

ECLI:NL:RBNHO:2016:11134

Instantie	Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak	27-01-2016
Datum publicatie	24-01-2017
Zaaknummer	C/14/154446/HA ZA 14-178
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Bodemzaak Eerste aanleg - meervoudig Op tegenspraak
Inhoudsindicatie	Beroep op rechtsverwerking slaagt.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JONDR 2017/558 RO 2017/41 AR 2017/407 AR-Updates.nl 2017-0091 VAAN-AR-Updates.nl 2017-0091

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Afdeling privaatrecht
Sectie handel & insolventie
Zittingsplaats Alkmaar

zaaknummer / rolnummer: C/14/154446 / HA ZA 14-178

Vonnis van 27 juli 2016

in de zaak van

de naamloze vennootschap

ORTHOCENTER N.V.,

gevestigd te Purmerend,

eiseres,

advocaat mr. E.P. Groenewegen-Caris te 's-Gravenhage,

tegen

[gedaagde] ,

wonende te [woonplaats] ,

gedaagde,

advocaat mr. J.P. Koets te Haarlem.

Partijen zullen hierna Orthocenter en [gedaagde] genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 13 mei 2014 met bijhorende akte overlegging producties (1 t/m 11);
- de conclusie van antwoord van 13 augustus 2014 met producties (1 t/m 21);
- de akte overlegging producties van Orthocenter van 11 maart 2015 (12 en 13);
- het tussenvonnissen van 2 september 2015;
- de akte overlegging aanvullende producties van 10 september 2015 van [gedaagde] (22 t/m 47);
- de akte wijziging eis tevens overlegging producties van 10 september 2015 van Orthocenter (14 t/m 23);
- de akte overlegging van producties van 10 september 2015 van Orthocenter (24 t/m 29);
- het proces-verbaal van comparitie van 10 september 2015;
- de conclusie van repliek, tevens houdende vermeerdering van eis, met producties (30 t/m 47);
- de conclusie van dupliek, met producties (49 t/m 54);
- de akte uitlaten producties aan de zijde van Orthocenter.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald. De bij brief van de rechtbank van 30 maart 2016 gedane mededeling is nadien door de feiten achterhaald, zodat het vonnis door de oorspronkelijke samenstelling van de meervoudige kamer wordt gewezen.

2 De feiten

2.1. Orthocenter is een onderneming, die activiteiten ontplooit op het gebied van mondzorg (orthodontie en algemene tandheelkunde), exploitatie van onroerend goed, onderwijs op tandheelkundig terrein en inkoop van tandheelkundige materialen. Orthocenter heeft verschillende vestigingen, onder meer in Alkmaar, Heerhugowaard en IJmond, met elk een vestigingsmanager (hierna: VM).

2.2. Tot eind 2012 bestond het bestuur van Orthocenter uit [gedaagde] , als statutair directeur in het bijzonder belast met operationeel management, en de heer [z] (hierna: [z]), als algemeen statutair directeur in het bijzonder belast met onder meer financiële en administratieve zaken. Sinds december 2012 is [gedaagde] niet langer lid van het bestuur.

2.3. De Raad van Commissarissen van Orthocenter (hierna: de RvC) bestaat uit de heren [v] [k] en [x] .

2.4.

Op grond van een schriftelijke arbeidsovereenkomst d.d. november 2003 was [gedaagde] als (statutair) directeur van Orthocenter werkzaam gedurende 3 dagen per week en na een addendum d.d. november 2009 gedurende 4 dagen per week.

