken conclusies maken dit niet anders.

39. Het is de kantonrechter daarbij in het bijzonder niet duidelijk geworden waarom de werknemer enig verwijt zou treffen voor de lagere herwaardering van de aandelen van de Lebara Group. Dat er bij de verkoop van de Lebara Group, YGT en YT schimmigheden of onregelmatigheden hebben plaatsgevonden mag zo zijn; dat de werknemer daarbij heeft geholpen, dat heeft veroorzaakt of dit binnen het bereik van de werknemer heeft gelegen, is niet gebleken. De werknemer is bij de financiering van de transactie door Palmarium of Vieo niet betrokken geweest en dat hij de geldschieters van Nordic Trust – als obligatiehouders van Vieo – had moeten waarschuwen voor iets waar hij geen weet van heeft gehad of geen betrokkenheid bij had, komt niet redelijk voor. De aandeelhouders, die zich met een waardevermindering geconfronteerd zien, zullen bij onregelmatigheden van Palmarium en/of Vieo die vennootschappen moeten aanspreken en niet de

werknemer. Dat de werknemer van de lagere herwaardering van de aandelen iets relevant valt te verwijten, is – ondanks de zeer uitgebreide toelichting van Lebara – niet gebleken.

40. Ook het verwijt omtrent onvolkomenheden in de documentatie snijdt geen hout. Althans niet is voldoende onderbouwd waar en in welk opzicht de werknemer tekort is geschoten en dan nog op zo'n wijze dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Lebara heeft slechts een niet nader toegelichte productie 32 genomen, welke de kantonrechter onvoldoende inzicht biedt en ook nauwelijks leesbaar is. Het enkele feit dat ten aanzien van de gelieerde ondernemingen mogelijk formele stukken ontbreken, is bovendien niet voldoende, nu de gevolgen daarvan ook niet nader zijn verduidelijkt. Het verzoek op deze grond zal worden afgewezen.

41. G-grond

Hoewel de kantonrechter ter zitting heeft geconstateerd dat (inmiddels) sprake is van een zekere aantasting van de onderlinge verhoudingen, is zij van oordeel dat de verstoring niet zodanig is dat deze niet meer kan worden opgelost. Lebara heeft daartoe tot heden geen enkele poging ondernomen en waarom zij dat bij een hooggeplaatste functionaris niet zou hoeven te doen, ontgaat de kantonrechter. De werknemer is tot overleg zeer wel bereid en Lebara zou dat ook moeten zijn. Dat betekent dat de g-grond op dit moment niet tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan leiden.

42. I-grond

Ook de i-grond biedt Lebara geen soelaas; in wezen tracht Lebara de niet-geslaagde e- en g-grond te repareren met een beroep op de i-grond en daar is deze grond niet voor bedoeld.

43. De conclusie is derhalve dat de aangevoerde gronden niet kunnen leiden tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het verzoek zal worden afgewezen. Nu de voorwaarde niet wordt vervuld, behoeven de verzoeken van de werknemer om een billijke vergoeding, een transitievergoeding en een cumulatievergoeding geen verdere behandeling.

44. Kosten in het verzoek

De kantonrechter bepaalt dat met betrekking tot het verzoek en het (voorwaardelijk) tegenverzoek Lebara de kosten dient te dragen, welke kosten tot heden worden begroot op € 720,= voor salaris van de gemachtigde, voor zover verschuldigd, inclusief BTW.

Aanverwante vorderingen

45. De werknemer heeft een aantal aanverwante vorderingen ingesteld. Daaromtrent wordt het volgende overwogen.

46. *SIS-bonus*

Bij brief van 15 september 2017 is de werknemer uit hoofde van de SIS-regeling een bonus toegekend van € 300.000,= bruto. De helft daarvan is door Lebara uitgekeerd. Het resterende deel van € 150.000,= bruto nog niet.

47. Het enkele feit dat de werknemer wist dat hij een voordeel zou halen uit de verkoop van de Lebara Group en YGT/YT, zoals Lebara heeft betoogd, maakt niet dat hij tot de bonus helemaal niet gerechtigd is, dan wel dat hij geen recht meer heeft op het restant.

