

6.3. wijst voor het overige de verzoeken van [verzoeker] af,

6.4. bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.

7

Werkgeefster stuurt aan op ontbinding en moet € 275.000 billijke vergoeding betalen

Kantonrechter Rechtbank Rotterdam zp
Rotterdam
25 oktober 2024, nr. 11220619 VZ VERZ
24-6830, ECLI:NL:RBROT:2024:11210
(mr. Aukema-Hartog)
Noot mr. Y. el Harchaoui, mr. M. Diepenbach

Participatieregeling. Exitbonus.

[BW art. 7:669 lid 3 sub d, g en i, 7:671c lid 1]

De werknemer werkt vanaf december 2019 op interimbasis voor de (rechtsvoorganger van de) werkgeefster. Op 1 mei 2021 treedt hij in vaste dienst als financieel directeur. De arbeidsovereenkomst voorziet in een exitbonus. Als de investeerder die de werkgeefster in 2021 heeft overgenomen zijn participatie met winst verkoopt, heeft de werknemer recht op een bonus tussen € 165.000 en € 313.750 als hij dan nog in dienst is. Er wordt uitgegaan van een exit na 5-7 jaar. In april 2022 krijgt de werknemer promotie en begin 2023 mag hij meedoen aan het 'Management Incentive Plan' (hierna: MIP), een aandelenparticipatieregeling voorbehouden aan het 'top management and selected key persons' en 'to be understood as special recognition'. Op 27 maart 2024 stelt de werkgeefster de werknemer op non-actief en laat zij weten dat ze voornemens is de arbeidsovereenkomst te beëindigen. De werknemer zou onvoldoende functioneren en zou daar regelmatig op zijn aangesproken. Op 8 april 2024 laat de werkgeefster intern weten dat de werknemer vertrekt en dat een ander zijn functie overneemt. De werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de d-, g- of i-grond. De werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:671c lid 1 BW en een billijke vergoeding van € 914.939,33.

De ontslaggronden zijn volstrekt niet voldragen dus de kantonrechter wijst het verzoek van de werkgeefster af. Het is duidelijk dat de werkgeefster van de werknemer af wilde en heeft aangestuurd op een breuk tussen partijen, erop gokkend dat ze tot een regeling zouden komen. De werkgeefster heeft ook geen enkele moeite gedaan om de relatie te herstellen. Dit gedrag is ernstig verwijtbaar, zodat de werknemer recht heeft op een billijke vergoeding van € 275.000. Onderdeel van dit bedrag is de waarde van de gemiste kans op de exitbonus. Met het oog op de al opgebouwde voorwaardelijke bonusaanspraak en het feit dat inmiddels een substantieel deel van de voorgespiegelde exittermijn is verstreken, wordt die schade begroot op € 150.000. Het MIP is niet tussen partijen overeengekomen, maar de 'pay-out' hangt nauw samen met de arbeidsovereenkomst. De werkgeefster is daarom aansprakelijk voor schade die de werknemer door de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst lijdt ten aanzien van zijn aanspraken ingevolge het MIP. Omdat het nog niet duidelijk is of, en zo ja wanneer, de werknemer zijn aandelen moet verkopen en of hij hierbij als 'good', 'bad' of 'intermediate' leaver zal worden aangemerkt, wordt de MIP-schade niet betrokken bij de bepaling van de billijke vergoeding.

NB. Het antwoord op de vraag of de werknemer als 'leaver' zal worden aangemerkt, en zo ja, als 'good', 'bad' of 'intermediate' is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. In de onderhavige zaak is de werkgeefster geen partij bij de MIP-overeenkomst, zodat de kantonrechter niet aan uitleg toekomt. Zie in algemene zin over leaver-bepalingen «JAR» 2023/294, m.nt. Reijn.

CS Netherlands B.V., hierna: 'CS Netherlands', te vestigingsplaats: Rotterdam-Albrandswaard, verzoekster, verweerster ingevolge het voorwaardelijk gedaan zelfstandig tegenverzoek, gemachtigde: mr. D.J. Rutgers, tegen [verweerder], hierna: '[verweerder]', te woonplaats: Rotterdam, verweerder, verzoeker ingevolge het voorwaardelijk gedaan zelfstandig tegenverzoek, gemachtigde: mr. J. van der Voet.

1. De procedure

(...; red.)

2. Feitelijke achtergrond

2.1. [verweerder], geboren op [geboortedatum] 1978, is op 1 mei 2021 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) CS Netherlands. Aanvankelijk vervulde [verweerder] de functie van 'Finance Director Netherlands'. Per 1 april 2022 is zijn functie gewijzigd in die van 'Finance Director Netherlands and Belgium'.

2.2. Het laatstelijk verdiend loon van [verweerder] bedraagt € 10.430,34 bruto per maand exclusief emolumenten, waaronder 8,33% vakantietoeslag.

2.3. Op 27 maart 2024 heeft CS Netherlands aan [verweerder] meegedeeld dat zij het voornemen had de arbeidsovereenkomst te beëindigen. CS Netherlands heeft [verweerder] op non-actief gesteld en hem daarbij de toegang tot haar systeem ontzegd. De non-actiefstelling heeft sindsdien voortgeduurd.

2.4. Op 8 april 2024 heeft CS Netherlands intern verkondigd dat afscheid genomen werd van [verweerder] en dat een ander per die datum zijn functie is gaan vervullen.

3. Het geschil

3.1. CS Netherlands heeft verzocht bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de arbeidsovereenkomst te ontbinden op *primair* de d-grond, *subsidiair* de g-grond en *meer subsidiair* de i-grond en daarbij te bepalen dat [verweerder] recht heeft op hoogstens de transitievergoeding, kosten rechtens.

3.2. [verweerder] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat strekt ertoe het verzoek van CS Netherlands af te wijzen. Voor die uitkomst heeft hij verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden en hem € 14.265,03 bruto aan transitievergoeding en € 914.939,33 bruto aan billijke vergoeding toe te kennen, met nevenverzoeken.

3.3. Op wat partijen over en weer ter onderbouwing van de eigen verzoeken dan wel ter afwering van die van de ander naar voren hebben gebracht, wordt hierna, voor zover voor de uitkomst van belang, teruggekomen.

4. De beoordeling

Ten aanzien van het door CS Netherlands verzochte

4.1. Partijen zijn het erover eens dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met een opzeggingsverbod. De kantonrechter heeft geen aanleiding daarover anders te oordelen.