- 2.5. Op grond van een separate schriftelijke arbeidsovereenkomst eveneens d.d. november 2003 was [gedaagde] aangesteld als VM voor de vestiging Heerhugowaard voor gemiddeld 2 dagen per week. Deze overeenkomst bepaalt dat het voltijdse vaste (basis)salaris van de vestigingsmanager van de praktijk te Heerhugowaard per 1 november 2003 105.000,- bruto per jaar bedraagt en dat een hoger salaris van toepassing is voor zover dit meerdere is gebaseerd op 22,2% van de behaalde omzet. Verder is daarin bepaald dat het hem is toegestaan in overleg met [z] als algemeen directeur zijn werkzaamheden in belangrijke mate te delegeren.
- 2.6. Bij brief van 1 juni 2004 heeft [gedaagde] aan Orthocenter geschreven zijn arbeidscontract als VM Heerhugowaard per 1 juni 2004 te beëindigen. Op 1 september 2004 is als VM Heerhugowaard aangesteld dhr. [P] (hierna: [P]) tegen een vergoeding van 17% van de omzet van de vestiging Heerhugowaard.
- 2.7. In een "verslag directie van 21 juni 2004" in concept staat vermeld- voor zover relevant - :
"()
4. [P]
Hij is akkoord met de vermelding dat vervanging door [gedaagde] in de orthopraktijk bij het doen van werk voor de academie in werktijd met een opbrengst van 750,- euro per dag tegen dezelfde kosten gebeurt. Wij zullen vermelden dat Orthocenter de kosten van vervanging dan voor haar rekening neemt. Orthocenter en [gedaagde] komen overeen dat dit gaat tegen een bedrag van 750,-- euro.
()"
- 2.8. In een email-wisseling in augustus 2004 tussen [gedaagde] , [z] en de heer [b] , controller van Orthocenter (productie 2 bij conclusie van antwoord), wordt over en weer ervan uitgegaan dat de vergoedingen voor [P] en voor [gedaagde] op elkaar van invloed zijn, dat [gedaagde] vanaf 1 september 2004 voor zijn diensten in de vestiging Heerhugowaard 5,2% van de omzet ontvangt, gebaseerd op zijn Heerhugowaard-contract van 22,2% waarop de vergoeding aan [P] van 17% in mindering is gebracht.
- 2.9. Bij mail van 28 januari 2007 van [z] aan [gedaagde] stemt [z] voor de periode dat in IJmond geen opvolger beschikbaar is in met het schriftelijke voorstel van [gedaagde] met betrekking tot honorering IJmond Orthodontist en tandarts van 21% van de omzet, dat deels aan [gedaagde] en deels aan een collega zal worden uitbetaald.
- 2.10. In een verslag van de directievergadering van 1 maart 2011 is onder meer het volgende opgenomen:
" M.r [gedaagde] is inmiddels gemiddeld minimaal 6 dagen per week bezig met het vervullen van zijn taken (directie, OC HHw en NV) , hij zal de extra dagen , boven de 4 werkdagen voor de directietaak, declareren als vestigingsmanager tegen een tarief van 750 per feitelijke werkdag, naast het directiesalaris, voor zolang dit nodig is en het tarief niet daalt.
()"
- 2.11. Orthocenter heeft aan [gedaagde] over de periode januari 2004 tot en met augustus 2004 de omzetvergoeding van 22,2% voor VM betaald over de omzet van vestiging Heerhugowaard.
- 2.12. Orthocenter heeft aan [gedaagde] over de periode van september 2004 tot en met december 2010 een vergoeding betaald van 5,2% over de omzet van de vestiging Heerhugowaard, bedragend in totaal 300.982,-.

2.13. Orthocenter heeft aan [gedaagde] voor het invallen als VM over de jaren in totaal 117.766,- betaald. De vergoeding bestond voor invallen als VM Heerhugowaard uit 10% van de vestigingsomzet, als VM IJmond uit 21% van de vestigingsomzet en voor Alkmaar uit 19% van de omzet.

2.14. Orthocenter heeft aan [gedaagde] voor het invallen als patiëntbehandelaar in totaal een bedrag betaald van 147.375,- (tegen een vergoeding van 750,- per dag)

2.15. In opdracht van Orthocenter heeft Deloitte Accountants B.V. (hierna: Deloitte) een onderzoeksrapport d.d. 3 mei 2012 uitgebracht. Blijkens de opdrachtbrief van 29 maart 2012 had Deloitte de opdracht aan de hand van door de controller van Orthocenter per directielid opgesteld overzicht "Berekening vergoeding" over de jaren 2004 tot en met 2011, vast te stellen of deze in overeenstemming zijn met de formele afspraken (blijkend uit arbeidsovereenkomsten, addenda daarop en notulen RvC), vast te stellen of voor de jaren 2010 en 2011 de vergoeding volgens het overzicht overeenkomt met de betreffende loonadministratie, na te gaan of sprake is van aan/afwezigheidsregistratie van directieleden en te onderzoeken voor de jaren 2010 en 2011 of de in de overzichten genoemde componenten op die registratie kunnen worden afgestemd. Het rapport meldt:

"Ad a. Vergoeding uit hoofde van directiefunctie

() Wij hebben vastgesteld dat de directievergoeding overeenkomt met de "arbeidsovereenkomst statutair directeur" uit november 2003. () De verstrekte bonussen komen overeen met de gegevens zoals verstrekt door de voorzitter van de Raad van Commissarissen.

