

ECLI:NL:GHAMS:2023:1911

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	08-08-2023
Datum publicatie	25-08-2023
Zaaknummer	200.328.124/01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Kort geding. Appellante is directeur/bestuurder van Stichting (geïntimeerde). Tussen hen bestaat ook een arbeidsovereenkomst. Anders dan rechtbank is voorshands niet gebleken dat door directeur/bestuurder verstrekte informatie zodanig onjuist is dat dit een buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Een besluit van het bevoegde orgaan tot ontslag van de bestuurder heeft in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg tenzij er sprake is van een wettelijk ontslagverbod die aan die beëindiging in de weg staat. Appellante had zich geruime tijd daarvoor ziekgemeld en is dat nadien gebleven. Van vlucht in ziekte is niet gebleken. Voorshands moet worden geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst daarom niet tot een einde is gekomen op 22 december 2022. Vordering tot doorbetaling loon toewijsbaar. Aannemelijk dat de rechter in de bodemprocedure de arbeidsovereenkomst zal ontbinden wegens verwijtbaar handelen of een verstoorde arbeidsverhouding en dat deze ontbinding uiterlijk op 5 december 2023 zal zijn uitgesproken. Daarom wordt de toegekende betaling van loon tot laatstgenoemde datum beperkt.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2023-1041 VAAN-AR-Updates.nl 2023-1041

Uitspraak

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.328.124/01 SKG

zaaknummer rechtbank (Amsterdam) : C/13/732489 / HA ZA 23-374

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 8 augustus 2023

inzake

[appellante] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellante,

advocaat: mr. M.L. Sterrenberg-Ellerbroek te Utrecht,

tegen:

STICHTING ATRIA, KENNISINSTITUUT VOOR EMANCIPATIE EN VROUWENGESCHIEDENIS,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. H.A. van Hapert te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellante] en Stichting Atria genoemd.

[appellante] is bij dagvaarding van 30 mei 2023 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 3 mei 2023, gewezen in kort geding als bedoeld in artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) onder bovenvermeld zaaknummer tussen haar als eiseres in conventie tevens verweerster in reconventie en Stichting Atria als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie. De appeldagvaarding bevat de grieven en is voorzien van producties.

Vervolgens heeft Stichting Atria een memorie van antwoord ingediend, eveneens met producties.

Op 14 juli 2023 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden waarbij partijen, door hun in de aanhef van dit arrest genoemde advocaten, hun standpunten nader hebben toegelicht aan de hand van schriftelijke aantekeningen die zijn overgelegd. Bij die gelegenheid heeft [appellante] nadere producties in het geding gebracht en hebben partijen enige vragen van het hof beantwoord.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellante] heeft geconcludeerd, kort gezegd en naar het hof begrijpt, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog haar in eerste aanleg ingestelde vorderingen, hierna onder 3.1 weergegeven, zal toewijzen, met veroordeling van Stichting Atria in de proceskosten in beide instanties en uitvoerbaar bij voorraad.

Stichting Atria heeft, kort gezegd en naar het hof begrijpt, geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep.

2 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 1, 1.1 tot en met 1.18, de feiten genoemd die zij in deze zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Met de grieven I tot en met V betoogt [appellante] dat de rechtbank de onder 1.4, 1.6, 1.7, 1.11 en 1.16 genoemde feiten onjuist heeft vastgesteld. Voor zover in hoger beroep van belang zal hiermee rekening worden gehouden in het hiernavolgende. Voor het overige bestaat over de juistheid van de door de kantonrechter genoemde feiten geen geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan, met dien verstande dat bij de beoordeling van het hoger beroep ook enkele andere, hierna te noemen, feiten zullen worden betrokken die tussen partijen niet in geschil zijn. Het gaat in deze zaak om het volgende.

(i) Stichting Atria is een stichting met (onder meer) als doel toonaangevend te zijn als landelijk en internationaal opererend kennisinstituut op het gebied van vrouwengeschiedenis en de emancipatie van vrouwen, in al hun diversiteit, en het bewerkstelligen van zowel gelijkwaardige gender- als etnische verhoudingen en het bevorderen van de naleving van internationale verdragen, afspraken en richtlijnen op het gebied van mensenrechten van vrouwen en gelijke behandeling.

(ii) [appellante] is door één van de leden van de Raad van Toezicht van Stichting Atria benaderd om te solliciteren, hetgeen [appellante] heeft gedaan. Daarbij heeft zij een uitgebreid cv meegestuurd. [appellante] is vervolgens op 1 oktober 2019 in dienst getreden van Stichting Atria als (statutair) directeur/bestuurder. Het laatstverdiende salaris bedraagt 10.931,99 bruto per maand, inclusief vakantiegeld en eindejaarsuitkering.