D-grond

4.2. Ontbinding op de d-grond (de redelijke grond bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub d BW) is mogelijk bij 'ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer'. Ook dan geldt overigens nog, evenals bij de hierna te bespreken g- en i-grond, als aanvullende voorwaarde dat herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

4.3. Het voorgaande brengt ook voor een werknemer met een hoge positie zoals [verweerder] mee dat als de werkgever van mening is dat het functioneren van de werknemer verbetering behoeft, zij hem daartoe behoorlijk de gelegenheid moet bieden. Zij dient de volgens haar bestaande ongeschiktheid van de werknemer dan te objectiveren en hem bijvoorbeeld een (begeleid) traject aan te bieden om binnen een redelijke termijn die door haar vastgelegde onvoldoendes in zijn functioneren te verbeteren.

4.4. Volgens CS Netherlands bestaat de ongeschiktheid van [verweerder] voor zijn functie in een gebrek aan inzicht in, en controle over, de bedrijfsvoering en financiën. Hij is daarop regelmatig aangesproken en ook op het feit dat hij zijn neventaken voorrang gaf op zijn kerntaken. Dat heeft echter niet tot een verbetering van zijn functioneren geleid, wel tot een negatieve werkhouding, die op de rest van zijn team heeft doorgewerkt.

4.5. [verweerder] heeft dat allemaal gemotiveerd bestreden. Hij heeft daarbij uiteengezet dat hij zijn functie altijd naar tevredenheid heeft uitge-

voerd en dat zijn functioneren begin 2023 zelfs zodanig was dat hij werd beloond met deelname aan het Management Incentive Plan (hierna: 'MIP'), voorbehouden aan het *'top management and selected key persons'* en *'to be understood as special recognition'*. Hij heeft toen ook nog een salarisverhoging van 10% gekregen en een fles champagne. Het nu gestelde disfunctioneren mist onderbouwing en bovenal zijn de gemaakte verwijten onjuist. Nooit heeft hij een beoordelingsgesprek gehad, nooit is er formeel kritiek op zijn functioneren geuit en ook nooit is van een noodzakelijk en duidelijk besproken verbetertraject sprake geweest. Bijzonder pijnlijk is dat CS Netherlands, nadat zij hem op 27 maart 2024 had medegedeeld afscheid van hem te willen nemen, zulke ongefundeerde verwijten poneert, met kennelijk als enige doel hem te ontslaan. Aldus [verweerder].

4.6. Overwogen wordt dat nu [verweerder] de door CS Netherlands aan zijn adres gemaakte verwijten ten aanzien van zijn functioneren gemotiveerd heeft bestreden, niet vast staat dat zijn functioneren niet voldeed aan de daaraan door CS Netherlands in redelijkheid te stellen eisen. De door CS Netherlands ter zake overgelegde stukken zijn, in het licht van de door [verweerder] gedane betwisting gezien, in ieder geval volstrekt onvoldoende om die conclusie te kunnen dragen. Bovendien is niet gebleken dat CS Netherlands, hoewel dat hier van haar (als goed werkgever) mocht worden verlangd, [verweerder] behoorlijk in kennis heeft gesteld van de volgens haar bestaande verbeterpunten ten aanzien van zijn functioneren en die ook heeft vastgelegd, en dat zij hem vervolgens heeft ingevoerd in een deugdelijk verbetertraject om hem in staat te stellen, bijvoorbeeld met trainingen of scholing, binnen een redelijke termijn (weer) te voldoen aan de door CS Netherlands aan zijn functioneren in redelijkheid te stellen eisen. Dat leidt tot het oordeel dat haar verzoek niet op de d-grond kan worden toegewezen.

G-grond

4.7. Voor toewijzing van een ontbindingsverzoek op de g-grond (de redelijke grond bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW) moet er sprake zijn van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, die van dien aard is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij het dienstverband laat voortduren. Niet alleen

moet dan dus kunnen worden vastgesteld dát sprake is van een duurzame en ernstige verstoring van de arbeidsrelatie die aan een vruchtbare samenwerking in de weg staat, maar vervolgens ook dat de werkgever zich reëel, redelijk en concreet heeft ingespannen om die gestelde verstoring te herstellen en dat die inspanning geen resultaat heeft opgeleverd.

4.8. Ter toelichting op deze door haar subsidiair aangevoerde grond heeft CS Netherlands gesteld dat bij haar het voor voortzetting van de arbeidsrelatie noodzakelijke vertrouwen niet meer aanwezig is, omdat [verweerder] haar nooit heeft laten zien de kritiek op zijn functioneren serieus te nemen en te willen werken aan verbetering daarvan, dat zij vanwege de cruciale positie van [verweerder] inmiddels voor vervanging heeft moeten zorgen en dat [verweerder] sinds het einde van de onderhandelingen over een regeling op 3 mei 2024 ook niet meer van zich heeft laten horen. Daarbij komt dat [verweerder] het vertrouwen van CS Netherlands heeft beschaamd door het aanstaande vertrek van de toenmalige Managing Director Netherlands in het najaar 2023 al binnen het bedrijf te delen hoewel hem uitdrukkelijk was gevraagd dat niet te doen, en daarover aanvankelijk niet de waarheid te spreken toen hij daarop werd aangesproken.

4.9. Deze grond kan de door CS Netherlands verzochte ontbinding evenmin dragen. Uit het hiervoor overwogene volgt immers dat zij het juist zelf is geweest die heeft nagelaten om [verweerder] duidelijk en concreet te wijzen op zijn gesteld achterblijvend functioneren en hem een behoorlijke kans te bieden daarin verbetering te brengen. Verder heeft [verweerder] ten aanzien van het voortijdig delen van het aanstaande vertrek van de Managing Director Netherlands met een collega in het najaar van 2023 onweersproken gesteld dit een en ander het gevolg was van een miscommunicatie, dat hij hiervoor destijds zijn excuses aan mevrouw [persoon A] heeft aangeboden en dat dit daarmee ook volgens haar was opgelost. Dat wordt ook bevestigd door de uitlating van mevrouw [persoon A] ter zitting dat zij [verweerder] destijds heeft gezegd dat als 'het' (het gestelde liegen) nog een keer zou gebeuren, zij niet meer met hem zou kunnen werken en gesteld noch gebleken is dat er zo'n volgende keer is gekomen. Tot slot kan [verweerder] in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet worden aangerekend dat hij vanaf 3 mei 2024, toen onderhandelingen over