()

Ad b. Omzetvergoeding Heerhugowaard 22,2%

() De vergoeding komt overeen met hetgeen is opgenomen in artikel 3 van de arbeidsovereenkomst uit november 2003. () In een brief van de heer [gedaagde] d.d. 1 juni 2004 gericht aan de directie van Orthocenter N.V. bevestigt de heer [gedaagde] dat zijn arbeidscontract als vestigingsmanager Heerhugowaard per 1 juni 2004 eindigt. In de ons verstrekte gegevens is geen formele bevestiging van het beëindigen van de functie als vestigingsmanager opgenomen. De periode tot wanneer de vergoeding is opgenomen wijkt van de beëindigingsdatum volgens de brief van de heer [gedaagde] , maar correspondeert met de ingangsdatum van de inzet van de heer [P] als vestigingsmanager in Heerhugowaard.

Ad c. Omzetvergoeding Heerhugowaard 5,2%

()

De genoemde 5,2% wordt tevens genoemd in de (van de heer [gedaagde] verkregen, ongetekende) verslagen van de directievergaderingen van 20 februari en 12 maart 2004.

()

Ad d. Omzetvergoeding overig

Wij hebben van de heer [b] begrepen dat deze vergoeding betrekking heeft op het invallen van de heer [gedaagde] als vestigingsmanager in de vestigingen Heerhugowaard, IJmond en Alkmaar. () Als voorbeeld voor de onderbouwing van betreffende vergoeding hebben wij van de heer [gedaagde] een mailbericht d.. 28 januari 2007 tussen beide directieleden waarin de afspraak voor de IJmond is overeengekomen.

Op deze vergoeding is een bedrag van 20.250 in mindering gebracht met omschrijving dagvergoeding Carsten Hill (2007 15.750) en inhuur de heer [o] (2009 4.500). Wij hebben van de heer [b] begrepen dat vergoeding heeft plaatsgevonden op basis van een opgave van betreffende dagen door de heer [gedaagde] en op basis van de gebruikelijk afspraken binnen Orthocenter (in casu % van de omzet). In de ons overgelegde stukken hebben wij geen formele afspraken aangetroffen.

Ad e. Inval

Wij hebben van de heer [b] begrepen dat deze vergoeding betrekking heeft op het invallen van de heer [gedaagde] als orthodontist in de verschillende vestigingen. Wij hebben van de heer [b] begrepen dat vergoeding heeft plaatsgevonden op basis van een opgave van betreffende dagen door de heer [gedaagde] en op basis van de gebruikelijk afspraken binnen Orthocenter (in casu 750 per dag). De vergoeding sluit aan met de in het (ongetekende) verslag van de directievergadering van 1 maart 2011 waarin het volgende is opgenomen:

"..Mr. [gedaagde] is inmiddels gemiddeld minimaal 6 dagen per week bezig met het vervullen van zijn taken (directie, OC HHw en NV), hij zal de extra dagen, boven de 4 werkdagen voor de directietaak, declareren als vestigingsmanager tegen een tarief van 750 per feitelijke werkdag, naast het directiesalaris, voor zolang dit nodig is en het tarief niet daalt"

In de ons overgelegde stukken hebben wij geen aanvullende formele afspraken aangetroffen.

3. Overige bevindingen

Wij hebben vastgesteld dat de berekening van het als omzetvergoeding opgenomen bedrag, op basis van de in de overzichten vermelde percentage, op correcte wijze is berekend;

Genoemde omzetten die als basis dienen voor de berekening van de omzetvergoeding voor de jaren 2010 en 2011 op juiste wijze zijn ontleend aan de financiële administratie van Orthocenter N.V.

Wij hebben vastgestelde dat voor de jaren 2010 en 2011 de op de overzichten opgenomen Vergoeding totaal" overeenkomt met de gegevens zoals opgenomen in de loonadministratie 2010 en 2011.

