

ECLI:NL:GHARL:2021:1884

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 01-03-2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1884, 200.279.424

Ontslag in strijd met 7:671 BW, oorzaak van het ontslag ligt in ernstig verwijtbaar gedrag aan beide zijden, geen transitievergoeding ivm ernstig verwijtbaar handelen werknemer, wel billijke vergoeding ivm ernstig verwijtbaar handelen werkgever, (artt. 7:673 lid 7 sub c, 7:681, lid 1 sub a BW, wetsgeschiedenis Kamerstukken 33 818 nrs. 3 en 7, causaliteit en toerekening ontslag)

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	01-03-2021
Datum publicatie	01-03-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHARL:2021:1884
Zaaknummer	200.279.424
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Arbeidsrecht
Overige publicaties	AR-Updates.nl 2021-0251

UITSPRAAK

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem/Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.279.424
(zaaknummer rechtbank Overijssel, locatie Almelo 8157337)

beschikking van 1 maart 2021

in de zaak van

[verzoekster] ,
wonende te [A] ,
verzoekster in het principaal hoger beroep, verweerster in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg verzoekster,
hierna: [verzoekster] ,
advocaat: mr. P. de Boer,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Centric Netherlands B.V.,
tevens handelende onder de naam Centric IT Solutions,
gevestigd te Gouda,
verweerster in het principaal hoger beroep, verzoekster in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg verweerster,
hierna: Centric,
advocaten: mr. M.J.M.T. Keulaerds en mr. L. 't Mannetje.

1.1. Samenvatting van de beslissing

Waar gaat het om?

- 1.1 [verzoekster] was in dienst bij Centric als directeur/bedrijfsleider. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is door Centric opgezegd. [verzoekster] vindt dat niet terecht maar berust inmiddels wel in het einde van haar dienstverband. [verzoekster] vindt wel dat aan haar in verband met dat ontslag en de gang van zaken een aantal vergoedingen (onder meer een transitievergoeding van € 201.984 en een billijke vergoeding van € 1.134.656) toekomt. Volgens [verzoekster] heeft Centric jegens haar ernstig verwijtbaar gehandeld. Centric is het daar niet mee eens. Volgens Centric heeft juist [verzoekster] ernstig verwijtbaar gehandeld en heeft zij daarom geen aanspraak op die vergoedingen.

Wat heeft de kantonrechter beslist?

- 1.2 De kantonrechter heeft Centric op drie punten in het gelijk gesteld als het gaat om ernstig verwijtbaar handelen door [verzoekster] (kort gezegd: het aan zichzelf laten uitbetalen van een bonus over 2018, het toekennen van schadevergoeding aan [B] en het zichzelf toekennen van een salaris bij Wagner Solar GmbH). De gevraagde transitievergoeding is daarom afgewezen. Wel is Centric veroordeeld om een billijke vergoeding van in totaal € 44.064 bruto (vijf maandsalarissen, waarbij de bonus niet is meegeteld) aan [verzoekster] te betalen, omdat Centric de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd zonder de vereiste instemming van [verzoekster], wat ernstige verwijtbaarheid aan de kant van Centric oplevert. Aan [verzoekster] zijn verder vergoedingen in verband met mobiliteitsbudget en onkosten toegevoegd en de gevraagde wettelijke verhoging en rente. Deze veroordeling van Centric is uitvoerbaar bij voorraad verklaard, wat betekent dat [verzoekster] niet op de uitkomst van het hoger beroep hoeft te wachten om de billijke vergoeding en de andere vergoedingen bij Centric te innen. Ieder moest zijn eigen proceskosten dragen. Al het andere is door de kantonrechter afgewezen.

Waarover gaat het in hoger beroep?

- 1.3 Tegen de beslissing van de kantonrechter is [verzoekster] opgekomen in hoger beroep. Zij verzoekt het hof om alsnog Centric te veroordelen om de gevraagde transitievergoeding en (hogere) billijke vergoeding aan haar te betalen, net als de proceskosten in beide instanties. Centric op haar beurt verzoekt de billijke vergoeding op nihil te stellen en [verzoekster] te veroordelen om terug te betalen wat zij inmiddels al betaald heeft gekregen, met de rente daarover en de proceskosten (van beide instanties). Ook in hoger beroep draait de zaak vooral om de vraag wie ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Waar komt de beslissing van het hof op neer?

- 1.4 Het hof komt ook tot het oordeel dat [verzoekster] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens Centric op dezelfde drie punten en dat aan haar om die reden geen transitievergoeding toekomt. Net als de kantonrechter wijst het hof het verzoek om een billijke vergoeding wel gedeeltelijk toe, maar de billijke vergoeding voor [verzoekster] valt nu hoger uit. Dat komt niet alleen omdat het hof de bonus wel meetelt, maar vooral ook omdat het hof naast de opzegging die niet volgens de regels was kijkt naar drie andere ernstige verwijten die Centric treffen in haar handelen tegenover [verzoekster]. Het gaat om het doorspelen salarisgegevens van [verzoekster] aan de media, het plaatsen van informatie over het conflict met [verzoekster] op de bedrijfswebsite en het doorzoeken van de e-mail van [verzoekster]. Daarom komt het hof tot een billijke vergoeding van € 100.000 bruto, door Centric aan [verzoekster] te betalen.
- 1.5 Deze beslissing en de weg daarheen worden hieronder verder uitgewerkt en toegelicht.

2 Het geding in eerste aanleg

Hoe in eerste aanleg de procedure is verlopen, wat er door de kantonrechter is beslist en waarop dat was gebaseerd is te lezen in de beschikking van de kantonrechter (rechtbank Overijssel, locatie Almelo) van 12 maart 2020 (hierna ook aangeduid als: de bestreden beschikking). Hierna wordt, voor zover van belang het een en ander daaruit aangehaald.

3. Het geding in hoger beroep

- 3.1 Het verloop van de procedure is als volgt:
- het beroepschrift (met producties 1 tot en met 43) van 11 juni 2020, ter griffie ontvangen op 12 juni 2020;
 - het verweerschrift, tevens "tegenverzoek"/incidenteel hoger beroepschrift (met producties A tot en met L);- het verweerschrift in het incidentele beroep (met producties 44 en 45);
 - nagekomen producties (46 tot en met 49) aan de zijde van [verzoekster];
 - een schriftelijke reactie van Centric op het verweerschrift in het incidentele beroep (met producties M tot en met O) en
 - de op 23 september 2020 gehouden mondelinge behandeling waarbij beide partijen spreekantekeningen hebben overgelegd.
- 3.2 Het hof heeft beschikking (nader) bepaald op vandaag
- 3.3 [verzoekster] heeft in haar hoger beroepschrift verzocht de beschikking van de kantonrechter te vernietigen "voor zover deze nadelig is voor [verzoekster]" en bij beschikking (voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad) aan [verzoekster] toe te kennen een transitievergoeding van € 201.984 bruto en een billijke vergoeding van € 1.134.656 bruto, met veroordeling van Centric in de proceskosten in beide instanties (met nakosten).
- 3.4 Centric verzoekt het hoger beroep van [verzoekster] ongegrond te verklaren en de door de kantonrechter toegekende billijke vergoeding te verlagen naar nihil, met veroordeling van [verzoekster] om het betaalde bedrag van € 44.064 aan Centric terug te betalen, met rente en proceskosten in beide instanties. Hiertegen voert [verzoekster] verweer.
- 3.5 Op de onderbouwing die partijen hebben gegeven aan hun standpunten (de verzoeken, de grieven en de verweren daartegen) wordt hierna, voor zover dat van belang is voor de beslissing, ingegaan per onderwerp.

4 De feiten

- 4.1 De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking de feiten vastgesteld (onder 4.1 tot en met 4.8). In hoger beroep bestaat daarover op zichzelf geen discussie. Voor de leesbaarheid van deze beslissing zet het hof hier nog eens de belangrijkste feiten op een rij, (met enkele kleine aanvullingen), waarover partijen het eens zijn.
- 4.2 Centric is een vennootschap van de heer [C] (hierna: [C]) en houdt zich bezig met advisering en ondersteuning op het gebied van informatietechnologie. [C] staat aan het hoofd van een concern, waarvan bijvoorbeeld ook Strukton deel uitmaakt. [C] is bestuurder en enig aandeelhouder van [C] Holding B.V. (hierna: Sanderink Holding). Sanderink Holding is bestuurder en enig aandeelhouder van Dutch Solar Systems Beheer B.V. (hierna: DSS Beheer). [C] is het enige lid van de Raad van Commissarissen (RvC) van DSS Beheer. DSS Beheer is op haar beurt bestuurder en enig aandeelhouder van Dutch Solar Systems B.V. (hierna: DSS). Sanderink Holding B.V. is voorts enig aandeelhouder van de Duitse vennootschap Wagner Solar GmbH (hierna: Wagner Solar).
- 4.3 [verzoekster] (huidige leeftijd: 66 jaar) heeft een beroepsmatige achtergrond in het juridisch onderwijs. Zij is op 1 augustus 2003 in loondienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Centric als voltijds directeur/bedrijfsleider. De arbeidsovereenkomst bevat een verwijzing naar de wettelijke opzegtermijnen voor

de werknemer en de werkgever. [verzoekster] was daarvoor al (volledig) gevolmachtigde van DSS Beheer en vanaf 1 november 2016 haar statutair bestuurder. [verzoekster] was voorts tot 13 mei 2019 de *Geschäftsführer* (uitvoerend directeur) van Wagner Solar.