(iii) In artikel 1 van de arbeidsovereenkomst staat, voor zover van belang:

"Van de Algemeen Directeur-Bestuurder wordt verwacht dat zij zich richt naar de binnen de stichting en met de Raad van Toezicht overeengekomen geldende gebruikelijke normen ()"

(iv) De Raad van Toezicht van Stichting Atria (hierna: Raad van Toezicht) heeft in de periode van december 2021 tot maart 2022 diverse meldingen ontvangen over het gedrag van [appellante] , waaronder de melding op 20 maart 2022 van de (externe) vertrouwenspersoon van Stichting Atria. De directeur emancipatie heeft Stichting Atria namens de Minister van OC&W op 11 april 2022 bericht dat zij verschillende signalen heeft ontvangen over een verstoord werkklimaat en verdeeldheid binnen de organisatie.

(v) Stichting Atria heeft vervolgens besloten dat er een (extern) onderzoek moest worden uitgevoerd. [appellante] is betrokken bij de zoektocht naar een extern onderzoeksbureau.

(vi) Na ontvangst van verschillende offertes, welke op 25 mei 2022 zijn besproken in een bijeenkomst van de Raad van Toezicht, is gekozen voor bureau [bedrijf] (hierna: [bedrijf]).

(vii) Op 27 mei 2022 heeft [appellante] zich telefonisch ziekgemeld.

(viii) [bedrijf] is op 7 juli 2022 gestart met haar onderzoek naar (seksueel) grensoverschrijdend/intimiderend gedrag van [appellante] , althans niet integer handelen door [appellante] .

(ix) Bij brief van 10 oktober 2022 heeft [bedrijf] een vragenlijst aan [appellante] voorgelegd. [appellante] heeft daarop gereageerd.

(x) Op 1 november 2022 is [appellante] - naar eigen zeggen door omstandigheden - niet verschenen op het (telefonisch) spreekuur van de bedrijfsarts. Op 7 november 2022 is [appellante] door Stichting Atria gesommeerd haar re-integratieverplichtingen na te komen en is zij gewaarschuwd dat Stichting Atria het loon mag opschorten.

(xi) Naast het externe onderzoek door [bedrijf] heeft ook een intern onderzoek door de tijdelijke voorzitter van de Raad van Toezicht, mr. drs. [naam 1] (hierna: [naam 1]), plaatsgevonden. Dit onderzoek zag op gebeurtenissen rond (mogelijke) manipulatie van het medewerkerstevredenheid onderzoek (verder: MTO), fondsenwerving en het cv van [appellante] .

(xii) [bedrijf] heeft op 29 november 2022 aan Stichting Atria gerapporteerd. In het rapport van [bedrijf] is onder het kopje "2. Samenvatting" het volgende vermeld:

"Uit de gevoerde gesprekken, de ontvangen WhatsApp-berichten, e-mailberichten, video-opnamen en persoonlijke logboeken van (voormalig) medewerkers van Atria, werd bekend dat mevrouw [appellante] gedrag heeft vertoond dat buiten de grenzen ligt van wat als normaal geaccepteerd gekwalificeerd kan worden. Nu uit het onderzoek 21 personen bekend werden die het gedrag van mevrouw [appellante] als intimiderend () hebben ervaren, kan worden gesteld dat er in casu sprake is geweest van grensoverschrijdend gedrag. ()

Van de 23 gesproken personen hebben 21 personen aangegeven intimiderend gedrag te hebben ervaren van mevrouw [appellante] en hebben 5 personen aangegeven seksueel intimiderend gedrag van mevrouw [appellante] te hebben ervaren. ()

2.2.1. Intimiderend gedrag door mevrouw [appellante]

Het intimiderende gedrag van mevrouw [appellante] komt volgens vele gesprekspartners voort uit haar onberekenbare gedrag. Mevrouw [appellante] zou ogenschijnlijk uit het niets kwaad kunnen worden en dan gaan schreeuwen. Vanaf het moment dat mevrouw [appellante] als directeur/bestuurder is aangetreden, is er sprake geweest van een significant aantal medewerkers dat Atria heeft verlaten. Dit heeft volgens de gesprekspartners ertoe geleid dat zij een enorme werkdruk ervoeren. Gesprekspartners hebben diverse WhatsApp-berichten van mevrouw [appellante] als intimiderend ervaren. Tevens stuurde mevrouw [appellante] regelmatig in de avonden en weekenden WhatsApp-berichten aan medewerkers die door de medewerkers, na herhaaldelijk meldingen gedaan te hebben bij mevrouw [appellante] hier geen prijs op te stellen, als intimiderend zijn ervaren.