Wij hebben van de heer [b] begrepen dat het niet mogelijk is de genoemde vergoedingscomponenten aan de sluiten op een aanwezigheidsregistratie.

()"

- 2.16. In opdracht van Orthocenter heeft Grant Thornton Forensic & Investigation Services B.V. (hierna: Grant) een rapport d.d. 28 juni 2013 uitgebracht. Dit rapport behelst een onderzoek over de jaren 2010 en 2011 met als daarin omschreven doel om vast te stellen in hoeverre de aan [gedaagde] over die jaren betaalde vergoedingen in overeenstemming zijn met het/de arbeidscontract(en) en/of andere geldende overeenkomsten, één en ander in relatie tot de door [gedaagde] geleverde prestaties, teneinde zicht te krijgen in mogelijk teveel betaalde vergoedingen en deze terug te kunnen vorderen dan wel te verrekenen of te berusten in betaalde vergoedingen. Blijkens het rapport heeft Orthocenter gaande het onderzoek wegens gebrek aan voldoende verifieerbare gegevens over de jaren 2007 tot en met 2009 de initiële onderzoeksperiode van 2007 tot en met 2011 teruggebracht naar de jaren 2010 en 2011. Het rapport meldt:

"()

In het onderzoek zijn ons, naast de statuten van Orthocenter en het arbeidscontract van de heer [gedaagde] , geen specifieke (schriftelijke) afspraken tussen de heer [gedaagde] en Orthocenter ten aanzien van (vergoedingen voor) invalwerkzaamheden aangereikt. Het verrichten van invalwerkzaamheden door de heer [gedaagde] en het betalen van een (dag)vergoeding voor het verrichten van die invalwerkzaamheden staat genoemd in de ons [rb: door [gedaagde]] aangereikte directieverslagen van 12 maart 2004, 21 juni 2004 en 1 maart 2011.

()"

- 2.17. In opdracht van Orthocenter heeft Wingman Business Valuators B.V. (hierna: Wingman) een rapport d.d. 28 maart 2014 uitgebracht. Dit behelst een schadebepaling op basis van door Orthocenter verstrekte gegevens, te weten de rapporten van Grant en Deloitte alsmede opgave van autokosten van de directie. Het rapport vermeldt dat geen beoordeling of controle van de verstrekte informatie is uitgevoerd. Via twee benaderingen wordt de schade becijferd. Via de benadering op basis van de vergoedingen die aan omzetbeloningen en invaldagen is betaald, leidt dit tot een schadebedrag van 675.113,-. Via de benadering op basis van dagen die als invaldag zijn opgegeven en dus niet aan directietaken zullen zijn besteed, maar waarvoor wel de directievergoedingen (inclusief autokosten en bonussen) zijn betaald tot een schadebedrag van 1.093.820,-.

2.18. In haar brief van 23 april 2014 schrijft Orthocenter het concept-rapport van Wingman bij brief van 27 september 2013 aan [gedaagde] te hebben toegezonden en thans het definitieve rapport toe te zenden. Tevens stelt Orthocenter hierin [gedaagde] aansprakelijk voor het declareren van aanvullende werkzaamheden terwijl die niet met (de RvC van) Orthocenter zijn overeengekomen en sommeert zij [gedaagde] tot betaling van schadevergoeding.

3 De vordering

3.1. Orthocenter vordert na wijzigingen en vermeerdering van eis bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. [gedaagde] op grond van ongerechtvaardigde verrijking althans op grond van onrechtmatige daad althans op grond van onverschuldigde betaling te veroordelen tot betaling aan Orthocenter van

(i) 1.093.820,-, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 januari 2013 althans 7 mei 2014 althans de dagvaarding,

(ii) 675.113,-, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 januari 2013 althans 7 mei 2014 althans de dagvaarding,

(iii) 565.257,-, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 januari 2013 althans 7 mei 2014 althans de dagvaarding,

(iv) althans een in goede justitie te bepalen bedrag,

II. [gedaagde] op dezelfde gronden te veroordelen tot betaling aan Orthocenter van 16.730,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 23 juni 2004 (althans de dagvaarding althans de eiswijziging van 28 oktober 2015),