- 4.4 Tussen [verzoekster] en [C] bestond lange tijd, naast de zakelijke samenwerking, een persoonlijke partnerrelatie. Die is op enig moment verbroken en overgegaan in een vriendschappelijke band, met voortzetting van de zakelijke samenwerking. Vanaf eind 2018 zijn de verhoudingen tussen [verzoekster] en [C] (ernstig) verslechterd. Dat heeft gevolgen gehad voor de zakelijke samenwerking en de arbeidsrelatie en is tot op de dag van vandaag een bron van talrijke conflicten en procedures. [verzoekster] heeft zich op 9 april 2019 ziekgemeld.
- 4.5 [verzoekster] is op 13 mei 2019 ontslagen als *Geschäftsführer* van Wagner Solar. Bij besluit van de aandeelhoudersvergadering van DSS Beheer van 16 mei 2019 is [verzoekster] met onmiddellijke ingang ontslagen als haar statutair bestuurder, nadat zij eerder, op 9 mei 2019, was geschorst door haar RvC (feitelijk dus door [C]). Met dit besluit beoogde [C] tegelijkertijd de arbeidsovereenkomst tussen [verzoekster] en Centric te beëindigen. Bij kortgedingvonnis van 26 juli 2019 heeft de kantonrechter overwogen dat de arbeidsovereenkomst door het ontslagbesluit niet was geëindigd, vanwege het opzegverbod bij ziekte.
- 4.6 Centric heeft haar arbeidsovereenkomst met [verzoekster] (na haar herstelmelding) op 6 september 2019 opgezegd tegen 31 januari 2020, vanwege verwijtbaar handelen of nalaten van [verzoekster], disfunctioneren, een verstoorde arbeidsverhouding en een verschil van inzicht over het te voeren beleid.

5 Het verzoek/de verzoeken aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan

- 5.1 [verzoekster] heeft de kantonrechter verzocht (samengevat):
 - om voor recht te verklaren dat Centric geen rechten meer kan ontleen aan het non-concurrentie- en relatiebeding zoals dat is opgenomen in artikel 7 van de arbeidsovereenkomst en in de personeelsgids en
 - om Centric te veroordelen aan haar te betalen:
 - a. een transitievergoeding van € 201.984 (bruto),
 - b. een billijke vergoeding van € 1.134.656 (bruto),
 - c. het mobiliteitsbudget van € 1.500 (bruto) per maand,
 - d. de onkostenvergoeding van € 27,50 (netto) per maand,
(de posten c. en d. vanaf mei 2019 tot het einde van de arbeidsovereenkomst)
 - e. de wettelijke rente over de posten a. t/m d. en de wettelijke verhoging over post c en
 - f. de volledige advocaatkosten, of in elk geval de proceskosten.
- 5.2 De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking Centric veroordeeld om tegen bewijs van kwijting aan [verzoekster] te betalen € 44.064 bruto aan billijke vergoeding, € 3.435 bruto aan mobiliteitsbudget, en € 247,50 netto aan onkostenvergoeding al deze bedragen vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de negende dag na vandaag tot de dag van de betaling en het mobiliteitsbudget van € 3.435 vermeerderd met de wettelijke verhoging van 25%. De proceskosten zijn gecompenseerd in die zin dat beide partijen de eigen kosten dragen en het meer of anders verzochte is afgewezen.

6 De beoordeling in hoger beroep

Uitgangspunten en toetsingskaders

- 6.1 Centric heeft met een brief van 6 september 2019 de arbeidsovereenkomst met [verzoekster] opgezegd tegen 31 januari 2020. Tussen partijen is niet (langer) in geschil dat deze opzegging niet volgens de wettelijke regels (artikel 7:671 BW) is gebeurd, omdat in dit geval schriftelijke instemming van [verzoekster] met deze opzegging vereist was, en dat zij die niet heeft gegeven. Ook geen van de mogelijkheden voor opzegging zonder instemming van de werknemer doet zich voor. Dat betekent dat [verzoekster] de keuze had om de opzegging aan te vechten (door de kantonrechter te verzoeken de opzegging te vernietigen) of om in plaats daarvan een billijke vergoeding te verzoeken (artikel 7:681, eerste lid, onder a, BW). [verzoekster] berust in het einde van haar arbeidsovereenkomst en heeft voor dat laatste gekozen. In hoger beroep gaat het uitsluitend nog om die billijke vergoeding en om de transitievergoeding, waar [verzoekster] ook om heeft verzocht.
- 6.2 Zoals ook de kantonrechter heeft overwogen heeft [verzoekster] in beginsel recht op een transitievergoeding, omdat zij langer dan twee jaren bij Centric in dienst is geweest. Dat volgt uit de wet (artikel XII overgangsrecht transitievergoeding) en het op grond daarvan toepasselijke artikel 7:673 BW zoals dat tot 1 januari 2020 luidde. Op die hoofdregel bestaat wel een belangrijke uitzondering [verzoekster] heeft geen recht op een transitievergoeding als het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van haar ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (artikel 7:673, zevende lid, aanhef en onder c, BW). Tussen het eindigen van de arbeidsovereenkomst en het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten moet dus een causaal verband bestaan. Maar ook als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van [verzoekster] en dit heeft geleid tot het eindigen van de arbeidsovereenkomst bestaat er weer een uitzondering: het verzoek om toekenning van de transitievergoeding wordt dan toch niet afgewezen als die uitkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat betekent dat er uiteindelijk toch nog een afweging plaatsvindt waarbij nog eens goed naar alle feiten en omstandigheden wordt gekeken om te zien of zich een dergelijke (zeer) uitzonderlijke situatie voordoet.
- 6.3 Waar bij de discussie over de transitievergoeding dus met name de vraag centraal staat of [verzoekster] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens Centric (en dit handelen heeft geleid tot het einde van de arbeidsovereenkomst) gaat het bij het geschil over de billijke vergoeding vooral over de vraag of Centric jegens [verzoekster] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Een opzegging van een arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 7:671 BW kan op grond van artikel 7:681, eerste lid, aanhef en onder a, BW ertoe leiden dat aan een werknemer een billijke vergoeding wordt toegekend. Voor het ontstaan van de aanspraak op een billijke vergoeding is vereist dat aan Centric als de werkgever in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever ligt in elk geval al besloten in de in strijd met de wet gedane opzegging. Maar ook andere omstandigheden kunnen hierbij worden betrokken, voor zover die verband houden met het einde van de arbeidsovereenkomst. Het gaat immers erom dat de werknemer wordt gecompenseerd voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, en dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten kan aanvullend ook zijn gelegen in andere omstandigheden dan in een opzegging in strijd met de wet. De billijke vergoeding is er niet om de werkgever te "straffen", maar kan wel mede ten doel hebben om onjuist handelen jegens werknemers voor de toekomst te ontmoedigen. De (hoogte van de) billijke vergoeding dient aan te sluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. In de hierover te nemen beslissing zal het hof inzicht geven in de omstandigheden die daarin worden betrokken.

- 6.4 Kortom: voor de beoordeling van de zaak zal, met toepassing van de toetsingskaders die hiervoor zijn geschetst, moeten worden gekeken naar hetgeen partijen over en weer aan feiten en omstandigheden aanvoeren ter onderbouwing van hun standpunten, zowel voor als tegen toewijzing van de verzoeken om een transitievergoeding en een billijke vergoeding. Het debat over wel of niet ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan beide kanten staat daarbij ook in hoger beroep op de voorgrond. Het principaal en incidenteel hoger beroep zullen hieronder gelijktijdig worden besproken, waarbij de grieven niet afzonderlijk maar per onderwerp aan bod zullen komen.