een regeling op niets waren uitgelopen, niets meer van zich heeft laten horen. Het is immers CS Netherlands geweest, zo volgt uit het voorgaande, die [verweerder], zonder dat een deugdelijk verbetertraject was gevolgd, van de ene op de andere dag heeft medegedeeld de arbeidsrelatie te willen beëindigen, hem diezelfde dag nog op non-actief heeft gesteld en hem de toegang tot zijn werkplek en haar systeem heeft ontzegd en kort na deze maatregel de daad (alvast) maar bij het woord heeft gevoegd door intern te verkondigen dat de functie van [verweerder] voortaan door een ander werd vervuld en dat van [verweerder] afscheid werd genomen. Bepaald niet ondenkbeeldig is dat juist deze handelwijze van CS Netherlands voor een verstoring van de arbeidsrelatie heeft gezorgd, reden te meer voor haar om zich behoorlijk in te spannen om die relatie, bijvoorbeeld met mediation, te trachten te herstellen. Dat heeft zij niet gedaan, in de kennelijke overtuiging dat partijen toch wel tot een regeling zouden komen, wat niet is gelukt. Van een voldragen g-grond is dan echter geen sprake.

I-grond

4.10. Meer subsidiair heeft CS Netherlands verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de i-grond (de redelijke grond bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW), te weten 'een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met e, g en h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Volgens haar toelichting is die die combinatie gelegen in het onvoldoende functioneren van [verweerder] en de hem aan te rekenen verstoorde arbeidsverhouding, die door zijn opstelling inhoudsloos is geworden.

4.11. Ook deze ontbindingsgrond kan niet worden gehonoreerd, nu – zie hiervoor – niet is gebleken van ongeschiktheid (in de zin van de d-grond) van [verweerder] voor zijn functie en ook niet van een hem aan te rekenen verstoorde arbeidsverhouding. Niet gezegd kan dan ook worden dat hier sprake is van een combinatie van omstandigheden genoemd in de d- en g-grond, die zodanig is dat van CS Netherlands in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

4.12. De door CS Netherlands verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [verweerder]

wordt dus afgewezen. Daarmee is voldaan aan de voorwaarde waaronder hij zijn tegenverzoeken heeft ingesteld.

Ten aanzien van het door [verweerder] verzochte

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

4.13. Voor dit geval heeft [verweerder] verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671c lid 1 BW: 'wegens omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'.

4.14. Daarvoor ziet de kantonrechter aanleiding. Uit de gewisselde processtukken en wat ter zitting naar voren is gekomen, is haar duidelijk geworden dat CS Netherlands eenzijdig besloten heeft afscheid te nemen van [verweerder] en dat ook feitelijk meteen al heeft gedaan door hem op non-actief te stellen, hem de toegang tot zijn werkplek en haar systeem te ontzeggen, binnen zeer korte tijd een ander op zijn positie aan te stellen en zowel die aanstelling als het afscheid van [verweerder] intern te verkondigen. Zij heeft er daarmee op gegokt dat partijen tot een regeling zouden komen, maar dat is niet gelukt. Hierdoor is er nu een situatie ontstaan waarin [verweerder] al meer dan een half jaar 'thuis zit', waarbij CS Netherlands heeft gesteld hem niet te kunnen herplaatsen, wat in haar optiek door haar gebrek aan vertrouwen in zijn functioneren ook niet in de rede zou liggen. Bij deze stand van zaken dient de arbeidsrelatie, die hiermee immers inhoudsloos is geworden, billijkheidshalve dadelijk of op korte termijn te eindigen. De arbeidsovereenkomst wordt dan ook ontbonden, en wel met ingang van 1 december 2024.

Ernstig verwijtbaar gedrag CS Netherlands?

4.15. [verweerder] heeft verzocht hem, ten laste van CS Netherlands, de transitievergoeding en een billijke vergoeding toe te kennen. Volgens artikel 7:673 lid 1 sub b onder 2 BW is de werkgever de werknemer een transitievergoeding verschuldigd als de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op verzoek van de werknemer is ontbonden. Verder biedt artikel 7:671c lid 2 sub b BW de kantonrechter in dat geval de mogelijkheid de werknemer ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen. Uit de wetgeschiedenis volgt dat dit zich slechts in uitzonder-

lijke gevallen voordoet, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Gegeven dat toetsingskader is de kantonrechter van oordeel dat, gelet op alle omstandigheden van dit geval, in onderling verband en in samenhang bezien, hier deze hoge lat is gehaald. In verband daarmee wordt het volgende overwogen.

4.16. De situatie die hier voorligt en die in de weg staat aan een vruchtbare verdere samenwerking, is terug te voeren op de door CS Netherlands op 27 maart 2024 aan [verweerder] kenbaar gemaakte, door haar toen direct feitelijk al doorgevoerde en daarna gehandhaafde beslissing tot beëindiging van het dienstverband. In deze procedure heeft zij weliswaar aangevoerd dat disfunctioneren en gebrek aan vertrouwen aan die beslissing ten grondslag hebben gelegen, maar wat zij daartoe naar voren heeft gebracht, werd hiervoor ontoereikend geoordeeld om tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen komen.

4.17. Zoals al eerder opgemerkt, als er al sprake is geweest van het door CS Netherlands gestelde disfunctioneren, zou het op haar weg, als goed werkgever, hebben gelegen [verweerder] daarop duidelijk en concreet te wijzen en hem vervolgens in te voeren in een deugdelijk verbetertraject om hem, eventueel onder aanbieding van trainingen of cursussen, een reële kans te bieden zijn functioneren aan de hand van concrete doelstellingen binnen een redelijke termijn te verbeteren. Deze weg heeft CS Netherlands echter niet bewandeld. Evenmin heeft zij, althans dat blijkt uit niets, zich behoorlijk ingezet om de door haar gestelde, mede op het gestelde disfunctioneren leunende, vertrouwensbreuk te trachten te herstellen, terwijl ook dat van haar mocht worden verlangd. Integendeel, CS Netherlands heeft [verweerder] per direct op non-actief gesteld en hem de toegang tot zijn werkplek en haar systeem ontzegd en kort daarna intern verkondigd dat van [verweerder] afscheid werd genomen en zijn functie nu door een ander werd vervuld. Daarmee heeft CS Netherlands zich bepaald geen goed werkgever betoond, maar zonder meer aangestuurd op een definitieve breuk tussen partijen, inmiddels ook met succes (zie hiervoor), zij het als gevolg van het tegenverzoek van [verweerder].