III. [gedaagde] op dezelfde gronden te veroordelen tot betaling aan Orthocenter van 13.725,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 21 juli 2004 (althans de dagvaarding althans de eiswijziging van 28 oktober 2015),

IV. [gedaagde] op dezelfde gronden te veroordelen tot betaling aan Orthocenter van 13.953,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 20 augustus 2004 (althans de dagvaarding althans de eiswijziging van 28 oktober 2015),

V. [gedaagde] te veroordelen ter vergoeding van geleden vermogensschade op de grond van artikel 6:96 lid 2 sub b BW althans artikel 6:98 BW tot betaling aan Orthocenter van 130.333,62,

VI. [gedaagde] te veroordelen in de proceskosten, inclusief buitengerechtelijke kosten, beslagkosten en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over de nakosten.

3.2. Orthocenter legt het volgende aan haar vorderingen ten grondslag. In 2012 is de RvC gebleken dat aan [gedaagde] naast zijn vergoeding als statutair directeur aanvullende vergoedingen zijn betaald. Dit betreft vergoedingen over de jaren 2004 tot en met 2011 volgens opgave van [gedaagde] voor invalwerkzaamheden als VM, voor invalwerkzaamheden als patiëntbehandelaar en een vergoeding van 5,2% over de omzet van de vestiging Heerhugowaard van september 2004 tot en met december 2010. Voor geen van deze betalingen bestaat een rechtsgrond. Er ligt geen overeenkomst met de RvC, als het op grond van de statutaire bepalingen daartoe bevoegde orgaan, aan ten grondslag. Dat de door [gedaagde] opgegeven aanvullende werkzaamheden zijn verricht blijkt niet uit de onderzochte gegevens. De door [gedaagde] naderhand op vragen van de RvC aangeleverde gegevens zijn onvolledig en deels innerlijk tegenstrijdig. De verrichtte werkzaamheden vallen bovendien onder het normale takenpakket van statutair directeur in het bijzonder belast met operationeel management. Verder moet worden geconstateerd uit de opgave van [gedaagde] van de aanvullende werkzaamheden, dat deze deels zijn verricht op de dagen dat hij als statutair directeur werkzaam was. Aldus heeft [gedaagde] zich dubbel laten uitbetalen en is hij ongerechtvaardigd verrijkt. Het gevorderde onder II., III. en IV. betreft de vergoeding die [gedaagde] ten onrechte nog heeft ontvangen over de maanden juni, juli en augustus 2004 aan omzetvergoeding van 22,2 %. Uit de nu

in de procedure door [gedaagde] overgelegde stukken is gebleken dat zijn dienstverband voor de betreffende vestiging al per 1 juni 2004 was geëindigd. Bij repliek heeft Orthocenter het juridisch kader van haar vorderingen als volgt nader gerangschikt: primair is volgens haar sprake van ongerechtvaardigde verrijking, subsidiair van onrechtmatig handelen en meer subsidiair van onverschuldigde betaling.

- 3.3. Orthocenter meent dat [gedaagde] wegens ontbreken van een rechtsgrond voor de aanvullende betalingen uit hoofde van onverschuldigde betaling gehouden is tot restitutie van daarvan. Orthocenter meent verder dat [gedaagde] uit ongerechtvaardigde verrijking gehouden is tot schadevergoeding. Hiertoe is [gedaagde] ook gehouden op grond van onrechtmatige daad, bestaande uit het zich aanvullend uit laten betalen zonder validering door de RvC en de betalingen niet in de jaarstukken te doen specificeren. De schade kan volgens Orthocenter op twee manieren begroot worden: ofwel ter hoogte van de betaalde aanvullende vergoedingen (ii en iii) ofwel ter hoogte van het reguliere directie-salaris vanwege de dubbele betaling (i), beide met rente en na fiscale correctie.