Achtergrond van het geschil

- 6.5 In deze zaak is sprake van een diepgeworteld en verstrekkend arbeidsconflict dat niet alleen met zakelijke/werk gerelateerde aspecten te maken heeft, maar waarbij ook persoonlijke aspecten (de gewezen relatie/vriendschap tussen [C] en [verzoekster]) een belangrijke rol spelen. Partijen maken elkaar over en weer een groot aantal verwijten, weerspreken dat zij zelf fouten hebben gemaakt of vragen het hof hun fouten te plaatsen in de context van wat de andere partij heeft gedaan. Hoe uitvoerig en verstrekkend die verwijten zijn blijkt alleen al uit de brief van 6 september 2019 van Centric waarmee de arbeidsovereenkomst is opgezegd. Die brief bevat 25 verwijten aan het adres van [verzoekster] , waarbij het laatste verwijt luidt: “*tal van andere misdragingen en verzwijgingen*”. Andersom maakt [verzoekster] ook veel verwijten aan Centric. Tussen partijen woedt, zoals ook de kantonrechter al heeft overwogen, een intense rechtsstrijd. De intensiteit ervan komt tot uiting in het veelvoud aan procedures tussen partijen, en publicaties in kranten en tijdschriften. Centric is er bijvoorbeeld van overtuigd dat [verzoekster] ernstig heeft gefraudeerd, wat door [verzoekster] met klem wordt ontkend. [verzoekster] schrijft de ontstane situatie van vertrouwensbreuk en beschuldigingen vooral toe aan de nieuwe relatie van [C] , wat voor Centric weer een onaanvaardbare lezing is.
- 6.6 De kentering in de voorheen goede verhoudingen werd ingezet, zoveel staat wel vast, medio november 2018. Op 11 november 2018 heeft een telefoongesprek plaatsgevonden waarbij [C] in harde bewoordingen [verzoekster] een aantal zaken voor de voeten heeft geworpen. Over de exacte inhoud van het gesprek zijn partijen het niet eens, maar in elk geval hadden de door [C] geuite beschuldigingen te maken met allerlei verschillende vermoedens van malversaties, in verband met toegang van [verzoekster] tot de iPhone van [C] , relaties van [verzoekster] in Gambia, het aantreffen van gegevens van Strukton op een server in Gambia en het ontbreken van € 700.000 bij DSS. Ook is op zichzelf niet in geschil dat [C] daarbij heeft gezegd dat “*er een onderzoek ingesteld zal worden naar de administraties van de door [verzoekster] geleide vennootschappen*”. Dat is ook gebeurd: de heer [D] (financieel directeur van een van de bedrijven van [C]) is daarvoor vervolgens ingeschakeld. Daarna zijn nog verschillende financiële onderzoeken verricht in opdracht van Centric en ook [verzoekster] heeft zich tot een forensisch accountant gewend, alles in verband met fraudeverdenkingen. De lijst met verwijten is daarna alleen maar gegroeid, een en ander is in de media terechtgekomen en vanaf het voorjaar van 2020 zijn partijen dan wel [verzoekster] en [C] met elkaar verward geraakt in een veelvoud aan procedures (behalve onderhavige kwestie onder meer betreffende smaad, laster, executiegeschillen over dwangsommen, aandelen, onrechtmatig handelen en terugbetaling van de bonus).

De transitievergoeding

- 6.7 De kantonrechter heeft er bij de beoordeling van het verzoek om toekenning van een transitievergoeding voor gekozen om (slechts) drie van de 25 door Centric aan [verzoekster] gericht verwijten te bespreken. Dit vanuit de gedachte dat, als komt vast te staan dat deze drie verwijten ernstig verwijtbaar handelen of nalaten betreffen, het recht van [verzoekster] op een transitievergoeding vervalt en de andere verwijten dan dus buiten bespreking kunnen worden gelaten. Tegen die keuze richten partijen zich (ieder vanuit een eigen invalshoek) in hoger beroep. Het hof onderschrijft evenwel deze keuze van de kantonrechter en zal in zoverre langs dezelfde lijnen het geschil beoordelen. In het kader van de kwesties die in dit arbeidsgeschil voorliggen is het immers niet aan het hof om voor alle twistpunten uit te maken wie er gelijk heeft. De in dit verband te verrichten beoordeling beperkt zich tot de vraag of de transitievergoeding, waarop [verzoekster] in beginsel recht heeft, toch niet aan haar toekomt, omdat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van haar, ernstig verwijtbaar, handelen of nalaten. Dergelijke ernstige verwijtbaarheid kan, afhankelijk van de aard en ernst van de verweten gedragingen en de overige omstandigheden, gelegen zijn in één enkel feit of een beperkt aantal feiten. In het geheel aan beschuldigingen zal dus gekeken moeten worden of er sprake is van concrete en onderbouwde verwijten die van een zodanige aard en ernst zijn dat er geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding. De drie verwijten waarop in eerste aanleg de beoordeling is gebaseerd lenen zich in dat licht voor de toets die het hof te verrichten heeft.
- 6.8 Dit betekent dat ook in hoger beroep zal worden gekeken naar de volgende drie verwijten aan [verzoekster] , die door Centric genoemd zijn in de opzeggbrief van 6 september 2019 in de volgende bewoordingen:
- het aan zichzelf laten betalen van een bedrag van € 72.348 van een bankrekening van DSS, terwijl [verzoekster] daarop jegens DSS geen enkele aanspraak kon maken;
 - het zichzelf toekennen van salaris bij Wagner Solar en
 - het toekennen van een onrealistisch hoge schadeloosstelling bij ontslag aan een medewerker ([B]) van € 500.000.

- 6.9 Bij het bespreken van deze verwijten gaat ook het hof uit van het volgende. Alle drie de verwijten zien op gedragingen van [verzoekster] in de periode na het telefoongesprek van 11 november 2018. Hoewel bijna alles wat er in dit gesprek is gezegd stof voor discussie oplevert, was het door dat telefoongesprek in elk geval wel volkomen duidelijk dat er sprake was van een ernstige vertrouwensbreuk, die zijn weerslag zou hebben op de samenwerking. Dat werd ook bevestigd door de ontwikkelingen die snel volgden op dit telefoongesprek (onderzoeken naar fraude, meer en andere beschuldigingen, media-aandacht en tenslotte procedures). Waar voorheen werd samengewerkt op basis van vertrouwen en met afstemming waar nodig ten aanzien van beslissingen die [verzoekster] als bestuurder zou nemen, lag niet meer in de rede dat als vanouds op deze voet zou worden voortgegaan. Uit haar eigen verklaringen blijkt ook wel dat [verzoekster] zich dat al vrij snel realiseerde. Die achtergrond is van belang bij het duiden van de verweten handelingen.

Het aan zichzelf laten betalen van een bedrag van € 72.348

- 6.10 Vast staat inmiddels wel dat [verzoekster] jaarlijks van Centric een bonus ontving ter hoogte van 10% van het resultaat van DSS. Op 6 mei 2019 is vanaf een bankrekening van DSS een (netto) bedrag van € 72.348 naar een bankrekening van [verzoekster] overgeboekt, met als omschrijving ‘winstdeling 2018’. Deze betaling is uitgevoerd door [B] , toen nog commercieel directeur in dienst van DSS Beheer (hierna: [B]). Daar was het volgende aan vooraf gegaan. Bij brief van 9 april 2019 heeft de accountant van DSS Beheer, de heer [E] (verder: [E]), een ‘pré-concept verslag’ over het boekjaar 2018 uitgebracht. In dit ‘pré-concept’ is aan bonussen een bedrag van € 112.349 opgenomen, waarvan blijkbaar € 72.348 bruto voor [verzoekster] . Op 17 april 2019 heeft mevrouw [F] , administratief medewerker/controller van DSS en Centric (verder: [F]), de bonusberekening opgesteld en aan [verzoekster] doorgegeven. Vervolgens heeft [verzoekster] aan een administratieve kracht van DSS, mevrouw [G] (hierna: [G]), opdracht gegeven om de betaling van de bonus aan haar, [verzoekster] , uit te voeren. [G] weigerde dit, omdat zij van [verzoekster] eerder had vernomen dat laatstgenoemde vermoedelijk zou worden ontslagen. [G] heeft op 6 mei 2019 aan [B] geschreven: “*[verzoekster] heeft een mail gestuurd met daarin informatie over ontslag. Wij, [H] en ik zijn nu ook op de hoogte. Door deze informatie te hebben gekregen denk ik niet de persoon te zijn om de bonus, die normaliter via een factuur van Centric gaat over te maken aan [verzoekster] . Dit geeft aanleiding tot niet overmaken van de bonus die normaal via een factuur van Centric gaat.*” Vervolgens heeft [B] , die inmiddels net als

[verzoekster] in een conflict met [C] verzeild was geraakt, de overboeking op verzoek van [verzoekster] verricht.