De gesprekspartners deelden mee dat zij het intimiderend vonden dat zij in de coronaperiode, ondanks dat de overheid het verzoek had gedaan zoveel mogelijk thuis te werken, toch door mevrouw [appellante] verplicht werden om naar kantoor te komen voor een overleg. De gesprekspartners vonden het intimiderend, omdat er een verplicht karakter aan zat en de medewerkers bang waren besmet te raken en/of mogelijk andere te besmetten. ()

Een gesprekspartner heeft aangegeven dat zij onder grote druk van, en intimidatie door, mevrouw [appellante] de inloggegevens heeft afgestaan van een anoniem medewerkerstevredenheidsonderzoek, zodat mevrouw [appellante] inzage kreeg in dit onderzoek en waarmee afbreuk werd gedaan aan de anonimiteit van het onderzoek. ()

Ook is uit onderzoek gebleken dat mevrouw [appellante] en de heer [naam 2] , na een brief van de ondernemingsraad waarin zorgen werden geuit die leefden binnen Atria, in gesprek met de OR dusdanig zouden hebben gereageerd, dat de leden van de OR als beangstigend en intimiderend ervoeren. Kort hierop is het contract van een van de OR-leden niet verlengd.

Mevrouw [appellante] zou daarover tegen het personeel verklaard hebben dat dit niet vanwege haar OR-rol was, maar omdat haar werkzaamheden niet meer nodig waren. Echter zouden andere medewerkers haar werkzaamheden aangeboden hebben gekregen waardoor haar functie niet overbodig leek. ()

2.2.2. (**Seksueel**) grensoverschrijdend gedrag door mevrouw [appellante]

Gesprekspartners voelden zich (seksueel) geïntimideerd door mevrouw [appellante] . Dit heeft onder meer te maken met de verplichte danssessies die zij heeft geïntroduceerd bij de ochtendpitch. 6 medewerkers vonden de danssessies intimiderend en/of seksueel grensoverschrijdend omdat het als een verplichting voelde en de borsten, bodembekkenspiers en seksualiteit ingezet moesten worden tijdens de dans.

Gesprekspartners gaven aan dat mevrouw [appellante] regelmatig seksueel getinte opmerkingen uitte, zowel mondeling als via WhatsApp. Enkele uitspraken van mevrouw [appellante] , die door de gesprekspartners zijn genoemd zijn:

- * Ze werd daar denk ik nat van;
- * Oh jee, de directeur maakt een seksgrapje, dat mag ik niet meer doen want mensen schrijven daarover in het MTO, vind jij het erg als ik af en toe een seksgrapje maak?;
- * mannen kunnen niet met hun vagina denken;
- * cross your fingers and spread your legs;
- * Je bent altijd met mij in mijn hart, en ergens anders ook, on the top of my clitoris.;
- * Natuurlijk MeToo, MeToo, seksuele intimidatie;
- * Thats just briljant, I had multiple orgasms! Mag ik dat zeggen, of is dat grensoverschrijdend?;
- * de opgedroogde kutjes;
- * je met je kutje moet knijpen.

()

Tevens werd uit het onderzoek bekend dat mevrouw [appellante] seksueel overschrijdend gedrag heeft vertoond bij diverse gelegenheden waarbij zij voor radio of televisie werd geïnterviewd. Zo zou mevrouw [appellante] volgens een gesprekspartner voor een externe geluidsman haar bovenlichaam ontbloot tot op haar bh en gezegd dat hij de microfoon daar maar moest ophangen. Bij een andere gelegenheid heeft mevrouw [appellante] haar rok zo hoog opgetrokken dat zij in haar string stond (hiervan zijn camerabeelden) en zou zij al dansend naar voren zijn gelopen. Tevens zou volgens een van de gesprekspartners bij een ander interview mevrouw [appellante] met haar rok opgetrokken naar het bureau van de secretaresse zijn gelopen en daar met de billen naar de secretaresse gekeerd gevraagd hebben een zender op te hangen. Mevrouw [appellante] zou zich in het bijzijn van een andere medewerker, zonder voorafgaande melding, zich tot haar ondergoed hebben uitgetkleed en andere kleding hebben aangetrokken. ().