48. Anders dan Lebara stelt wordt geoordeeld dat de toezegging zijdens de oprichter namens Lebara van 15 september 2017 (daterend van na de datum van overdracht van de Lebara Group, maar blijkens de inhoud en de uitkering van het eerste deel met instemming van Lebara), door Lebara dient te worden nagekomen. Dat is naar Nederlands recht het geval. Dat een ongeclausuleerde toezegging als de onderhavige naar Engels recht niet behoeft te worden nagekomen, zoals Lebara probeert ingang te doen vinden, is niet juist, maar ook niet relevant. Er is aan de werknemer een aanbod gedaan ter afrekening van aanspraken uit het verleden. Van een toekomstige verplichting van Lebara is dus geen sprake. Alleen van een uitgesteld betaalmoment van de geconcretiseerde, reeds bestaande ongeclausuleerde verplichting. De aanverwante vordering van de werknemer op dit punt zal derhalve worden toegewezen.

49. De wettelijke verhoging over de SIS-bonus zal echter worden afgewezen. Geoordeeld wordt dat in dit geval deze bijzondere bonus, louter verbonden aan de verkoop van de Lebara Group en YGT/YT, niet kwalificeert als loon, waarop artikel 7:625 BW van toepassing is. De wettelijke rente zal wel worden toegewezen, zoals verzocht vanaf 14 september 2019.

50. *Bonus 2018*

Met Lebara wordt geoordeeld dat zij het op grond van de arbeidsovereenkomst van de werknemer kon beslissen om hem over 2018 geen bonus uit te keren. En daar waar onvoldoende is onderbouwd dat de directe collega's van de werknemer wel een bonus hebben ontvangen, zal deze vordering worden afgewezen.

51. *Kosten rechtsbijstand*

De werknemer heeft in dit verband betaling gevorderd van een bedrag van € 24.200,= (netto). Hij heeft dit onderbouwd door te verwijzen naar de kosten van de UWV-procedure, de ontbindingsprocedure en de twee gesprekken. Een nadere specificatie van de kosten ontbreekt. Evenals een specifieke grondslag.

52. De kosten van de onderhavige ontbindingsprocedure vallen onder de werking van artikel 237 ev Rv, zodat die niet apart voor vergoeding in aanmerking komen. In de wet is geen mogelijkheid opgenomen een kostenveroordeling te geven voor rechtsbijstand in een UWV-procedure. Hoewel de kantonrechter zich kan indenken dat rechtsbijstand voor de twee gesprekken voor de werknemer noodzakelijk was, ontbreekt de voor toewijzing noodzakelijke onderbouwing en specificatie. Deze vordering zal derhalve worden afgewezen.

53. *Kosten aanverwante verzoeken*

Gelet op de uitkomst van dit deel van de procedure zullen de kosten van de procedure worden gecompenseerd, in die voege dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

Beslissing

De kantonrechter:

het verzoek van Lebara:

wijst het ontbindingsverzoek af; veroordeelt Lebara in de kosten van het verzoek, gevallen aan de zijde van de werknemer en tot heden begroot op € 720,= voor salaris gemachtigde, voor zover verschuldigd, inclusief BTW;

de vorderingen van de werknemer:

veroordeelt Lebara tot betaling aan de werknemer van het bedrag van € 150.000,= bruto ten titel van SIS-bonus, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 september 2019;

wijst de aanverwante vorderingen voor het overige af;

bepaalt dat partijen met betrekking tot deze vorderingen ieder de eigen proceskosten dragen;

in beide:

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

veroordeelt Lebara tot betaling van een bedrag van € 60,= aan nasalaris, te verhogen met een bedrag van € 68,= aan kosten voor betekening onder de voorwaarde dat betekening van de beschikking heeft plaatsgevonden en Lebara niet binnen 14 dagen na aanschrijving vrijwillig aan deze be-

schikking heeft voldaan, een en ander voor zover van toepassing inclusief BTW.

NOOT

Sinds begin dit jaar het startschot werd gegeven met de eerste uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (zie «JAR» 2020/60, m.nt. Helstone) voor jurisprudentie over de i-grond, is tot nu toe in geen enkele gepubliceerde uitspraak een ontbindingsverzoek op basis van de cumulatiegond toegewezen. Van een versoepeling van het ontslagrecht (zie hiervoor ook de uitlatingen van minister Koolmees tijdens de plenaire behandeling van de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) (*Handelingen II* 2018/19, 48, item 8, p. 49)) is dus voorsnog geen sprake.