- 6.11 Zoals de kantonrechter heeft overwogen is uit de stukken en de daarop gegeven toelichtingen over en weer af te leiden dat [C] in eerdere jaren de bonus goedkeurde, soms vooraf en soms achteraf. Duidelijk is, zoals ook [G] begreep, dat in mei 2019 de omstandigheden waren veranderd en dat de uitvoering van de betaling ook anders dan anders werd aangepakt. [verzoekster], zoveel blijkt wel uit haar verklaringen, koos er in mei 2019 bewust voor om [C] (en daarmee Centric) bij het uitbetalen van de bonus erbuiten te houden, juist omdat [verzoekster] problemen verwachtte. Ook het hof acht dit in de gegeven omstandigheden ernstig verwijtbaar. Het op deze wijze aan zichzelf laten uitkeren van een bonus is niet te rijmen met goed werknemerschap, ook gelet op de volgende omstandigheden. In mei 2019 wist [verzoekster] dat [C] grote vraagtekens zette bij de gang van zaken binnen de door [verzoekster] bestuurde vennootschappen en dat Centric opdracht had gegeven voor onderzoek naar de gang van zaken bij DSS, wat mogelijk gevolg zou hebben voor de vaststelling van de jaarrekening (en het bedrijfsresultaat waarvan de bonus afhankelijk was). Zij wist ook dat [C] (vóór 6 mei 2019) de getrouwheid van de concept-jaarrekening van [E] in twijfel had getrokken waarop de bonusberekening was gebaseerd. Kortom: de aanspraak op de bonus stond nog niet vast. [verzoekster] ging er, vanwege alle verwickelingen, van uit dat [C] de bonus niet aan haar zou willen laten uitkeren. [G] weigerde de betaling die niet als gebruikelijk via een factuur van Centric zou verlopen, te verrichten. Toch heeft [verzoekster] ervoor gezorgd dat het op basis van de conceptcijfers berekende bonusbedrag aan haar werd overgemaakt, dit keer vanaf de bankrekening van DSS. Zelfs als in eerdere jaren de bonus ook wel eens zonder de uitdrukkelijke toestemming van [C] aan haar was betaald en ook als er volgens haar geen steekhoudende reden was om te twijfelen aan de cijfers van [E] had [verzoekster] zich, in de grezen conflictsituatie en daaruit voortvloeiende tegengestelde belangen, ervan moeten weerhouden om zich op deze wijze de bonus toe te eigenen.
- 6.12 In hoger beroep voert [verzoekster] opnieuw aan dat instemming van [C] formeel niet was vereist en geeft zij nogmaals een uitvoerige onderbouwing van de juistheid van de cijfers en de rechtmatigheid van haar aanspraak op de bonus over 2018. Ook als de gegevens waaraan [verzoekster] haar bonusaanspraak ontleent juist zouden zijn doet dat niet af aan het aspect van de verwijtbaarheid van de toe-eigening zoals die hierboven, evenals in de bestreden beschikking, is beoordeeld.
- 6.13 [verzoekster] legt het zwaartepunt van haar bezwaren tegen de oordelen in eerste aanleg op dit punt bij het ontbreken van verwijtbaarheid, omdat zij in het nauw gedreven was (in de woorden van [verzoekster]: *“Een kat in het nauw maakt rare sprongen”*). [verzoekster] verzoekt het hof een en ander in de volgende context te plaatsen. Op veel fronten was er een ongekende aanval op haar ingezet door [C], met onterechte, ernstige, publiek gemaakte beschuldigingen en verdachtmakingen, het afkoersen op haar ontslag, en het vanaf 1 mei 2019 stopzetten van de betalingen waarop zij recht had. Met het laten overmaken van € 72.348 aan zichzelf deed [verzoekster] niets verkeers, omdat dit bedrag haar toekwam en van [C] niet te verwachten viel dat hij dit eerlijk en netjes door Centric zou laten uitbetalen.
- 6.14 Het hof volgt deze redenering niet, omdat dit in feite neerkomt op eigenrichting. Als [verzoekster] een gegronde vordering had op Centric ter zake van de resultaatsafhankelijke bonus en als zij daarvan buiten rechte geen betaling had kunnen verkrijgen, dan stond haar de weg naar de rechter open (zoals zij die ook voor de in deze procedure verzochte vergoedingen heeft bewandeld en waarbij Centric de door de kantonrechter toegewezen billijke vergoeding ook heeft voldaan). De ontstane druk door het oplopende conflict en de rol daarin van [C] maken niet dat [verzoekster] op welke wijze dan ook mocht veiligstellen wat volgens haar aan haar toekwam. Dit betekent dat de ernstige verwijtbaarheid ten aanzien van deze gedraging overeind blijft.

Het zichzelf toekennen van een salaris bij Wagner Solar

- 6.15 Vast staat dat [verzoekster] vanaf juli 2014 tot 13 mei 2019 *Geschäftsführer* was van Wagner Solar. Deze functie behoorde tot het takenpakket van [verzoekster] waarvoor zij van Centric haar salaris ontving. Een afzonderlijk salaris werd aan haar voor deze functie niet uitbetaald. Op 1 maart 2019 heeft [verzoekster] namens Wagner Solar met zichzelf, in haar hoedanigheid van *Geschäftsführer* een arbeidsovereenkomst gesloten. De arbeidsvoorwaarden die daarin zijn vastgelegd behelzen onder meer een jaarsalaris van € 70.000 bruto en een ‘vertrekpremie’ van € 25.000 bruto (voor elk volgeemaakt dienstjaar vanaf 2014). [verzoekster] heeft voor dit alles geen instemming gevraagd van [C], in zijn hoedanigheid van bestuurder en eigenaar van Sanderink Holding, de aandeelhouder van Wagner Solar. Op 29 april 2019 is door Wagner Solar aan [verzoekster] salaris over de maanden maart en april 2019 betaald, in totaal € 8.319,88 netto. Op 13 mei 2019 is [verzoekster] met onmiddellijke ingang als *Geschäftsführer* ontslagen.
- 6.16 Op zichzelf is niet (langer) in geschil dat [verzoekster] het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden eerst met [C] (Holding B.V.) had behoren af te stemmen. Dat dit niet is gebeurd is door de kantonrechter als ernstig verwijtbaar aangemerkt. [verzoekster] erkent dat een en ander niet de ‘schoonheidsprijs’ verdient, maar volgens haar is dit niet ernstig verwijtbaar in de gegeven omstandigheden. Zij voert daartoe een aantal argumenten aan.
- 6.17 Volgens [verzoekster] is met het aangaan van de arbeidsovereenkomst de bestaande situatie slechts aangepast aan de naar Duits recht geldende vereisten. [verzoekster] werkte op basis van detachering vanuit Centric bij Wagner Solar, maar dat was nooit in een overeenkomst vastgelegd en er was ook geen vergunning voor, zoals naar Duits recht (het *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*) is vereist. Nu er geen formele aanstelling bestond was deze detachering ongeldig. Gelet op de positie van een uitvoerend directeur, met de zeer beperkte wettelijke bescherming die de Duitse wet (het *Bürgerliches Gesetzbuch*) biedt, is het naar Duits recht gebruikelijk om met een *Geschäftsführer* een *Dienstvertrag* (arbeidsovereenkomst) aan te gaan. Nu een formele aanstelling ontbrak was de positie van [verzoekster] bij Wagner Solar niet rechtsgeldig, althans niet in lijn met Duits recht, en ontbrak het [verzoekster] bij de uitoefening van haar functie aan de nodige bescherming. Bovendien was tussen partijen bij aanvang afgesproken dat, indien [verzoekster] erin zou slagen om met Wagner Solar een goed resultaat te boeken, zij voor deze extra werkzaamheden beloond zou worden met een 10% bonus. Dat goede resultaat is al vanaf 2017 gelukt, maar Centric is deze afspraak nooit nagekomen. Bovendien zou het bedrijf door [C] aan haar worden nagelaten, maar [C] wijzigde in januari 2019 dit onderdeel van zijn testament ten nadele van [verzoekster], aldus - nog steeds - [verzoekster]. Centric weerspreekt dit alles.
- 6.18 Hetgeen door [verzoekster] is aangevoerd doet er niet aan af dat [verzoekster] de arbeidsovereenkomst met Wagner Solar eerst met [C] had moeten afstemmen voor deze werd aangegaan, en dat geldt zeker ook voor de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden. De uitwisselingen per e-mail van 5 mei 2019 tot en met 6 mei 2019 (productie 20v eerste aanleg, Centric) tussen [verzoekster] en [I] (*Prokurist* bij Wagner Solar, hierna: [I]) laten duidelijk zien dat zij een en ander juist niet bij [C] (en daarmee ook bij Centric, haar werkgever) bekend wilde laten worden:
[verzoekster]: *“Hallo [I], Ich sehe jetzt das [C] gefragt hat nach alle Konto Auszüge bis heute. Hast du auch 2019 geschickt? Hoffentlich nur bis 2018?”*
[I]: *“Bis 2019 (...)”*
[verzoekster]: *“Dan sieht er auch mijn Gehalt?”*
[I]: *“Ich fürchte, ja (...)”*
[verzoekster]: *“Das hättest du nie bis 2019 machen müssen! Er kan ohne weitere info nichts mit die Konten, nur Elend.”*
- 6.19 Deze uitwisseling verhoudt zich niet met de goede trouw die van [verzoekster] mocht worden verwacht. Uit het geheel blijkt veeleer dat de arbeidsovereenkomst tussen [verzoekster] en Wagner Solar de strekking had om haar belangen te beschermen, dan dat deze formalisering nodig was om de situatie in overeenstemming te brengen met Duits recht. Dat laatste had immers geen aanleiding voor geheimzinnigheid richting [C] hoeven zijn. Uit de door [verzoekster] in hoger beroep gegeven toelichting blijkt evenmin dat het Duitse recht het aangaan van een arbeidsovereenkomst vereist. Hoe dan ook is niet gebleken dat Duits recht de overeengekomen arbeidsvoorwaarden voorschrijft, waaronder de vertrekregeling die op 1 maart 2019 al een waarde