Ook heeft een medewerker verklaard ongevraagd een zoen te hebben gekregen van mevrouw [appellante] in haar nek. Uit de gesprekken werd ook bekend dat mevrouw [appellante] , tijdens een borrel, haar lichaam tegen een mannelijke medewerker zou hebben aangedrukt op een podium, terwijl ze in de microfoon riep,sexueel grensoverschrijdend gedrag, Metoo. ()

Uit het onderzoek werd bekend dat mevrouw [appellante] niet integer handelde inzake de omgang en afhandeling van arbeidsrechtelijke zaken. Tevens werd bekend dat mevrouw [appellante] ook niet-professioneel gedrag vertoonde. ()

Uit het onderzoek werd bekend dat in de periode dat mevrouw [appellante] directeur/bestuurder is bij Atria, er een significant verloop in medewerkers was. In de periode van vrijdag 1 oktober 2019 tot eind december 2021 zijn 46 personen vertrokken bij Atria. Diverse gesprekspartners deelden mee dat op het moment dat zij tegen mevrouw [appellante] ingingen, mevrouw [appellante] dit aangreep om afscheid te nemen van deze medewerkers. Tevens gaven twee gesprekspartners aan dat zij werden gevraagd om een ontslagdossier op te bouwen voor andere medewerkers. Opgemerkt dient te worden dat veel arbeidscontracten werden beëindigd via een vaststellingsovereenkomst (VSO) met geheimhoudingsbepalingen, waarbij regelmatig de tussenkomst van een rechter noodzakelijk was. Hierdoor zijn er door Atria onnodig hoge kosten gemaakt voor onder andere afkoopregelingen en advocaatkosten.

Uit de gesprekken werd bekend dat één zieke medewerker die haar ontslag had aangekondigd, door mevrouw [appellante] werd verplicht om verlofuren op te nemen. Nadat haar advocaat hierop bezwaar maakte werd deze verplichting teruggedraaid door mevrouw [appellante] en werden de verlofuren alsnog uitbetaald. ()

Uit de gesprekken werd onder meer bekend dat mevrouw [appellante] , in strijd met de geldende regels, zakelijke e-mailberichten naar haar privé e-mailadres dan wel een e-mailadres van een derde doorstuurde, of aan medewerkers verzocht e-mailberichten daar naartoe te sturen.

Ook werd bekend dat mevrouw [appellante] op kosten van Atria lunchte op de dagen dat zij op kantoor was, zonder dat daar een geldig beleid voor was. Deze lunches liet zij meestal halen door een van haar medewerkers. () Het is binnen Atria gebruikelijk dat medewerkers zelf voor hun lunch zorgen. ()

2.7 Hoor en wederhoor mevrouw [appellante]

Op maandag 10 oktober 2022 zijn schriftelijke vragen gesteld aan mevrouw [appellante] naar aanleiding van de onderzoeksbevindingen. Op donderdag 27 oktober 2022 ontvingen onze medewerkers van mevrouw [appellante] een reactie op de vragenlijst.

Met betrekking tot het seksueel grensoverschrijdend en intimiderend gedrag verklaarde mevrouw [appellante] , in zijn algemeenheid, dat zij vrij spreekt over seks gerelateerde zaken en dat dat voortvloeit uit haar Tunesische jeugd en achtergrond.

Omtrent de uitspraken met een seksuele component verklaarde mevrouw [appellante] deze grotendeels niet te herkennen en een aantal wel. Uit de reactie van mevrouw [appellante] valt niet op te maken in welke uitspraken zij zich wel of niet herkent. ()"

(xiii) Bij brief van 5 december 2022 heeft Stichting Atria op de voet van artikel 3:49 van het Burgerlijk Wetboek (BW) de arbeidsovereenkomst met [appellante] vernietigd op grond van bedrog althans dwaling. In de brief heeft Stichting Atria het - volgens haar - grensoverschrijdende gedrag van [appellante] , het door [appellante] wijzigen van de uitkomsten van het MTO, de onjuistheden in het cv van [appellante] en het door [appellante] niet beschikken over fondsenwervende kwaliteiten aan de orde gesteld.

(xiv) Bij brief van 6 december 2022 heeft Stichting Atria [appellante] opgeroepen voor een vergadering van de Raad van Toezicht van 22 december 2022 met op de agenda voor die vergadering het (voorwaardelijk) ontslagbesluit van [appellante] als statutair directeur.

(xv) Stichting Atria heeft [appellante] op 13 en 15 december 2022 in de gelegenheid gesteld het rapport van [bedrijf] en het interne rapport van [naam 1] te komen inzien op het kantoor van de

advocaat van Stichting Atria. [appellante] noch haar advocaat hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

(xvi) [appellante] en haar advocaat hebben zich op 22 december 2022 s ochtends voor de vergadering van de Raad van Toezicht afgemeld en zijn niet op die vergadering verschenen.