4 Het verweer

- 4.1. [gedaagde] voert gemotiveerd als volgt verweer. De aanvullende vergoedingen zijn gebaseerd op afspraken met Orthocenter. Die afspraken betreffen vergoedingen aan hem als VM en als patiëntbehandelaar en vallen dus niet onder het statutaire vereiste van goedkeuring van de RvC, dat alleen geldt voor de bezoldiging van de directie. Dat deze hoedanigheden duidelijk onderscheiden werden en naast elkaar konden bestaan, blijkt uit de twee onderscheiden (arbeids)overeenkomsten uit november 2003.
- 4.2. Bij Orthocenter was bekend dat de aanvullende vergoedingen werden betaald. [z] was bevoegd de afspraken dienaangaande te maken en heeft alle betalingen goedgekeurd. De RvC was via [z] en door de aan haar verstrekte (directie)verslagen volledig op de hoogte. De bewijslast voor het ontbreken van een rechtsgrond voor de betalingen rust op Orthocenter, maar aan die last heeft zij niet voldaan. Orthocenter hield geen duidelijke urenadministratie aan. Het rapport van Deloitte onderschrijft juist dat de betalingen conform de loonadministratie zijn. Het rapport van Grant verbindt aan enkele minieme details in de door [gedaagde] gereconstrueerde informatie veel te vergaande gevolgtrekkingen. Daarbij extrapoleert Orthocenter ten onrechte de bevindingen over de jaren 2010 en 2011 naar de periode vanaf 2004. Gedurende de jaren 2004 tot en met 2011 zijn de betalingen zonder protest verricht en is daarover nimmer geklaagd. Door pas in 2012 te klagen, heeft Orthocenter haar rechten verwerkt. [gedaagde] is door het late klagen van Orthocenter in zijn bewijspositie geschaad; door de handelwijze van Orthocenter hoefde hij er geen rekening (meer) mee te houden dat hij in 2012 nog tot rekening en verantwoording zou worden geroepen en kan hij niet méér informatie aanleveren dan hij aan de rapporteurs heeft gedaan.
- 4.3. De vordering tot ongedaanmaking is verjaard, nu 5 jaren zijn verstreken sinds het moment waarop de betaling is gedaan.
- 4.4. De vordering tot schadevergoeding is verjaard, omdat sedert de start van de termijn in 2004 reeds 5 jaren zijn verstreken.
- 4.5. Orthocenter heeft bij dagvaarding (onder 2.1) erkend dat de betaling van 22,2% als VM Heerhugowaard tot een bedrag van 88.395,-, zijnde inclusief de maanden juni tot en met augustus 2004, een rechtsgrond heeft in de arbeidsovereenkomst. De vermeerde vordering voor deze maanden moet op deze gerechtelijke erkenning stranden. Ook moet afwijzing volgen omdat [gedaagde] feitelijk pas per 1 september 2004 als VM is vervangen door [P] en tot dat moment als VM heeft doorgewerkt.

- 4.6. Waar het de vergoeding voor invalwerk als VM of als patiëntbehandelaar betreft, zijn de werkzaamheden feitelijk door [gedaagde] verricht. Orthocenter doet ten onrechte voorkomen alsof aan de dagen die officieel als de werkdagen van [gedaagde] als statutair directeur te boek staan, in dit verband betekenis toekomt. Dit betreft slechts een administratieve fictie, [gedaagde] had geen vaste werkdagen en mocht zijn directiewerk vrijelijk over de week te verdelen. Daarbij komt dat [gedaagde] zijn directie-werk feitelijk ook wel verrichte buiten werktijden, in de avonden en weekenden en tijdens vakanties. Van dubbele betaling is dan ook geen sprake. Zijn directiewerk heeft [gedaagde] altijd naar behoren verricht, daarvoor is hem steeds decharge verleend.
- 4.7. Indien de afspraken tussen Orthocenter en [gedaagde] formeel geen stand zouden houden of leemtes zouden bevatten, moet op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid tegenover de verrichtte arbeidsprestatie als VM en patiëntbehandeling een vergoeding staan. Door de handelwijze van Orthocenter, bestaande uit uitvoering van de afspraken zonder enig commentaar tot 2012, mocht [gedaagde] er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de afspraken zo uitgelegd moeten worden als hij heeft gedaan. Ook daarom is geen sprake van ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling of onrechtmatige handelen van [gedaagde] .
- 4.8. Gezien de door [gedaagde] verrichte arbeid is geen sprake van schade aan de zijde van Orthocenter. Immers, Orthocenter heeft zich de kosten uitgespaard om een derde voor deze arbeid te betalen. Subsidiar beroept [gedaagde] zich op verrekening met een even hoge tegenvordering die hij voor de verrichte arbeid heeft wegens ongerechtvaardigde verrijking van Orthocenter.
- 4.9. Tot slot doet [gedaagde] een beroep op matiging wegens eigen schuld bij Orthocenter, die tot 2012 heeft gewacht met ageren in plaats van haar schade te beperken. Toewijzing van de vordering zou tot onaanvaardbare gevolgen leiden althans onredelijk in de zin van artikel 6:212 BW, aldus [gedaagde] .