vertegenwoordigde van in elk geval € 100.000 (rekening houdend met vier volgemaakte dienstjaren van [verzoekster] in de periode van 2015 tot en met 2018). Het hof acht deze handelingen van [verzoekster], die toch vooral haar eigen (financiële) belang dienden, dan ook ernstig verwijtbaar.

- 6.20 Ook in dit verband voert [verzoekster] aan dat zij door toedoen van [C] in een positie terecht was gekomen dat zij zichzelf diende te beschermen en haar belangen diende veilig te stellen, ook ten opzichte van Centric, DSS en Wagner Solar. Dat zij handelingen heeft verricht die zij in normale arbeids- en vennootschapsrechtelijke verhoudingen niet zonder overleg zou hebben gedaan, is tegen die achtergrond niet ernstig verwijtbaar. [verzoekster] heeft zichzelf niet willen verwijken, noch Wagner Solar, DSS of Centric willen benadelen (integendeel), aldus [verzoekster].
- 6.21 Het hof gaat hierin niet met [verzoekster] mee. Ook als zij in alle opzichten onder vuur was komen te liggen en haar werd ontzegd waar zij recht op had - waarbij van belang is dat ook in dit verband haar aanspraken worden betwist - gaf dit [verzoekster] geen vrijbrief om te proberen zichzelf met het aangaan van deze arbeidsovereenkomst zeker te stellen van een positie en betalingen waarvan zij vond dat haar die toekwamen, zoals de betaling die op 29 april 2019 is verricht. Ook hier stonden de wegen van het recht voor haar open. [verzoekster] wijst erop dat het bij deze ene salarisbetaling is gebleven, maar mede gelet op haar ontslag als *Geschäftsführer* twee weken daarna doet dat niet af aan de ernstige verwijtbaarheid.

De exit regeling voor [B] (€ 500.000 bij zijn ontslag)

- 6.22 Een ander verwijt dat Centric aan [verzoekster] maakt is dat zij in strijd met de statutaire regels in een gunstige regeling heeft voorzien voor een collega die in het conflict met [C] aan haar kant stond. [B] (destijds commercieel directeur bij DSS Beheer, daarvoor bij DSS) en [verzoekster] werkten nauw met elkaar samen bij DSS. Toen de strijd tussen [C] en [verzoekster] was losgebarsten raakte [B] daarin ook betrokken en stond hij aan dezelfde kant als [verzoekster]. Zoals hiervoor is overwogen heeft op 11 november 2018 een telefoongesprek tussen [verzoekster] en [C] plaatsgevonden dat de verhoudingen volledig heeft veranderd. Eén van de beschuldigingen die [C] in dat gesprek aan [verzoekster] voor de voeten wierp was dat er een verschil was geconstateerd in de jaarrekening van 2017 van DSS van € 700.000 en dat de geconsolideerde cijfers niet klopten. [C] hield [verzoekster] hiervoor verantwoordelijk. In de periode daarna (november/december 2018) werd [B] hierover gebeld door [C]. [B] heeft vervolgens op 21 december 2018 ten behoeve van [verzoekster] een schriftelijke verklaring opgesteld, waarin hij het opnam voor [verzoekster]. Die verklaring is ingebracht in een procedure tussen [verzoekster] en [C] waarin [verzoekster] rectificatie heeft gevorderd van door [C] gedane uitingen wegens smaad en laster. Vanaf dat moment is ook [B] bij [C] in een kwaad daglicht komen te staan en volgen allerlei verwickelingen elkaar op, uiteindelijk uitlopend in een (tweemaal gegeven) ontslag op staande voet van [B], later door de kantonrechter vernietigd.
- 6.23 Door Centric is een stuk overgelegd (productie 39 eerste aanleg, Centric) met de aanhef: 'Exit regeling bij ontslag [B], 08-02-2019' Onder het stuk staat de naam van [verzoekster] met de vermelding van haar hoedanigheid als directeur/bestuurder van DSS, met daarbij een handtekening. De tekst van het stuk luidt als volgt:
*"Deze regeling dient bij het arbeidscontract bewaard te worden en gaat in, in het geval [B] ontslagen wordt, anders dan bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, uit zijn functie als directeur.
Bij ontslag van [B], buiten ontslag om met wederzijds goedvinden, is DSS BV verplicht hem als exit vergoeding € 500.000 (vijfhonderdduizend euro) uit te betalen als vergoeding.
Deze exit regeling laat onverlet dat de heer [B] zijn eventuele ontslag nog door de (Kanton)rechter op rechtmatigheid kan laten toetsen en naast de genoemde exit-vergoeding een vergoeding toegewezen kan krijgen voor een onrechtmatig gegeven ontslag."*
- 6.24 Gelet op het laatst verdiende loon van [B] dat € 6.213,84 bedroeg, vermeerderd met 8% vakantietoelagen en overige emolumenten, bedraagt deze exit vergoeding meer dan drie keer het jaarsalaris van [B]. Uit artikel 14, derde lid, aanhef en onder m van de akte van oprichting van DSS Beheer (productie 51, eerste aanleg, Centric) volgt dat een dergelijke wijziging van de arbeidsovereenkomst van [B] aan de goedkeuring van de RvC (in dit geval: [C]) was onderworpen. Vast staat dat deze wijziging of het voornemen daartoe niet aan [C] is voorgelegd.
- 6.25 In eerste aanleg heeft [verzoekster] (in reactie op het stuk en het verwijt van Centric, dat zij deze exit regeling heeft opgesteld en ondertekend) op zitting toegelicht dat zij dit heeft gedaan om [B] tegen een mogelijk ontslag door/namens [C] te beschermen. [C] had volgens haar namelijk in een gesprek met haar toenmalige advocaat op 8 februari 2019 gezegd [B] eventueel te willen ontslaan in verband met een door hem ten gunste van [verzoekster] afgelegde verklaring.
- 6.26 In hoger beroep komt [verzoekster] op deze verklaring gedeeltelijk terug, omdat zij naar eigen zeggen bij de kantonrechter was overvallen door dit stuk en het daaraan gekoppelde verwijt en daarbij misschien al te welwillend uit haar haperende herinnering heeft geput. Zij herinnert zich niet het stuk te hebben ondertekend of doorgestuurd. Het betrof slechts een concept van wat als een klokkenluidersregeling moet worden gezien, ter bescherming van een collega die de belangen dient van de vennootschappen waarvoor hij werkt en daarom opstaat tegen onjuist handelen van [C] en juist om die reden dreigt onderuitgehaald te worden. Hoe dan ook heeft [B] zich nooit op dit stuk beroepen, omdat het slechts een concept betrof, aldus [verzoekster].
- 6.27 Vast staat dat deze exit regeling uit de koker van [verzoekster] kwam. Dat [verzoekster] nu stelt niet meer te weten dat zij het stuk heeft ondertekend acht het hof onvoldoende als betwisting van de handtekening die bij haar naam onder de exit regeling staat. [verzoekster] erkent dat zij deze op schrift gestelde en ondertekende exit regeling met [B] heeft besproken. Ook als dit stuk door haar niet zou zijn doorgestuurd is er dus sprake van meer dan een intentie of gedachtenoefening. De door [verzoekster] gebruikte aanduiding 'klokkenluidersregeling' is op deze riante exit regeling voor een collega van [verzoekster] (die haar kant had gekozen) niet van toepassing. Die was toch vooral bedacht om de belangen van [B] veilig te stellen, en daarmee indirect ook die van [verzoekster], die in [B] de steun van een 'lotgenoot' had in het conflict met [C]. Nu er geen voornemen was deze wijziging van de arbeidsovereenkomst van [B] aan de RvC voor te leggen (zoals voorgeschreven) betreft dit ernstig verwijtbaar handelen door [verzoekster]. Ook op dit punt heeft zij zich namelijk bediend van een niet te sanctioneren methode om in de strijd met [C] voor zichzelf (en [B]) op te komen. Door de vertrekregeling in de gegeven omstandigheden zo op te stellen, te ondertekenen en met [B] te bespreken, heeft [verzoekster] gehandeld in strijd met de belangen van DSS Beheer en DSS. Hoewel [verzoekster] aanvoert dat er geen vennootschapsrechtelijke band bestaat tussen Centric en DSS en DSS Beheer raakt deze handelwijze ook Centric, die haar als werkgever bij DSS tewerk had gesteld. Dat [B] ervoor gekozen heeft om zich in zijn eigen procedures niet te beroepen op deze (niet goedgekeurde) wijziging van zijn arbeidsovereenkomst doet aan de ernstige verwijtbaarheid van het handelen van [verzoekster] op dit punt niet af.