De belangrijkste reden voor afwijzing in de tot nu toe gepubliceerde i-grond-rechtspraak is doorgaans dat de werkgever heeft nagelaten om een zelfstandige onderbouwing te geven voor de i-grond, los van de andere aangevoerde ontslaggronden (voor een uitvoerige analyse verwijst ik naar het recent verschenen commentaar met een integrale beschouwing van de gepubliceerde i-grond jurisprudentie van O. van der Kind, 'De cumulatiegond: combineren is nog niet zo eenvoudig' in *AR Updates*, 20 mei 2020, en zie recentelijk ook de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam 9 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5246, die is gepubliceerd na het door Van der Kind verschenen commentaar). Cumuleren is dus niet repareren: de tot nu toe in de rechtspraak ingenomen restrictieve benadering dat de i-grond in geen geval als lapmiddel door de werkgever mag worden aangewend om een onvoldragen grond mee te repareren, wordt ook gevolgd in de onderhavige uitspraak. Een combinatie van een onvoldragen e- en g-grond kan niet alsnog door de i-grond gerepareerd worden en leidt tot een toewijzing van het ontbindingsverzoek. Indien deze benadering bestendigd wordt in de rechtspraak, zal de i-grond als een van de minst kansrijke ontslaggronden moeten worden beschouwd. Dat dit evident een ongewenst effect van de WAB is, wordt niet geadresseerd door minister Koolmees in de recent verschenen 'Quickscan naar de effecten van de Wab' (*Kamerstukken II* 2019/20, 35074, nr. 75). In de analyse van de i-grond-jurisprudentie wordt in deze Quickscan geen duiding of oordeel over deze ef-

fecten gegeven anders dan de vaststelling dat tot nu toe geen 'inhoudelijk' rechterlijk oordeel over de i-grond is gegeven. De tot nu toe gepubliceerde uitspraken illustreren dat de meerwaarde van de i-grond onverminderd kwestieus blijft (zie voor kritische beschouwingen W.A. Lenders, 'Dicteert de ontslaggrond (toch) de vergoeding?', *TAP* 2020/1 en R.A.A. Duk, A. Keizer & H.W.M.A. Staal, 'Cumulatie van ontslaggronden. Deel II: de Eerste Kamer', *TRA* 2019/84). Dit stemt opnieuw tot nadenken over het bestaansrecht van de i-grond naast de andere ontslaggronden.

De kern van het probleem is gelegen in de notie dat sprake moet zijn van ten minste één bijna voldragen ontslaggrond om de combinatie met een andere ontslaggrond tot één voldragen i-grond te laten slagen. Als het gaat om de combinatie van de e- en g-grond, zal de werkgever doorgaans voor het anker gaan liggen van de Ascher-escape en aansturen op de g-grond als (bijna) voldragen ontslaggrond. Wanneer sprake is van een bijna voldragen g-grond is lastig te duiden: welke grens moet er worden getrokken om vast te stellen dat een verstoorde arbeidsverhouding 'bijna voldragen' is en de verstoring niet langer kan worden opgelost? Die vraag doet zich in de praktijk vaak voor, juist in het geval van hooggeplaatste functionarissen zoals in deze zaak. Hoewel ook ten aanzien van deze functionarissen zorgvuldigheid geboden is en niet lichtvaardig mag worden omgegaan met een beroep op de g-grond (zie ook r.o. 36 van de uitspraak waarin de kantonrechter dit terecht als uitgangspunt neemt), ligt de beoordelingsmaatstaf ten aanzien van leidinggevend genueanceerder. Indien het vertrouwen bij de werkgever ontbreekt, is dat juist essentieel bij hooggeplaatste en/of andere functionarissen met leidinggevende verantwoordelijkheden. Een dergelijke benadering is ook nadrukkelijk overwogen ten aanzien van een leidinggevende functionaris (het ging hier om een *accountdirector*) in een recente uitspraak (Rb. Midden-Nederland 24 april 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1614), waarin ontbinding primair was verzocht op de d- en g-grond en subsidiair op de i-grond. Het verzoek werd op de g-grond toegewezen; aan de i-grond werd daarom niet meer toegekomen. Hoewel het conflict in deze zaak in betrekkelijk korte tijd escaleerde, de kritiek op het functioneren uit het niets kwam en er geen reëel verbetertraject was geboden, stelde de kantonrechter vast dat ontbinding op de

g-grond gerechtvaardigd was. Hiervoor werd het vertrouwen van de werkgever essentieel geacht voor voortzetting van de arbeidsrelatie, gelet op het karakter van de functie van de betrokken accountdirector alsook het vertrouwen in zijn 'inzet' en 'strategie' bij de relaties van de werkgever (r.o. 3.2 en r.o. 3.3.). Naast de transitievergoeding kende de kantonrechter ook een billijke vergoeding toe aan de betrokken accountdirector aangezien door toedoen van de werkgever het conflict was ontstaan.