4.18. Al die feiten en omstandigheden bij elkaar genomen en ook in onderling verband bezien

rechtvaardigen de conclusie dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van het ernstig verwijtbaar gedrag van CS Netherlands. [verweerder] maakt dan ook met recht aanspraak op de transitievergoeding, terwijl toekenning van een billijke vergoeding hier ook op zijn plaats is.

Transitievergoeding

4.19. Bij de berekening van de transitievergoeding gaat de kantonrechter uit van het onder 2.2 genoemde maandloon, 8,33% vakantietoeslag en een gemiddelde bonus van € 634,50 bruto per maand over de afgelopen drie jaar, zoals die blijkt uit bijlage 9 van [verweerder] (€ 22.842,- : 36), waarvan CS Netherlands de juistheid ook niet heeft betwist.

4.20. Volgens artikel 7:673 lid 2 BW bedraagt de [verweerder] toekomstige transitievergoeding dan € 14.625,- bruto. Dat bedrag wordt hierna dan ook toegewezen.

Billijke vergoeding

4.21. De hoogte van de billijke vergoeding dient aan de hand van de in het arrest van de Hoge Raad van 30 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1187) geformuleerde gezichtspunten te worden begroot. De vergoeding dient aan te sluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Daarbij spelen onder meer een rol de mate van verwijtbaarheid van de werkgever, de lengte van het dienstverband en de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst als de werkgever niet de verstoring daarvan en daarmee de ontbinding had veroorzaakt en de hiermee samenhangende 'waarde van de arbeidsovereenkomst'. Ook dient rekening te worden gehouden met de gevolgen van het ontslag en de vraag of de werknemer aanspraak heeft op een transitievergoeding. Bij het vaststellen van de billijke vergoeding gaat het er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever, maar de billijke vergoeding heeft geen specifiek punitief karakter.

4.22. [verweerder] heeft verzocht om een billijke vergoeding van € 914.939,33 bruto. In verband daarmee heeft hij toegelicht dat als CS Netherlands, aangenomen dat daarvoor aanleiding was, een regulier ontslagdossier had moeten opbouwen, partijen daarna zonder succes een verbetertraject zouden hebben doorlopen en er vervolgens een ontslagprocedure zou zijn gevolgd, hij nog twee jaar inkomen zou hebben genoten van CS

Netherlands. Reëel is ook dat het twee jaar zal duren voordat hij een vergelijkbare functie met een vergelijkbaar inkomen zal hebben gevonden. Tot dan zal hij aangewezen zijn op een functie met een lager inkomen of een (gemaximeerde) WW-uitkering. Zijn inkomensschade is dan ook te begroten op € 294.030,84 bruto aan salaris inclusief bonus voor twee jaar minus € 104.005,26 aan WW-uitkering over die periode, dus € 190.025,58 bruto. Zijn schade door het niet meer kunnen beschikken over de hem ter beschikking gestelde leaseauto met tankpas heeft [verweerder] over diezelfde periode berekend op € 43.755,56 bruto en zijn pensioenschade heeft hij, ook over een periode van twee jaar, berekend op € 13.709,07 bruto. Verder heeft het ernstig verwijtbaar gedrag van CS Netherlands tot gevolg dat [verweerder] de kans wordt ontnomen de exit-bonus (artikel 5 lid 4 van de arbeidsovereenkomst) te genereren, die namelijk pas wordt uitgekeerd als het private equity fund 'Castik Capital S.à.r.l.', dat CS Netherlands in 2021 heeft overgenomen, haar participatie met winst verkoopt én [verweerder] dan nog in dienst is. [verweerder] heeft deze schadepost begroot op € 219.625,- bruto. Daarnaast is [verweerder] begin januari 2023 ingegaan op de hem door de Group CEO aangeboden deelname aan het MIP, voorbehouden aan het 'top management' en 'key persons'. In dat kader heeft hij toen voor € 73.958,99 100.001 stuks aandelen in '[naam bedrijf 1]' gekocht. Als het dienstverband van [verweerder] eindigt, heeft '[naam bedrijf 2]' of '[naam bedrijf 1]' echter het recht die aandelen terug te kopen, waarbij het voor de hoogte van de prijs uitmaakt wanneer dat gebeurt en of [verweerder] als 'good leaver' of als 'bad leaver' geldt. Hij heeft zijn schade verband houdende met het door het ernstig verwijtbaar gedrag van CS Netherlands vroegtijdig moeten verkopen van deze aandelen begroot op € 447.824,12 bruto en is van mening dat deze schade, gezien het nauwe verband tussen zijn dienstverband en deelname aan het MIP, door CS Netherlands moet worden vergoed. Aldus [verweerder].

4.23. Vooropgesteld wordt dat duidelijk is dat de door CS Netherlands op 27 maart 2024 aan [verweerder] meegegeven boodschap dat zij afscheid van hem ging nemen en dat hij per direct op non-actief werd gesteld, kort daarna gevolgd door het door haar intern verspreide bericht dat per direct een ander de functie van [verweerder] vervulde en dat [verweerder] 'zijn professionele reis

buiten het bedrijf zou gaan vervolgen', een negatieve impact, stress en onzekerheid bij [verweerder] teweeg zal hebben gebracht en hem heeft genoodzaakt zich van juridische bijstand te voorzien om voor zijn arbeidsrechtelijke positie op te komen. Ook is duidelijk dat [verweerder] deze maatregel, waardoor hij van de ene op de andere dag verstoken was van zijn werk en zijn contact met zijn collega's en derden en hen, zeker gezien de aard en het niveau van zijn functie, 'wat uit te leggen had', als diffamerend heeft ervaren. Dat valt CS Netherlands aan te rekenen.