(xvii) Tijdens de vergadering van de Raad van Toezicht op 22 december 2022 is unaniem besloten tot voorwaardelijk ontslag van [appellante] als statutair directeur van Stichting Atria. Bij e-mail van 27 december 2022 is dit besluit aan [appellante] kenbaar gemaakt.

(xviii) [appellante] heeft bij dagvaarding van 1 februari 2023 gevorderd - naar het hof begrijpt - dat de kantonrechter zal verklaren voor recht dat Stichting Atria de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft vernietigd en dat de arbeidsovereenkomst is blijven bestaan, voorts dat Stichting Atria de arbeidsovereenkomst in strijd met het opzegverbod wegens ziekte heeft opgezegd, en, ten slotte, dat de kantonrechter Stichting Atria zal veroordelen tot doorbetaling van loon inclusief alle emolumenten tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Deze procedure die ook wel de bodemprocedure wordt genoemd, is thans nog aanhangig en staat bekend onder zaaknummer C/13732489 / HA ZA 23-374. Stichting Atria heeft bij verzoekschrift van 16 februari 2023 voorwaardelijk, te weten voor het geval de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd op 5 of 22 december 2022, de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Deze procedure is thans nog aanhangig en bekend onder zaaknummer 732447 HA RK 23-122. [appellante] heeft bij verzoekschrift van 22 maart 2023 de kantonrechter verzocht haar ten laste van Stichting Atria een contractuele vergoeding dan wel een transitievergoeding alsmede een billijke vergoeding toe te kennen in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze zaak die bekend is onder zaaknummer 732448 HA RK 23-123, is wegens onbevoegdheid van de kantonrechter verwezen naar het team handelszaken van de rechtbank. Ook de hiervoor vermelde zaken, bekend onder zaaknummers 732447 HA RK 23-122 en C/13732489 / HA ZA 23-374 die gevoegd zijn, zullen door de handelskamer van de rechtbank worden behandeld.

3 Beoordeling

- 3.1 [appellante] heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd Stichting Atria, bij wege van voorlopige voorziening en uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling van het loon c.a. van [appellante] vanaf 5 december 2022 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd, te vermeerderen met de wettelijke verhoging ad 50 %, en voorts alsmede tot overlegging van het volledige niet geanonimiseerde rapport van [bedrijf] betreffende het onderzoek naar grensoverschrijdend gedrag van [appellante] binnen drie dagen na het te wijzen vonnis, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 5.000,- per dag dat Stichting Atria in gebreke blijft hieraan te voldoen, alles met veroordeling van Stichting Atria in de proceskosten.
- 3.2 Nadat Stichting Atria verweer had gevoerd tegen de vorderingen en een eis in reconventie had ingesteld, heeft de rechtbank zowel de vorderingen in conventie als die in reconventie afgewezen en de beslissing omtrent de proceskosten aangehouden tot de eindbeslissing in de tussen partijen aanhangige hoofdzaak. De rechtbank heeft - kort gezegd en voor zover in hoger van belang - met betrekking tot de vorderingen in conventie overwogen dat voorshands onvoldoende zeker is dat de arbeidsovereenkomst van [appellante] op 5 december 2022 niet rechtsgeldig buitengerechtelijk is vernietigd en dat daarnaast geldt dat het vennootschapsrechtelijke ontslag mogelijk ook het arbeidsrechtelijke einde van het dienstverband tot gevolg heeft, indien komt vast te staan dat [appellante] ten tijde van haar ziekmelding wist of voorzag dat haar ontslag aanstaande was en dus sprake is van een tactische ziekmelding. Met betrekking tot dit laatste heeft de rechtbank overwogen dat [appellante] , op het moment dat zij zich ziek meldde, wist dat een onderzoek zou gaan plaatsvinden naar vermeend grensoverschrijdend gedrag en dat dit op haar betrekking had. De

rechtbank heeft voorts overwogen dat voor een juist en volledig beeld een grondig onderzoek naar de feiten en omstandigheden rondom de gebeurtenissen bij de indiensttreding van [appellante] bij Stichting Atria en de ziekmelding van [appellante] alsmede de gestelde gedragingen nodig is alvorens een oordeel kan worden gegeven over de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst op 5 december 2022 dan wel het ontslag op 22 december 2022 en dat de gevorderde voorlopige voorziening, vooruitlopend daarop, niet kan worden toegewezen. Met betrekking tot de vordering van [appellante] tot afgifte van het [bedrijf] rapport, heeft de rechtbank overwogen dat [appellante] geen aanspraak kan maken op afgifte van een niet geanonimiseerde versie en dat [appellante] gelegenheid heeft gehad een volledig en niet-geanonimiseerd rapport in te zien.