Deze uitspraak illustreert dat de rechterlijke beoordeling of sprake is van een 'bijna voldragen' g-grond in combinatie met de d- of e-grond om tot aan geslaagde cumulatiegrond te komen genuanceerd ligt. In het licht van het voorgaande zou de ontbindingsroute via de g-grond meer voor de hand hebben gelegen.

Interessant voor de praktijk is het recente onderzoek van Kruit en Kersten (P. Kruit en I.H. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *ArbeidsRecht* 2020/16) aantoont dat in 2019 in driekwart van de zaken waarin een beroep is gedaan op de g-grond de rechter de ontbinding heeft toegewezen. Zij wijzen in dit verband op het belang van de uitspraak van de Hoge Raad in de Decor-zaak (HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, «JAR» 2018/73, m.nt. Koole) en dat het antwoord op de vraag wie van de versterking van de arbeidsrelatie een verwijt kan worden gemaakt niet van belang is voor het voldragen karakter van de g-grond. Dat is een lichtere toets dan aanvankelijk op grond van de wetsgeschiedenis werd aangenomen. Daarin werd juist benadrukt dat van een voldragen g-grond pas sprake kan zijn indien de werknemer een overwegend verwijt kan worden gemaakt van de verstoorte arbeidsverhouding. Kruit en Kersten hebben de vraag opgeworpen of dit niet in 2020 zou kunnen leiden tot een verdergaande toename van ontbindingen op de g-grond, of dat de rechter juist meer gebruik zou maken van de mogelijkheid van de i-grond. Gelet op (i) het aantal afwijzingen van ontbindingsverzoeken op de i-grond én (ii) nu in het geval van de g-grond mogelijk slechts een billijke vergoeding naast de transitievergoeding verschuldigd is (en dus niet ook de cumulatievergoeding die bij de i-grond hoort; het mogelijk dempende effect dat kan uitgaan van deze cumulatievergoeding op de hoogte van de billijke vergoeding leent zich niet voor nadere bespreking in

deze noot), loont het mijns inziens voor werkgevers eerder de moeite om in gevallen zoals deze de ontbindingsroute van de g-grond te bewandelen. Of er daadwerkelijk een meerwaarde is voor de i-grond valt op dit moment serieus te betwijfelen.

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

149

Coronacrisis rechtvaardigt geen halvering van het loon

Voorzieningenrechter Kantonrechter
Rechtbank Amsterdam
28 mei 2020, nr. 8482525 KK EXPL 20-266,
ECLI:NL:RBAMS:2020:2734

(mr. Ulrici)

Noot prof. mr. J.M. van Slooten, onder
«JAR» 2020/156

Sluiting restaurant door coronacrisis. NOW. Betaling 50% loon. Opschorting van andere 50% niet gerechtvaardigd. Geen wettelijke verhoging, rente of overuren.

[BW art. 6:52, 6:248, 6:258, 6:262, 7:613, 7:617]

De werknemer is een student uit Iran, die in Nederland op een studentenvisum verblijft. Zijn visum verloopt op 31 mei 2020. De werkgever exploiteert een restaurant met Turkse etenswaren in Amsterdam. De werknemer is op 1 november 2019 voor de periode tot 1 mei 2020 bij de werkgever in dienst getreden als medewerker bediening. Zijn salaris bedroeg € 1.653 netto per maand inclusief vakantiegeld. In verband met de coronacrisis is het restaurant vanaf half maart 2020 gesloten. Er is alleen nog een beperkte take-away. De leidinggevende van de werknemer heeft alle medewerkers verzocht vanaf half maart 2020 vakantiedagen op te nemen. De werkgever heeft in maart 2020 NOW aangevraagd en heeft 60% van de loonsom over januari 2020 uitgekeerd gekregen. Daarmee heeft hij alle personeelsleden 50% van het loon uitgekeerd. De werknemer heeft € 850 netto ontvangen. In kort geding vordert hij