4.24. Wat 'de waarde van het dienstverband' is, laat zich lastig begroten. Als onbetwist staat wel vast dat [verweerder] al vanaf december 2019, en naar tevredenheid, op interim-basis werkzaamheden voor de onderneming heeft verricht en vervolgens, per 1 mei 2021, voor onbepaalde tijd in dienst getreden is, dit op verzoek van CS Netherlands, waarbij hem ook de exit-bonus is aangeboden. Ook staat vast dat [verweerder] na krap een jaar een functiepromotie heeft gehad en dat het dienstverband inmiddels zo'n drieënhalve jaar heeft geduurd. Verder is gegeven dat hij eind 2022 is uitgenodigd deel te nemen aan het MIP, bedoeld als een '*incentive in addition to salary*' voor '*the most important managers*', te begrijpen als '*special recognition*' (bijlage 5 van [verweerder]). Niet is komen vast te staan dat [verweerder] disfunctioneerde, laat staan in zo'n mate dat zijn functioneren niet binnen een redelijke termijn op het door CS Netherlands gewenste niveau kon worden gebracht. Ook is niet komen vast te staan dat [verweerder] zich zodanig heeft gedragen dat, het handelen van CS Netherlands vanaf 27 maart 2024 weggedacht, gezegd kan worden dat de arbeidsovereenkomst in verband daarmee hoe dan ook op betrekkelijk korte termijn zou eindigen vanwege een ernstige en duurzame verstoring daarvan.

4.25. Een en ander in ogenschouw nemend, waaronder de huidige (goede) arbeidsmarkt en het loon van [verweerder], acht de kantonrechter het redelijk bij de begroting van de door hem te lijden inkomensschade uit te gaan van een periode van een jaar. Zijn inkomen over die periode laat zich (zie hiervoor 4.19) begroten op (12 x € 10.430,34 (maandloon) + 8,33% (vakantietoelage) + 12 x € 634,50 (gemiddelde bonus per maand)) € 143.204,25 bruto. Daarop strekt in mindering zijn WW-recht voor dat jaar, zijnde twee maanden à 75% en tien maanden à 70% van het maxi-

male WW-maandloon (21,75 x € 282,95), dus € 52.310,38 bruto. De begrote inkomensschade bedraagt per saldo dan € 90.893,87 bruto.

4.26. Ook het gemis van de leaseauto met tankpas en pensioenopbouw vormen naar het oordeel van de kantonrechter schadeposten die bij de begroting van de billijke vergoeding moeten worden betrokken. CS Netherlands heeft dat als zodanig ook niet betwist en ook heeft zij de door [verweerder] ter zake genoemde bedragen en gegeven berekening niet betwist. Daarvan uitgaande, maar dan teruggebracht tot een periode van een jaar, wordt de door [verweerder] te lijden schade in verband met het gemis van de leaseauto met tankpas begroot op € 21.877,78 bruto en zijn pensioenschade op € 6.854,54 bruto.

4.27. De arbeidsovereenkomst voorziet (zie hiervoor) in een exit-bonus. Deze regeling komt erop neer dat als Castik Capital S.à.r.l., dat CS Netherlands in 2021 overgenomen heeft, haar participatie met winst verkoopt én [verweerder] dan nog in dienst is, hij recht heeft op een 'fixed exit bonus' van € 165.000,- bruto en een 'flexibele exit bonus', die afhankelijk is van het ondernemingsresultaat. [verweerder] heeft erop gewezen dat in de verstrekte informatie over de MIP uitgegaan wordt van een exit na vijf tot zeven jaar en dat in de arbeidsovereenkomst bij de flexibele exit bonus wordt uitgegaan van een exit na vijf jaar. Ook heeft hij onbetwist voorgerekend dat als hij de bonus over 2023, zoals hem was toegezegd, alsnog kon behalen en daarna ook de bonus over 2024 en 2025, de flexibele exit bonus bij een verkoop van de participatie vanaf 2026 € 148.750,- bruto bedraagt, en de totale exit bonus € 313.750,- bruto.

4.28. Door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2024 voldoet [verweerder] niet meer aan de voorwaarde dat hij in dienst van CS Netherlands moet zijn op het moment dat de participatie wordt verkocht, om aanspraak te kunnen maken op de exit bonus. De kans op die bonus is hem ontnomen doordat CS Netherlands heeft besloten afscheid van [verweerder] te nemen en daarnaar vervolgens ook heeft gehandeld, wat nu uiteindelijk ook daadwerkelijk tot het einde van de arbeidsovereenkomst leidt. Uit al wat hiervoor is overwogen, volgt dat de door CS Netherlands hierbij gevolgde handelwijze bepaald niet de arbeidsrechtelijke schoonheidsprijs verdient. Zij heeft daarbij kennelijk voor lief genomen dat daarmee ook de door [verweerder] (voorwaardelijk) opgebouwde, substantiële aan-

spraak op de exit bonus teniet zou gaan. Deze gang van zaken, in strijd met het goed werkgeverschap, maakt dat de kantonrechter van oordeel is dat de hierna te begroten waarde van de door [verweerder] gemiste kans op de exit bonus voor vergoeding door CS Netherlands in aanmerking komt.

4.29. Lastig bij de begroting is dat nu niet duidelijk is wanneer de participatie verkocht wordt, of [verweerder] bij voortzetting van de arbeidsrelatie de door hem gestelde flexibele exit bonusbedragen zou hebben behaald en of hij, deze kwestie weggedacht, nog in dienst zou zijn geweest bij de verkoop van de participatie. Vanzelf spreekt wel dat de hoogte van de door [verweerder] al opgebouwde en mogelijk nog te realiseren (voorwaardelijke) bonusaanspraak een factor van betekenis zou zijn geweest bij een eventuele beslissing om het dienstverband voordien vrijwillig te beëindigen. Gezien dat alles en daarbij ook in aanmerking genomen dat er inmiddels een substantieel deel van de voorgespiegelde exit termijn is verstreken schat de kantonrechter op dit onderdeel de schade van [verweerder] naar billijkheid op € 150.000,- bruto.

4.30. Ten slotte is de kantonrechter van oordeel dat de schade die [verweerder] ter zake van de hiervoor al genoemde MIP lijdt of zal lijden als gevolg van het feit dat de arbeidsrelatie door het ernstig verwijtbaar gedrag van CS Netherlands nu eindigt, voor vergoeding door haar in aanmerking komt, hoewel het, zo blijkt uit de overgelegde stukken, contractuele afspraken tussen [verweerder] enerzijds en [naam bedrijf 2]. en [naam bedrijf 1]. anderzijds betreft. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.31. Het MIP, zo blijkt uit die stukken, is een participatieregeling, bestemd voor de belangrijkste managers van de 'CS Group' met als doel hen voor langere tijd te behouden voor de organisatie door hen in staat te stellen te profiteren van een positieve (lange termijn) ontwikkeling van de groep. De regeling is bedoeld als een '*special recognition*' en vormt een '*incentive in addition to salary*'. De CEO van de groep stelt, zo ook bij [verweerder], kandidaten voor die op vrijwillige basis kunnen deelnemen aan het MIP door de aanschaf van aandelen en de '*pay-out*' vindt dan in principe plaats bij de voornoemde 'exit'. Als het dienstverband van een deelnemer echter daarvoor al eindigt, kan hij gedwongen worden zijn aandelen te verkopen tegen een prijs waarvan de hoogte afhankelijk is van de

beëindigingsreden van de arbeidsovereenkomst. Hij kan dan (namelijk) worden aangemerkt als ‘good’, ‘intermediate’ of ‘bad’ leaver’. Het is daarmee dus een regeling waarvoor uitsluitend werknemers van de groepsondernemingen (waaronder CS Netherlands) in aanmerking komen, die bedoeld is als extra financiële prikkel bovenop het loon en die, ook als de werknemer dat niet zou willen, eenzijdig beëindigd kan worden als zijn dienstverband eindigt.