- 3.3 Tegen bovengenoemde oordelen en de daartoe leidende overwegingen komt [appellante] in hoger beroep op met tien grieven waarbij abusievelijk de achtste grief is genummerd als grief VII. Stichting Atria bestrijdt de grieven. De omvang van het onderhavige hoger beroep is beperkt tot de beslissingen van de rechtbank in conventie aangezien Stichting Atria tegen de beslissingen in reconventie niet is opgekomen.

Spoedeisend belang

- 3.4 [appellante] heeft ook in hoger beroep gesteld dat zij een spoedeisend belang heeft bij haar vordering strekkende tot loonbetaling nu zij voor haar levensonderhoud vrijwel geheel afhankelijk is van het loon dat zij met ingang van 5 december 2022 niet meer ontvangt. Ter zitting in hoger beroep heeft zij in dit verband verklaard dat zij de afgelopen periode met hulp van vrienden en familie overeind is gebleven en dat de bank haar tijdelijk uitstel heeft gegeven inzake het voldoen van de hypotheeklasten. [appellante] heeft tevens verklaard dat haar dansstudio Dance like a Star nauwelijks inkomsten genereert. Stichting Atria heeft weliswaar het gestelde spoedeisend belang betwist omdat [appellante] via derden en haar dansstudio inkomsten zou genereren, maar zij heeft aan die betwisting onvoldoende feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd waaruit zou kunnen volgen dat [appellante] zelfstandig in haar levensonderhoud kan voorzien. Gelet hierop alsmede de aard van de vordering (betaling van loon ter voorziening in het levensonderhoud) is het hof van oordeel dat [appellante] een spoedeisend belang heeft bij haar vordering voor zover die betrekking heeft op betaling van loon.

- 3.5 In dit geval gaat het om een kort geding, waarin [appellante] , na het opkomen in rechte tegen de vernietiging van de arbeidsovereenkomst d.d. 5 december 2002 en het inroepen van de nietigheid van het (voorwaardelijk) ontslag, aanspraak maakt op doorbetaling van haar loon. Het hof zal daarom moeten toetsen of voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat de vernietiging van de arbeidsovereenkomst niet in stand zal blijven, en indien dit het geval is, het (arbeidsrechtelijke) ontslag niet rechtsgeldig is verleend. Het hof zal daartoe de grieven zoveel mogelijk gezamenlijk behandelen.

Vernietiging arbeidsovereenkomst wegens bedrog/dwaling?

- 3.6 [appellante] stelt dat de buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet in stand kan blijven aangezien er geen sprake is dwaling of bedrog. Het hof acht voldoende aannemelijk dat de rechter de vordering van [appellante] in de hiervoor onder 2 sub (xviii) bedoelde bodemprocedure (zaak met nummer C/13732489 / HA ZA 23-374) toewijsbaar zal achten op één of meer van de door [appellante] aangevoerde grondslagen. Daartoe wordt het volgende overwogen. Op grond van de stukken en hetgeen ter zitting in hoger beroep is verhandeld is voldoende aannemelijk geworden dat Stichting Atria ten tijde van de indiensttreding van [appellante] beschikte over voldoende informatie met betrekking tot [appellante] , dat Stichting Atria onderzoek heeft gedaan naar de achtergrond en werkervaring van [appellante] en dat [appellante] de gevraagde informatie heeft aangeleverd zonder dat is gebleken dat die informatie zodanig onjuist is geweest dat die een buitengerechtelijke vernietiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Hoewel is gebleken dat [appellante] , ondanks de vermelding op haar cv, geen gender studies heeft gestudeerd, staat vast dat het voltooien van een dergelijke studie niet als functie-eis in de vacaturetekst is opgenomen. Daarbij komt dat Stichting Atria een zorgvuldige selectieprocedure heeft gehanteerd waarin 22 kandidaten zijn