Conclusies ten aanzien van de transitievergoeding

- 6.28 Ten aanzien van de hiervoor besproken verwijten aan [verzoekster] geldt, gelet op alles wat is overwogen, dat deze terecht zijn en ook ernstig. Het gaat immers over handelingen die indruisen tegen de regels, in het bijzonder omdat de zeggenschap van [C] is omzeild. De verweten handelingen waren niet gericht op het belang van Centric maar op het veiligstellen van de eigen belangen en het versterken van de eigen positie van [verzoekster]. Met die verweten handelingen zijn substantiële financiële belangen gemoeid. [verzoekster] heeft daarmee het in haar als directeur te stellen vertrouwen geschaad. Ook als [verzoekster] zich in het nauw gedreven voelde had zij op een andere wijze, binnen de geldende regels en afspraken, moeten zoeken naar een uitweg [verzoekster], die van huis uit jurist is, heeft nadien er ook blijk van gegeven die weg te kunnen vinden. Dit alles maakt dat er sprake is van verwijtbaar handelen (op in elk geval drie punten) van een zodanige ernst dat (mede) dit heeft geleid tot het eindigen van de arbeidsovereenkomst, waarmee [verzoekster] haar aanspraak op een transitievergoeding daarmee in beginsel heeft verspeeld.

- 6.29 Volgens [verzoekster] is afwijzing van de verzochte transitievergoeding een uitkomst die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:673, achtste lid, BW). Zij wijst ook in dit verband op de uitzonderlijk hevige strijd die tussen haar en [C] was losgebarsten. Daarbij kwam zij, tot dan toe een geëerd directeur, die van de door haar geleide ondernemingen een succes had gemaakt, van de ene dag op de andere terecht in een spervuur van onterechte beschuldigingen en een mediacircus. Door [C] werd geen middel geschuwd om alles wat zij had opgebouwd aan positie binnen Centric, DSS en Wagner Solar teniet te doen. [verzoekster] bevond zich zo ineens op 65-jarige leeftijd, na een grote en onberispelijke inzet voor Centric gedurende 17 jaar, in een situatie waarin zij alles kwijtraakte. Om haar af te rekenen op fouten die zij mogelijk in die uitzonderlijke omstandigheden heeft gemaakt door haar geen transitievergoeding toe te kennen is onaanvaardbaar, aldus [verzoekster].
- 6.30 Het hof komt na afweging van alle relevante omstandigheden, dus ook die door [verzoekster] zijn genoemd, tot het oordeel dat het afwijzen van de verzochte transitievergoeding geen uitkomst oplevert die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarvoor is de inzet van 'oneigenlijke strijdmiddelen' door [verzoekster] te vergaand geweest. De verwijten die [verzoekster] aan Centric (en/of [C]) maakt zullen overigens deels (ook) nog bij de beoordeling van de verzochte billijke vergoeding aan de orde komen.
- 6.31 Dit betekent dat de afwijzing van de transitievergoeding overeind blijft.

De billijke vergoeding

- 6.32 In sommige gevallen is voor het ontstaan van de aanspraak op een billijke vergoeding uitdrukkelijk vereist dat de werkgever in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In andere gevallen ligt de ernstige verwijtbaarheid besloten in de in de wet omschreven situatie waarin recht op een billijke vergoeding bestaat (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3 p. 80 en nr. 4, p. 61). Art. 7:681 BW behoort tot de laatstgenoemde categorie, de hierna onder rechtsoverwegingen 6.34 tot en met 6.37 te bespreken verwijtbare gedragingen van Centric behoren tot de eerste categorie. Zoals hiervoor is overwogen verzoekt [verzoekster] om toewijzing van een billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen door Centric en ligt die ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever in elk geval al besloten in de in strijd met de wet gedane opzegging. [verzoekster] verwijt Centric in dit kader nog een aantal andere gedragingen tegenover haar. In dit geval kan bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding mee worden gerekend van aan Centric als werkgever in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst ook andere ernstige verwijten kunnen worden gemaakt.
- 6.33 Uit de stukken, zoals die ook in hoger beroep door [verzoekster] zijn toegelicht, is op te maken dat zij vooral [C] verwijten maakt. Het gaat er voor [verzoekster] vooral om dat haar carrière en goede naam om zeep zijn geholpen door een enorme hoeveelheid niet gestaafde beschuldigingen, vaak van sensationele aard, die publiek zijn gemaakt, en om allerlei acties om haar positie te ondermijnen en haar belangen te schaden. Het strijden tegen dat onrecht kost [verzoekster] alle energie, tijd en middelen die zij heeft, aldus [verzoekster]. Hoewel het dit hof niet is ontgaan dat voor veel van de (vergaande) aantijgingen jegens [verzoekster], zoals die uit het dossier blijken, nog altijd niet de daarvoor te verwachten onderbouwing is te vinden, voert het in dit kader te ver om aan een alomvattende waarheidsvinding te doen. Kort gezegd strekt de beoordeling van de verzochte billijke vergoeding er niet toe dat wordt uitgezocht welke van alle beschuldigingen aan het adres van [verzoekster] terecht is gedaan en welke niet. Ook moet een onderscheid worden gemaakt tussen gedragingen van [C] die aan Centric kunnen worden toegerekend en gedragingen die daarbuiten vallen, waarbij wel in het oog moet worden gehouden dat [C] volledige zeggenschap heeft bij Centric. Tussen [C] en [verzoekster] zijn diverse procedures aanhangig zowel in kort geding als in bodemprocedures, waarin op vorderingen die gebaseerd zijn op smaad en laster nog moet worden beslist. Op de uitkomst daarvan kan niet worden vooruitgelopen en voorkomen moet worden dat [verzoekster] ter zake van dezelfde verwijten dubbel wordt gecompenseerd. Van belang in dit verband is slechts of Centric als de werkgever in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In dat licht wordt bekeken wat er door [verzoekster] is aangevoerd en wat Centric daartegenin heeft gebracht.

De relevante verwijten

- 6.34 Met inachtneming van al het voorgaande zal het hof een drietal verwijten van [verzoekster] aan Centric in de beoordeling betrekken.
- het doorsturen van de salaris- en bonusgegevens van [verzoekster] aan een verslaggever van Tubantia;
 - het plaatsen van berichten op de website van Centric over het geschil met [verzoekster] en
 - het doorzoeken van de zakelijke e-mailberichten van [verzoekster] bij Centric.