4.32. Naar het oordeel van de kantonrechter hangt het MIP, hoewel deze niet tussen [verweerder] en zijn werkgever is overeengekomen, vanwege deze eigenschappen nauw samen met de arbeidsovereenkomst en is de overeengekomen ‘pay-out’ te kenschetsen als ‘een beloning uit hoofde van de dienstbetrekking’ (als bedoeld in artikel 157 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie), een tegenprestatie voor de door [verweerder] te leveren arbeid dus. Dat die beloning niet rechtstreeks van zijn werkgever CS Netherlands afkomstig is, maakt dat hier niet anders (ECLI:EU:C:1971:55). CS Netherlands wist althans had behoren te weten dat de door haar op 27 maart 2024 ingezette – en volgehouden – (ram) koers richting het einde van het dienstverband bij het bereiken daarvan gevolgen zou hebben voor de MIP-aanspraken van [verweerder]. Nu hierover is beslist dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar gedrag van CS Netherlands, komt de schade die [verweerder] daardoor ten aanzien van zijn aanspraken ingevolge het MIP heeft geleden of nog zal lijden, voor vergoeding door CS Netherlands in aanmerking (ECLI:NL:HR:2008:BD0896).

4.33. Niet duidelijk is echter of, en zo ja wanneer, [verweerder] gedwongen zal worden zijn aandelen te verkopen en welke financiële implicaties dat voor hem zal hebben. Nu daarmee concrete handvatten ontbreken om deze schade in het kader van de aan [verweerder] toe te kennen billijke vergoeding te begroten, wordt de MIP-schade van [verweerder] uitdrukkelijk niet betrokken bij de bepaling van de billijke vergoeding. Als partijen er niet (alsnog) in slagen die schade onderling af te wikkelen, lijkt een volgende procedure daarover dan ook onontkoombaar.

4.34. Al het voorgaande bij elkaar genomen en in onderling verband beziend acht de kantonrechter hier toekenning van een billijke vergoeding van € 275.000,- bruto passend (waarbij de MIP-schade dus uitdrukkelijk niet is meegewogen).

4.35. Voor deze situatie, waarin de MIP-schade niet bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding wordt betrokken, heeft [verweerder] verzocht te bepalen *primair* dat op grond van artikelen 6:248 lid 2 BW en 7:611 BW de ‘leaver-bepalingen’ niet worden ingeroepen door [naam bedrijf 2]. en [naam bedrijf 1]. kunnen, en *subsidiair* dat als hij zijn aandelen in [naam bedrijf 1]. bij het einde van de arbeidsovereenkomst dient te verkopen, [naam bedrijf 2]. en [naam bedrijf 1]. hem dienen te kwalificeren als ‘good-leaver’.

4.36. Dat verzoek kan echter niet worden gehonoreerd omdat het ertoe strekt een oordeel te geven over de rechtsverhouding tussen [verweerder] enerzijds en [naam bedrijf 2]. en [naam bedrijf 1]. anderzijds, terwijl zij niet in dit geding zijn betrokken.

Concurrentie-, relatie- en boetebeding

4.37. Voor dit geval, te weten dat de arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen van CS Netherlands wordt ontbonden, heeft [verweerder] verder verzocht te bepalen dat CS Netherlands, [naam bedrijf 2]. en [naam bedrijf 1]. geen rechten kunnen ontlennen aan het non-concurrentiebeding, relatiebeding en, voor zover daaraan gekoppeld, het boetebeding (artikelen 16 en 19 van de arbeidsovereenkomst).

4.38. Overwogen wordt dat volgens artikel 7:653 lid 4 BW een werkgever aan de door [verweerder] bedoelde bedingen geen rechten kan ontlennen als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van haar ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Die situatie doet zich hier voor. Dit verzoek van [verweerder] wordt dan ook toegewezen, zij het enkel jegens CS Netherlands. [naam bedrijf 2]. en [naam bedrijf 1]. zijn immers, als gezegd, niet in deze procedure betrokken.

Intrekkingstermijn

4.39. Omdat [verweerder] een lagere vergoeding wordt toegekend dan hij heeft verzocht, wordt hem op de voet van artikel 7:686a lid 6 BW een termijn gegund het verzoek in te trekken.

Juridische kosten / proceskosten

4.40. [verweerder] heeft tot slot verzocht CS Netherlands, ook voor het geval hij gebruik maakt van zijn intrekingsbevoegdheid, te veroordelen hem de door hem met betrekking tot deze kwestie daadwerkelijk gemaakte juridische kosten te ver-

goeden, zijnde € 11.695,75. Daartoe heeft hij aangevoerd dat CS Netherlands door haar handelen, de non-actiefstelling en het aansturen op ontslag de norm van goed werkgeverschap heeft geschonden. Daarmee heeft zij het risico genomen dat [verweerder] hoge kosten zou moeten maken om zich te verweren. Zij heeft zich niet opgesteld zoals van een goed werkgever mag worden verwacht. Weliswaar mag zij een mogelijk einde van het dienstverband bij [verweerder] ter sprake brengen, maar het past een goed werkgever niet om het einde van de arbeidsovereenkomst op de door haar gedane wijze te forceren, per direct een vervanger aan te stellen en [verweerder] zo voor een voldongen feit te stellen en te beschadigen. Aldus [verweerder].