beoordeeld en dat zowel de selectiecommissie als de klankbordgroep van Stichting Atria een uitgesproken voorkeur had voor [appellante] hetgeen onder meer blijkt uit de volgende passage uit de beschrijving van het proces werving en selectie van [appellante] , gedateerd mei 2023: *"We zochten naar vuur en wijsheid, dat is in deze, van oorsprong Tunesische kandidaat verenigd. De keuze voor [appellante] betekent een doorbraak in de huidige wijze van werken en de strategie van Atria. [appellante] vertegenwoordigt ten eerste het academische gezicht van Atria, ze studeerde aan de Sorbonne en promoveerde. Op haar naam staan niet alleen vele publicaties waaruit zowel visie als passie spreken. Ze draagt een moderne visie op emancipatie uit met hoofd, hart en buik, of beter: ze leeft haar gedachtegoed. We spraken eerder in de RvT over het aanboren van andere geldbronnen, zoals het bedrijfsleven. [appellante] ziet dit als een belangrijk onderdeel van haar missie. Haar netwerk is groot, ook in die wereld. Daarnaast spreekt ze vijf talen. De woorden die werden genoemd bij haar zijn: intuïtief, charisma, businessblik, overstijgende visie, aandacht, inspirerend, energie, gericht op samenwerking, mobiliseren van de denkracht van Atria, intermenselijk open, open houding, leider, oprecht, visie op gender balance en ondernemer."* Voorts is van belang dat [appellante] een lijst met referenten, mensen met wie [appellante] vaak jaren had samengewerkt in verschillende sectoren heeft verstrekt aan Stichting Atria en dat de selectiecommissie die referenties heeft nagetrokken. Tegen de achtergrond van het voorgaande acht het hof voorshands niet aannemelijk dat Stichting Atria bij de indienstneming van [appellante] is bedrogen dan wel heeft gedwaald. Voor zover Stichting Atria betoogt dat zij niet zou hebben geweten dat [appellante] tijdens het dienstverband grensoverschrijdend gedrag zou vertonen en het MTO-rapport heimelijk zou aanpassen en in zoverre heeft gedwaald, wordt dat betoog verworpen omdat het gestelde grensoverschrijdend gedrag en aanpassing van het MTO-rapport toekomstige omstandigheden betreffen die ten tijde van de indiensttreding niet aan de orde waren en Stichting Atria daaromtrent dus niet kan hebben gedwaald.

Opzegging arbeidsovereenkomst rechtsgeldig?

- 3.7 Met betrekking tot het arbeidsrechtelijke ontslag dat in beginsel een gevolg is van het beëindigingsbesluit van de Raad van Toezicht op 27 december 2022 is het hof met [appellante] voorshands van oordeel dat dit ontslag wegens strijd met het opzegverbod tijdens ziekte in de bodemprocedure geen stand zal houden. Daartoe overweegt het hof als volgt. Vooropgesteld wordt dat ontslag van een statutaire bestuurder die voor de rechtspersoon werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst met de rechtspersoon, ook een einde maakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Daarom heeft te gelden dat een besluit van het bevoegde orgaan tot ontslag van de bestuurder in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (vgl. HR 13 november 1992, NJ 1993/265 (Levison/MAB Groep)) of indien partijen anders zijn overeengekomen. In het onderhavige geval staat vast dat [appellante] zich op 27 mei 2022 heeft ziek gemeld en dat zij nadien is verwezen naar de bedrijfsarts. Hoewel [appellante] op 1 november 2022 niet was verschenen op het spreekuur van de bedrijfsarts, stond zij nog steeds als ziek geregistreerd en was in deze situatie ten tijde van de uitnodiging van 6 december 2022 voor de vergadering van de Raad van Toezicht van 22 december 2022 en het op die vergadering genomen besluit tot ontslag van [appellante] als statutair bestuurder geen verandering gekomen. Dit blijkt mede uit het door partijen ondertekende Plan van Aanpak dat opgesteld is in het kader van de re-integratie waarin is vermeld dat een belangrijke oorzaak van de ziekte van [appellante] is de ernstige verstoring van de verhouding tussen de Raad van Toezicht en [appellante] . Ook uit het verslag van de bedrijfsarts van 28 december 2022 volgt dat [appellante] nog steeds niet inzetbaar was voor werk zolang het hoogopgelopen conflict met Stichting Atria niet was opgelost. Dit brengt met zich dat de hierboven genoemde uitzondering zich voordoet hetgeen betekent dat het ontslag van [appellante] als statutair bestuurder niet tevens beëindiging van haar dienstbetrekking tot gevolg heeft aangezien sprake is van een wettelijk opzegverbod. Anders dan Stichting Atria heeft betoogd, is hier geen sprake van vlucht in ziekte nu de ziekmelding (27 mei 2022) dateert van ver vóór de aankondiging van het voornemen tot ontslag van [appellante] als statutair bestuurder (6 december 2022). Ook de omstandigheid dat [appellante] twee dagen na de aankondiging van het onderzoek naar haar gedragingen zich heeft ziek gemeld leidt niet tot een ander oordeel aangezien op dat moment (een