Doorgeven salarisgegevens aan de pers

- 6.35 Bij het beroepschrift is een e-mailwisseling gevoegd (productie 43) waaruit blijkt dat [C] op 5 juli 2019 een medewerker van Centric heeft gevraagd de loonadministratie na te kijken om te zien of aan [verzoekster] in 2010 en 2011 een bonus was uitgekeerd. Op dezelfde dag heeft de desbetreffende medewerker aan [C] een overzicht uit 2016 toegezonden, waarin de historie van het salaris en de tantième-uitkering van [verzoekster] in kaart is gebracht over de periode 2010-2016. Op 10 juli 2019 stuurde [C] deze berichten (met het overzicht) door aan onder meer zijn advocaat, voorzien van zijn commentaar dat [verzoekster] in 2012 een bijzondere beloning van € 73.492 had gestolen omdat dat jaar de winst veel lager was. Deze hele ketting van berichten is vervolgens op 12 juli 2019 vanaf een e-mailadres van [C] doorgestuurd naar [J] van dagblad Tubantia. Ter zitting verklaarde [C] dat hij deze berichten zelf niet heeft doorgestuurd, maar hij weersprak niet dat dit vanaf zijn e-mailaccount is gedaan. Dat vanaf zijn e-mailadres dit bericht is verstuurd dient dan ook voor rekening van [C] te blijven. Daarmee is deze handeling van [C], gezien zijn zeggenschap bij Centric (op basis waarvan hij de desbetreffende gegevens had verkregen) weer toe te rekenen aan Centric. Het betreft naar het oordeel van het hof ernstig verwijtbaar handelen van Centric, omdat het delen met de pers van dergelijke vertrouwelijke gegevens, die Centric op basis van de arbeidsovereenkomst bekend waren, volkomen in strijd is met hetgeen een goed werkgever betaamt en dit [verzoekster] als werknemer nodeloos in haar privacy heeft getroffen. Dit ernstig verwijtbaar handelen door Centric houdt verband met het ontslag van [verzoekster], gelet op het volgende. In de opzegbrief van 6 september 2019 heeft Centric aan het ontslag onder meer ten grondslag gelegd dat de arbeidsverhouding zodanig is verstoord, dat verdere voortdoring van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet kan worden gevergd. Dat is in die brief door Centric onder meer als volgt toegelicht: "Met het op oneigenlijke gronden aanhangig maken van een kort geding procedure tegen [C] en daarvan mededelingen te doen aan de media, waaronder een journalist van de Volkskrant, bent u een publiciteitscampagne tegen [C], uw werkgever en DSS c.s. gestart. Door deze situatie zijn de onderlinge verhoudingen onder druk komen te staan." Centric verwijt [verzoekster] onder meer hierom een gebrek aan loyaliteit, dat tot een vertrouwensbreuk heeft geleid. Met het versturen van de salarisgegevens van [verzoekster] naar een verslaggever van een dagblad heeft Centric echter zelf ernstig verwijtbaar bijgedragen aan de verstoring van de arbeidsverhouding die zij [verzoekster] voor de voeten werpt als ontslaggrond.

Uitingen op de website van Centric

- 6.36 Op 25 juni 2019 is vonnis gewezen in een door [verzoekster] tegen [C] aangespannen kort geding, waarin is beslist dat [C] diende over te gaan tot rectificatie in diverse (dag)bladen en waarbij aan [C] een verbod is opgelegd om - kort gezegd - openbare uitingen te doen, allemaal betreffende bepaalde beschuldigingen jegens [verzoekster]. Vast staat dat op een aantal websites van het concern van [C], waaronder de website van Centric, nadien berichten

hierover zijn geplaatst, waarbij een uiteenzetting werd gegeven waarom deze beslissing van de voorzieningenrechter niet juist zou zijn. Hiermee is het conflict met [verzoekster] publiekelijk belicht. Centric had zich, als goed werkgever, ervan dienen te weerhouden om via haar website uitingen wereldkundig te (laten) maken die haar werknemer, [verzoekster] betroffen en waarbij derden, onder wie veel zakelijke contacten, zo (opnieuw) deelgenoot werden gemaakt van juist die verboden beschuldigingen aan het adres van [verzoekster]. Ook dat heeft [verzoekster] in haar privacy en goede naam getroffen. Dit betreft ernstig verwijtbaar handelen van Centric, dat eveneens heeft bijgedragen aan de verstoring van de arbeidsrelatie die door Centric als ontslaggrond is genoemd in de opzegbrief van 6 september 2019. Ook hier is dus sprake van een verband tussen ernstig verwijtbaar gedrag aan de zijde van Centric en het ontslag van [verzoekster].

Doorzoeken zakelijke mailbox van [verzoekster] bij Centric

- 6.37 Centric weerspreekt niet dat zij tussen 9 mei 2019 en het versturen van de opzeggingsbrief op 6 september 2019 de zakelijke e-mailaccount van [verzoekster] bij Centric heeft doorgelicht vanwege de verdenkingen die bij [C] jegens [verzoekster] waren gerezen en die de bron zijn van het gerezen arbeidsconflict tussen partijen. Volgens Centric was zij daartoe gerechtigd omdat de zakelijke e-mailvoorziening eigendom is van Centric en omdat in de personeelsgids staat dat de zakelijke e-mail niet voor privédoeleinden mag worden gebruikt. Centric betoogt dat er bijna geen data waren, anders dan deze mailbox, waarnaar onderzoek kon worden gedaan in verband met de verdenkingen van fraude en andere verwijtbare handelingen door [verzoekster]. Het hof acht dit een ontoereikende rechtvaardiging voor het op deze wijze doorzoeken van de e-mailberichten van [verzoekster]. Ook privéberichten die vanuit een zakelijk e-mailaccount (van de werkgever) verstuurd worden door een werknemer vallen in beginsel onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Het inzien van die communicatie levert een schending van het recht op privacy op, die slechts gerechtvaardigd is als daar een legitieme reden voor is en aan vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. Uit hetgeen Centric in dit kader naar voren heeft gebracht blijkt niet dat deze schending van de privacy van [verzoekster] proportioneel was en ook onvoldoende dat geen minder belastende manieren voorhanden waren om de gerezen verdenkingen - wat daar ook van zij - te onderzoeken. Centric heeft zich (als werkgever) volledige inzage in het e-mailaccount van haar werknemer, [verzoekster], verschaft en er (zonder kenbare reden) niet voor gekozen om het onderzoek op een minder vergaande en belastende wijze te laten plaatsvinden, bijvoorbeeld door een gericht en afgebakend onderzoek te laten verrichten door een onafhankelijk onderzoeksbureau. Ook als een legitieme reden voor het onderzoek zou hebben bestaan had Centric dit moeten aanpakken op een wijze die de (gevolgen van de) privacy schending zoveel mogelijk beperkte. Het hof acht ook deze gedraging van [verzoekster] dus ernstig verwijtbaar en neemt een verband aan tussen deze gedragingen en het einde van de arbeidsovereenkomst. In de opzegbrief van 6 september 2019 is namelijk als een van de verwijten genoemd dat [verzoekster] de naam van DSS heeft gebruikt voor privé e-mailverkeer. Dat betekent dat Centric de vruchten van deze privacy schending heeft gebruikt om het ontslag van [verzoekster] (mede) op te baseren.

Ernstig verwijtbaar handelen en toekenning billijke vergoeding

- 6.38 Uit bovenstaande volgt dat, behalve de opzegging in strijd met de wettelijke regels, nog een drietal gedragingen van Centric als ernstig verwijtbaar dienen te worden aangemerkt. Deze drie gedragingen hebben bijgedragen aan de verstoring van de arbeidsverhouding tussen partijen en daarmee aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Dit geheel van verwijten zal dan ook worden betrokken in de vaststelling van de billijke vergoeding. In zoverre treft het beroep tegen de beschikking dus doel.