4.41. De kantonrechter overweegt dat CS Netherlands zich met haar gedrag op en na 27 maart 2024 bepaald geen goed werkgever heeft betoond. Zij heeft [verweerder] daarmee op oneigenlijke gronden haar organisatie uitgewerkt en daarbij de regels van het arbeidsrecht met voeten getreden. Gelet op dat ernstig verwijtbaar gedrag van CS Netherlands is het redelijk dat [verweerder] voorafgaand aan deze procedure juridische kosten heeft gemaakt om voor zijn arbeidsrechtelijke positie op te komen en dat die kosten, voor zover redelijk, op de voet van artikel 7:611 BW jo. 6:96 lid 2 BW door CS Netherlands aan hem worden vergoed.

4.42. De door hem ter zake als bijlage 11 overgelegde facturen, tezamen € 11.695,75, zien echter, zo begrijpt de kantonrechter daaruit in combinatie met de [verweerder] ter zake gegeven toelichting, niet enkel op de periode voorafgaand aan deze procedure en daarmee dus ook op juridische werkzaamheden die ten behoeve van [verweerder] zijn verricht in het kader van deze procedure. Dat vindt steun in het feit dat hij op dit onderdeel subsidiair vergoeding wil van de 'juridische kosten die hij voorafgaand aan de procedure heeft dienen te maken in de maanden april, mei en juni 2024', zijnde € 3.500,47 inclusief btw, terwijl hij daarnaast, zowel primair als subsidiair aanspraak maakt op een (normale) proceskostenveroordeling.

4.43. Gelet op het voorgaande wordt dit laatste bedrag, als in redelijkheid gemaakte kosten van juridische bijstand, aan [verweerder] toegewezen. Daarnaast wordt CS Netherlands, als de in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de kosten van de procedure, die aan de zijde van [verweerder]

worden begroot op € 1.086,- aan gemachtigdensalaris en € 135,- aan nakosten, samen dus € 1.221,-. Hier kan nog een bedrag bij komen als deze beschikking wordt betekend. Deze veroordelingen blijven ook staan als [verweerder] gebruik maakt van zijn intrekingsbevoegdheid.

4.44. Deze beschikking wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard omdat [verweerder] dat heeft verzocht en CS Netherlands daartegen geen bezwaar heeft gemaakt.

5. De beslissing

De kantonrechter:

- wijst het door CS Netherlands verzochte af;
- stelt [verweerder] tot en met *vrijdag 15 november 2024 om 12.00 uur* in de gelegenheid zijn ontbindingsverzoek in te trekken, waarbij bepalend zal zijn het moment waarop die intrekking op de griffie is ontvangen;
- en uitsluitend voor het geval [verweerder] zijn ontbindingsverzoek niet of niet tijdig intrekt:*
 - ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 december 2024;
 - veroordeelt CS Netherlands tot betaling aan [verweerder] van € 14.625,- bruto aan transitievergoeding en € 275.000,- bruto aan billijke vergoeding;
 - bepaalt dat CS Netherlands jegens [verweerder] geen rechten kan ontlenen aan het non-concurrentiebeding, relatiebeding en, voor zover daaraan gekoppeld, het boetebeding (artikelen 16 en 19 van de arbeidsovereenkomst);
 - en ongeacht of [verweerder] (tijdig) gebruik maakt van zijn intrekingsbevoegdheid:*
 - veroordeelt CS Netherlands € 3.500,47 aan juridische kosten aan [verweerder] te vergoeden;
 - veroordeelt CS Netherlands in de kosten van de procedure, aan de zijde van [verweerder] begroot op € 1.221,-;
 - verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;
 - wijst al het andere af.

NOOT

Deze uitspraak laat zien dat misgelopen aanspraken onder een participatieregeling kunnen worden meegenomen bij de begroting van de billijke vergoeding, ook als de participatieregeling niet direct met de werkgever – maar met een gelieerde vennootschap – is aangegaan. Voordat we hier

nader op ingaan, eerst een aantal algemene opmerkingen over werknemersparticipatieregelingen.

Participatieregelingen

Vanwege de verschillende mogelijke varianten is het lastig een eenduidige definitie te geven van 'werknemersparticipatie'. Over het algemeen kan worden gesteld dat sprake is van een belang in (of gerelateerd aan) het (aandelen)kapitaal van de werkgever of daaraan gelieerde entiteit, welk belang in het kader van het dienstverband aan de werknemer wordt toegekend en op grond waarvan de werknemer (al dan niet onder voorwaarden) een financieel voordeel kan verkrijgen naast zijn reguliere salaris. Over het algemeen is een overkoepelend doel van de regeling om de belangen van de werkgever/groep zoveel mogelijk gelijk te laten lopen aan die van de werknemer; gaat het goed met de werkgever/groep, dan profiteert ook de werknemer. Daarmee vormt de participatieregeling een bijzondere 'incentive' naast het reguliere salarispakket. Voor een uitgebreide uiteenzetting zie Y. el Harchaoui e.a., 'De arbeidsrechtelijke aspecten van participatieregelingen bij ontslag', *TvO* 2024/1.

Leaver situaties

Voortzetting van de participatie wordt veelal afhankelijk gesteld van het in stand blijven van het dienstverband. Komt het dienstverband ten einde, dan moet doorgaans ook de participatie (tussentijds) worden afgewikkeld. In de participatieregeling wordt bepaald hoe met het belang van de participant moet worden omgegaan in zogenoemde 'leaver' situaties. Afhankelijk van de reden voor beëindiging van het dienstverband, kwalificeert de werknemer als 'good'- of 'bad' leaver. Dit onderscheid bepaalt tegen welke prijs de bij vertrek opgebouwde rechten moeten worden aangeboden/uitgeoefend. *Good leavers* kunnen opgebouwde rechten tegen betere voorwaarden verkopen/uitoefenen dan *bad leavers*. Welke kwalificatie in een specifieke situatie aan de orde is (*good of bad*) en de timing van een leaver kwalificatie, maakt dus nogal verschil voor de aanspraken van de werknemer onder de participatieregeling (zie Y. el Harchaoui e.a., 'Arbeitsrechtelijke aspecten van participatieregelingen bij ontslag', *TvO* 2024/1). Het is raadzaam leaver situaties zo objectief mogelijk in te steken (zie ook A.M.M. Huijg & H.M.C. van der Linden, 'De

bad leaver regeling: it better be good', *Bb* 2022/18) en zorgvuldig te definiëren in de participatieregeling. Niet alleen gezien de verstrekken- de (financiële) gevolgen voor de werknemer die de kwalificatie als *bad leaver* met zich meebrengt, maar ook om het risico van willekeur te voorkomen (hof Den Haag 20 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:274).