voornemen tot) ontslag niet aan de orde was terwijl niet uitgesloten kan worden geacht dat de aankondiging van het onderzoek een zodanige belasting heeft gehad voor [appellante] dat deze heeft bijgedragen aan de ziekmelding. Aldus moet voorshands ervan worden uitgegaan dat de arbeidsovereenkomst van [appellante] niet tot een einde is gekomen op 22 december 2022 en thans nog doorloopt. Daarmee heeft [appellante] in beginsel recht op loon. Voor zover Stichting Atria meent dat [appellante] geen recht heeft op loon omdat zij haar re-integratieverplichtingen niet is nagekomen, althans haar verplichting te voldoen aan oproepen van de bedrijfsarts heeft geschonden doordat zij op 1 november 2022 en 28 december 2022 niet is verschenen op diens spreekuur, leidt dit, wat daarvan ook zij, niet tot een ander oordeel aangezien niet is gebleken dat Stichting Atria, hoewel dat mogelijk had gekund, het loon heeft opgeschort, zoals ter zitting in hoger beroep Stichting Atria dit heeft bevestigd. Ook de omstandigheid dat Stichting Atria twijfels had over de arbeidsongeschiktheid van [appellante] althans de lage inzetbaarheid van [appellante], kan haar niet baten. Zoals de bedrijfsarts in zijn hiervoor genoemde verslag van 28 december 2022 Stichting Atria erop had gewezen, had Stichting Atria, zo nodig, zich kunnen wenden tot het UWV om een second opinion aangaande de arbeidsongeschiktheid van [appellante] te verkrijgen. Stichting Atria heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt zodat overeenkomstig het oordeel van de bedrijfsarts het ervoor moet worden gehouden dat [appellante], vanwege beperkingen, niet in staat was tot het verrichten van arbeid.

- 3.8 Het voorgaande leidt ertoe dat de vordering tot betaling van het loon vanaf 5 december 2022 toewijsbaar is. Mede in aanmerking genomen de inhoud van het [bedrijf] -rapport zoals hiervoor onder 2 sub (xii) gedeeltelijk weergegeven, waaruit het beeld naar voren komt dat [appellante] grensoverschrijdend en intimiderend gedrag heeft vertoond, acht het hof het aannemelijk dat de rechter in de ontbindingsprocedure tot het oordeel komt dat de arbeidsovereenkomst zal moeten worden ontbonden wegens verwijtbaar handelen van [appellante] dan wel een verstoorde arbeidsverhouding. Gelet daarop alsmede dat naar verwachting die ontbinding uiterlijk op 5 december 2023 zal zijn uitgesproken, zal het hof de toewijzing van de gevorderde loonbetaling beperken tot 5 december 2023.
- 3.9 Met betrekking tot de vordering van [appellante] Stichting Atria te veroordelen tot overlegging van het volledige niet geanonimiseerde rapport van [bedrijf], overweegt het hof dat [appellante] niet heeft gesteld, en ook overigens niet is gebleken, dat zij een spoedeisend belang heeft bij deze vordering, zodat deze vordering in dit kort geding niet voor toewijzing in aanmerking komt.
- 3.10 De slotsom is dat de grieven slagen voor zover zij ertoe strekken Stichting Atria te veroordelen tot betaling van het loon vanaf 5 december 2022. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd voor zover daarbij de provisionele vordering van [appellante] strekkende tot loonbetaling is afgewezen en Stichting Atria zal alsnog worden veroordeeld tot betaling van het loon c.a. vanaf 5 december 2022 tot aan 5 december 2023. Voor het overige zal het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie gewezen worden bekrachtigd. Dit laatste betekent dat de gevorderde wettelijke verhoging en afgifte van het volledige niet geanonimiseerde rapport van [bedrijf] ook in hoger beroep niet toewijsbaar zijn. Met betrekking tot de wettelijke verhoging geldt dat het hof voorshands van oordeel is dat de bodemrechter de wettelijke verhoging zal matigen tot nihil.
- 3.11 Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Stichting Atria in de kosten van het geding in beide instanties worden veroordeeld.

4 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover daarbij de provisionele vordering van [appellante] tot betaling van loon is afgewezen, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Stichting Atria tot betaling aan [appellante] van het loon c.a. vanaf 5 december 2022 tot 5 december 2023;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie gewezen voor het overige;

veroordeelt Stichting Atria in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [appellante] begroot op 86,- aan verschotten en 170,- voor salaris, en in hoger beroep tot op heden op 475,42 aan verschotten en 2.366,- voor salaris;

verklaart dit arrest met betrekking tot de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.L.D. Akkaya, T.S. Pieters en E. Loesberg en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 8 augustus 2023.