Hoogte billijke vergoeding

- 6.39 Nu verwijtbaar handelen aan de zijde van Centric is vastgesteld en de desbetreffende gedragingen bovendien verband houden met het einde van de arbeidsovereenkomst bestaat er grond en aanleiding om aan [verzoekster] een billijke vergoeding toe te kennen. De hoogte daarvan dient opnieuw te worden bepaald, omdat het hof met meer verwijtbare gedragingen rekening houdt dan de kantonrechter heeft gedaan. De omvang van de toe te kennen billijke vergoeding laat zich naar zijn aard moeilijk motiveren, maar het hof kan een passend bedrag vaststellen op grond van de volgende in aanmerking te nemen omstandigheden. Allereerst houdt het hof rekening met het inkomen dat [verzoekster] zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd. Daarbij volgt het hof het door de kantonrechter gehanteerde scenario waarbij [verzoekster] binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd (1 februari 2020) met succes met een verzoekschrift de vernietiging van de opzegging op grond van artikel 7:681 eerste lid, aanhef en onder a, BW zou hebben ingeroepen. Aannemelijk is dat Centric in reactie op het verzoek van [verzoekster] de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen zou hebben verzocht en dat dit zou zijn toegewezen (gelet op de verwijtbare gedragingen van [verzoekster]) met ingang van vijf maanden na 1 februari 2020, uitgaande van een termijn van drie maanden voor de behandeling van het verzoek tot en met de uitspraak. Met toepassing van deze uitgangspunten, die ook het hof geëigend voorkomen, zou [verzoekster] dus nog recht hebben gehad op vijf maandsalarissen, omdat de arbeidsovereenkomst bij vernietiging van de opzegging nog vijf maanden zou hebben voortgeduurd. Het feit dat [verzoekster] in die maanden geen arbeid zou hebben verricht, blijft buiten beschouwing omdat Centric haar niet meer aan het werk wilde hebben. Ook voor de toepassing van artikel 7:680a BW (loonmatiging) zou dan geen goede grond hebben bestaan. [verzoekster] heeft geen ander werk gevonden. Het loon berekend over een periode van vijf maanden is dan ook een eerste factor die dient te worden betrokken in de billijke vergoeding voor het ernstig verwijtbaar handelen van Centric. Anders dan de kantonrechter heeft gedaan betreft het hof in de berekening van dat loon ook de bonusaanspraak. Het gegeven dat deze resultaatsafhankelijk was is op zichzelf onvoldoende om dit onderdeel van de beloning van [verzoekster] buiten beschouwing te laten. Het probleem in dit geval is dat de bonus over 2018 niet is vastgesteld en dat het resultaat over dat boekjaar, op basis waarvan de bonus wordt berekend, voorwerp is van geschil tussen partijen, al neemt Centric wisselende standpunten in over wat volgens haar de juiste cijfers zijn. Hoe dan ook is gesteld noch gebleken dat het resultaat over 2018 relevant afwijkt van voorgaande jaren. Het hof zoekt daarom in het kader van de billijke vergoeding aansluiting bij het gemiddelde van de bonus zoals die over de drie jaren voorafgaand aan 2018 aan [verzoekster] is uitgekeerd, zoals door [verzoekster] op zichzelf onweersproken is berekend en betrokken in het door haar genoemde bruto maandsalaris inclusief vakantiegeld en gemiddelde bonus van € 16.832. Dit levert, berekend over vijf maanden, een bedrag op van € 84.160. Daarmee is het aspect van de opzegging in strijd met de regels gecompenseerd.
- 6.40 Het hof houdt daarnaast rekening met de overige ernstige verwijten die Centric treffen, zoals hierboven besproken. Gelet op dit alles en mede ter ontmoediging van dergelijk gedrag in de toekomst acht het hof toekenning van een billijke vergoeding ter hoogte van in totaal € 100.000 in dat licht in beginsel passend en geboden.
- 6.41 Volgens Centric is er aanleiding om de billijke vergoeding op een lager bedrag vast te stellen dan louter aan de hand van de verwijtbaarheid van haar gedragingen ingegeven zou zijn. Centric wijst daartoe op het ernstig verwijtbaar handelen van [verzoekster] zelf dat ten grondslag is gelegd aan de opzegging het onverplicht in acht nemen van de opzegtermijn door Centric, de aanspraak van [verzoekster] op een WW-uitkering en de AOW-gerechtigde leeftijd, die [verzoekster] kort na de datum waartegen is opgezegd zou hebben bereikt. Daar staat echter tegenover dat de transitievergoeding wegens ernstig verwijtbare gedragingen aan de zijde van [verzoekster] niet aan haar wordt toegekend, dat [verzoekster] tot de kentering in de verhoudingen in november 2018 (onweersproken) gedurende 17 jaar een onberispelijke staat van dienst had en dat uit niets is gebleken dat aan de zijde van Centric dan wel aan de zijde van [verzoekster] sprake was van een voornemen of gerechtvaardigde verwachting dat het dienstverband met het bereiken van AOW-leeftijd door [verzoekster] tot een einde zou komen. [verzoekster] voert juist (op zichzelf onweersproken) aan dat zij nog jaren bij Centric had willen doorwerken, hetgeen voor haar in financiële zin in meerdere opzichten veel gunstiger zou zijn geweest. Al met al vormt hetgeen door partijen is aangevoerd dus geen aanleiding om de billijke vergoeding vast te stellen op een ander bedrag dat hierboven passend en geboden is geoordeeld, te weten € 100.000.

De twee kanten van de verwijtbaarheid, wiens handelen veroorzaakte het ontslag?

- 6.42 Uit hetgeen hierboven is overwogen en geoordeeld blijkt dat het hof ten aanzien van de transitievergoeding heeft overwogen, in lijn met het bepaalde in artikel 7:673 lid 7 sub c BW, dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van het ernstig verwijtbare handelen aan de zijde van [verzoekster], met als consequentie het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding, terwijl ten aanzien van (het bepalen van de hoogte van) de billijke vergoeding niet alleen is gekeken naar het in strijd met artikel 7:671 lid 1 BW opzeggen van de arbeidsovereenkomst door Centric, maar ook naar andere ernstige verwijten die aan Centric als werkgever in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst kunnen worden gemaakt. De vraag rijst of de wet een keuze voorschrijft in die zin, dat het einde van de arbeidsovereenkomst of aan de werkgever of aan de werknemer wordt toegerekend, en dus niet aan allebei. Over de strekking van de billijke vergoeding is in de memorie van toelichting bij de Wvz in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst opgemerkt:

“Als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. In dat geval kan de kantonrechter aan de werknemer dan ook een billijke vergoeding toekennen. Uiteraard heeft de werknemer daarnaast op grond van de wet recht op de transitievergoeding (...).” (Kamerstukken II 2013–2014, 33 818, nr. 3, p. 32-33).

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat in de arbeidsrechtelijke systematiek als uitgangspunt geldt dat de rechter dient te beoordelen wiens verwijtbaar handelen in overwegende mate heeft geleid tot het ontslag, en dat de conclusie op dat punt bepalend is voor zowel de beoordeling van de transitievergoeding als van de billijke vergoeding (anders dan op grond van 7:681 BW). Uit wet noch wetsgeschiedenis blijkt echter dat daarmee is beoogd elke andere benadering of afweging uit te sluiten. Het hof wijst in dit verband op het volgende uit de nota naar aanleiding van het verslag, par. 3.2 (Nieuwe inrichting van het ontslagrecht):

“De leden van de SGP-fractie vragen hoe de regering zich met de beperking van de uitzonderingsmogelijkheid tot ernstig verwijtbaar gedrag rekenschap geeft van het feit dat bij de beoordeling van individuele ontslagzaken altijd maatwerk geboden is. Naar de mening van deze leden doet het voorstel te weinig recht aan de complexe werkelijkheid, waarin verwijtbaarheid vaak zowel aan de zijde van de werkgever als van de werknemer in verschillende gradaties aanwezig is. Welke gevolgen zijn bovendien aan de orde wanneer aan beide zijden sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, zo vragen zij. Het is juist dat in ontslagzaken de verwijtbaarheid over en weer verschillende gradaties kent. Het hiermee rekening willen houden, betekent echter dat de gang naar de rechter snel zal zijn gemaakt en dat is wat de regering en sociale partners nu juist willen voorkomen. De regering realiseert zich dat dit gevoelens van onrechtvaardigheid kan oproepen, maar wijst erop dat het mes wel aan twee kanten snijdt. Een ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zal niet leiden tot het verlies van zijn transitievergoeding, behoudens in die gevallen waar het gedrag als ernstig verwijtbaar is te kwalificeren. Vice versa geldt dat een ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever niet zal leiden tot een aanvullende vergoeding, wederom behoudens in die gevallen waar sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de zijde van de werkgever. De regering meent dat onwille van het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het voorkomen van procedures hier een juiste keuze is gemaakt, die weliswaar mogelijk niet altijd het rechtsgevoel (aan beide zijden) bevredigt, maar wel de rechtszekerheid bevordert. Als aan beide zijden sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, is het aan de rechter om een afweging te maken ten aanzien van het al dan niet toekennen van een vergoeding.” (Kamerstukken II 2013–2014, 33 818, nr. 7, p. 64-65).

Het hof gaat er van uit dat dergelijk ‘maatwerk’ door de rechter bijvoorbeeld kan bestaan in een beoordeling waarbij aansluiting wordt gezocht bij de algemene leerstukken van het verbintenissenrecht. Dat in voorkomende gevallen in arbeidsrechtelijke kwesties aanleiding kan bestaan om die aansluiting te zoeken volgt bijvoorbeeld ook uit het meergenoemde New Hairstyle arrest, waarin de Hoge Raad onder meer heeft overwogen dat voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich lenen voor overeenkomstige toepassing.

In dit geval nopen de feiten en omstandigheden, waaruit een samenspel van oorzaken van het ontslag in de vorm van ernstig verwijtbaar handelen (aan beide zijden) naar voren komt, tot een meer genuanceerde benadering van de causaliteit en toerekening (zoals het algemeen verbintenissenrecht die kent ten aanzien van wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, bijvoorbeeld op de voet van artikel 6:101 lid 1 BW) ten aanzien van het onderhavige ontslag met als uitkomst de afwijzing van de transitievergoeding enerzijds en toekenning van de billijke vergoeding anderzijds als hierboven besproken.

Conclusie

- 6.43 Het principaal hoger beroep slaagt ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding. Het incidenteel hoger beroep faalt.
- 6.44 Nu beide partijen voor een deel in het ongelijk worden gesteld, zullen de kosten van beide instanties worden gecompenseerd zoals hierna vermeld.

7 De beslissing

Het hof, beschikkende in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

vernietigt de bestreden beschikking, voor zover het de hoogte van de toegewezen billijke vergoeding betreft, en stelt deze, op dit punt opnieuw recht doend, vast op € 100.000 bruto,

laat de bestreden beschikking voor het overige in stand,
bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten in hoger beroep draagt en

wijst af wat meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mrs. K. Mans, A.A. van Rossum en G.A. Diebels en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 1 maart 2021.