De toepassing en het effect van de leaver regeling spelen met regelmaat een rol in ontslagzaken. Zo ook in de onderhavige zaak waarin de werknemer de kantonrechter – kort gezegd – verzoekt bij de begroting van de billijke vergoeding rekening te houden met het mislopen van potentiële inkomsten terzake van aandelen die door hem zijn aangekocht onder het Management Incentive Plan ('MIP') overeengekomen met een tweetal aan de werkgever gelieerde entiteiten.

Billijke vergoeding en participatieregeling

Hoewel ook in eerdere uitspraken bij de begroting van de billijke vergoeding rekening is gehouden met de gevolgen van het einde van het dienstverband op de rechten onder de participatieregeling (zie bijvoorbeeld rb. Amsterdam 14 maart 2019, «JAR» 2019/104, m.nt. Wiersma en rb. Noord-Holland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726) is de onderhavige uitspraak interessant omdat de participatieregeling niet direct met de werkgever, maar met een tweetal aan de werkgever gelieerde vennootschappen is aangegaan.

Hoewel het MIP dus niet tussen de werknemer en zijn werkgever is overeengekomen, is de kantonrechter van oordeel dat de participatieregeling nauw samenhangt met de arbeidsovereenkomst. De regeling is immers, zo blijkt uit de MIP-documentatie, bedoeld als 'special recognition' en vormt een 'incentive in addition to salary'. De overeengekomen 'pay-out' is volgens de kantonrechter dan ook te kenmerken als 'een beloning uit hoofde van de dienstbetrekking' als bedoeld in art. 157 lid 2 VWEU; een tegenprestatie voor de door werknemer te leveren arbeid. Onder verwijzing naar het *Defrenne-I*-arrest (HvJ EG 25 mei 1971, ECLI:EU:C:1971:55) vervolgt de kantonrechter dat het feit dat de MIP-beloning niet rechtstreeks van de werkgever afkomstig is, dat hier niet anders maakt. Verder wist de werkgever, althans had de werkgever behoren te weten, dat de door haar 'ingezette – en volgehouden – (ram) koers richting het einde van het dienstverband' bij het bereiken daarvan gevolgen zou hebben

voor de MIP-aanspraken van werknemer. Onder verwijzing naar het *Seminis*-arrest (HR 11 juli 2008, «JAR» 2008/203) overweegt de kantonrechter dat nu de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever, de MIP-schade die de werknemer daardoor lijdt of nog zal lijden, voor vergoeding door de werkgever in aanmerking komt. In het *Seminis*-arrest was de rechtvaardiging voor het toerekenen aan de werkgever van een omstandigheid die ziet op een derde, dat – net als in de onderhavige zaak – de rechten onder de participatieregeling gekoppeld waren aan het voortbestaan van het dienstverband en dat de werkgever daar dus feitelijk invloed op had.

Toch komt de werknemer vooralsnog ten aanzien van de MIP-schade in deze procedure met lege handen te staan. Volgens de kantonrechter is niet duidelijk of, en zo ja wanneer, de werknemer gedwongen zal worden zijn aandelen te verkopen en welke financiële implicaties dat voor hem zal hebben. Nu daarmee concrete handvatten ontbreken om deze schade in het kader van de aan werknemer toe te kennen billijke vergoeding te begroten, aldus de kantonrechter, wordt de door de werknemer geleden MIP-schade uitdrukkelijk niet bij de vaststelling van de billijke vergoeding betrokken. Als partijen er niet (alsnog) in slagen de MIP-schade onderling af te wikkelen, dan dient de werknemer hierover een volgende procedure te starten (nu de kantonrechter de MIP-schade expliciet buiten beschouwing laat, biedt dit de werknemer de mogelijkheid om de MIP-schade in een separate procedure te vorderen (Baijings-leer)). Het valt overigens te begrijpen dat de kantonrechter hier zijn vingers niet aan brandt; op het moment dat de procedure zich afspeelde waren nog te veel factoren onzeker die van invloed zijn op de begroting van de schade. Over het algemeen bevat een participatieregeling duidelijke afspraken over de (wijze van) waardering bij een tussentijds vertrek in combinatie met een aanbiedingsplicht en de timing daarvan, maar dat was in dit geval kennelijk niet (voldoende duidelijk) aan de orde. Interessant is nog dat de werknemer verzoekt om de *leaver* bepalingen ex art. 6:248 lid 2 en 7:611 BW buiten toepassing te laten dan wel hem te kwalificeren als *good leaver* indien de schade niet wordt meegenomen in de billijke vergoeding. Nu de regeling niet is aangegaan met de werkgever

en de betreffende groepsvennootschappen niet in de procedure zijn betrokken, kan dat verzoek niet worden gehonoreerd. Het lijkt voor de hand te liggen dat de werknemer deze entiteiten in de vervolprocedure – mochten partijen er niet uitkomen – alsnog in het geding betreft. Tot slot wijzen wij er nog dat dat bij een reguliere werknemer de billijke vergoeding pas in beeld komt als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Voor de bestuurder geldt dat de billijke vergoeding ook is verschuldigd als in strijd met art. 7:669 BW is opgezegd (art. 7:682 lid 3 BW). Nu juist bestuurders met regelmaat deelnemen in een participatieregeling, is het belangrijk dit goed op het netvlies te hebben bij het (voorgenomen) ontslag van de bestuurder. Dit om dure verrassingen te voorkomen.

mr. Y. el Harchaoui
partner bij Loyens & Loeff N.V.

mr. M. Diepenbach
professional support lawyer bij Loyens & Loeff N.V.

8

Ontbindingsverzoeken over en weer afgewezen

Kantonrechter Rechtbank Rotterdam zp
Rotterdam
15 november 2024, nr. 11233156 VZ VERZ
24-7176, ECLI:NL:RBROT:2024:11569
(mr. Van Kalmthout)

Bedrijfseconomische redenen. Opzegverbod. Ernstig verwijtbaar handelen. Re-integratie.

[BW art. 7:669 lid 3 sub a, 7:671c lid 1]

De werknemer treedt op 21 maart 2018 in dienst bij de werkgever. Volgens de werkgever is sinds 2023 de omzet aan het dalen met werkvermindering als gevolg. De werkgever vraagt op 6 december toestemming bij het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Op 8 december 2023 wordt de werknemer medegedeeld dat zijn functie komt te vervallen. Drie dagen later meldt de werknemer zich ziek. Op 27 mei 2024 wijst het