5 De beoordeling

- 5.1. Het meest verstrekkende verweer van [gedaagde] is zijn beroep op rechtsverwerking. Indien dit verweer zou slagen, moet al het gevorderde worden afgewezen. Dit ongeacht de juridische grondslag daarvoor, omdat bij alle grondslagen Orthocenter steeds tot uitgangspunt neemt dat aan de betalingen een rechtsgrond heeft ontbroken en [gedaagde] juist aanvoert dat Orthocenter haar recht zich hierop te beroepen en daaraan aanspraken te ontlenen heeft verwerkt. De rechtbank zal dit verweer als eerste bespreken.
- 5.2. [gedaagde] voert het volgende aan. Bij Orthocenter was bekend dat de aanvullende vergoedingen werden betaald. [z] was van de betalingen daarvan op de hoogte en heeft deze betalingen goedgekeurd. De RvC was via [z] en door de aan haar verstrekte (directie)verslagen volledig op de hoogte. Orthocenter hield geen duidelijke aanwezigheids- of urenadministratie aan. Het rapport van Deloitte onderschrijft dat de betalingen aan [gedaagde] conform de loonadministratie zijn. Gedurende de jaren 2004 tot en met 2011 zijn de betalingen zonder protest verricht en is daarover nimmer geklaagd. Door pas in 2012 te klagen, heeft Orthocenter haar rechten verwerkt. [gedaagde] is door het late klagen van Orthocenter in zijn bewijspositie geschaad. Door de handelwijze van Orthocenter hoefde hij er geen rekening (meer) mee te houden dat hij in 2012 nog tot rekening en verantwoording zou worden geroepen. Het is hem daarom onmogelijk meer informatie aan te leveren dan hij thans heeft gedaan, hetgeen volgens Orthocenter onvoldoende is.
- 5.3. Orthocenter meent dat het verweer moet falen en voert daartoe het volgende aan. Enkel tijdsverloop is onvoldoende, terwijl de daarnaast vereiste bijzondere omstandigheden ontbreken. [z] was afhankelijk van [gedaagde] en vond dat het niet aan hem was om "te klikken" richting RvC over de berichten die hij van [gedaagde] ontving. [z] is steeds in de veronderstelling geweest dat [gedaagde] de werkzaamheden verrichtte op andere dagen dan voor directiewerk bestemd. [z] vertrouwde zijn

medebestuurder en kon niet bevroeden dat dit anders was. [z] wist niet in welke omvang [gedaagde] (vermeend) invalwerkzaamheden verrichtte. De directie deed wel periodiek verslag aan de RvC voorafgaand aan iedere directie/RvC-vergadering in een maandverslag c.q. "Stand van Zaken"-document, maar stuurde geen directieverslagen door aan de RvC. Orthocenter is pas sinds 2012 überhaupt op de hoogte van de aanvullende vergoedingen en weet pas sinds het rapport Grant dat [gedaagde] als statutair directeur niet of marginaal heeft gewerkt. Pas sinds de rapporten Grant en Wingman weet Orthocenter dat zij een vordering op [gedaagde] heeft. [gedaagde] heeft in 2012 en 2013 ruim de gelegenheid gehad de gevraagde informatie te verstrekken, maar heeft er voor gekozen geen informatie en/of openheid van zaken te geven. In de zeer beperkt door hem overgelegde stukken kan geen onderbouwing voor de werkzaamheden worden gevonden. [gedaagde] heeft gereede twijfel laten ontstaan over de vraag of hij wel (aanvullend) heeft gewerkt en deze twijfel niet weggenomen.

5.4. De rechtbank oordeelt als volgt.

5.5. Uitgangspunt is dat enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking. Vereist is tevens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

5.6. Het gevorderde betreft de aanvullende betalingen als VM en als orthodontist over de jaren 2004 tot en met 2011. Onbetwist is dat tot 2012 nimmer is geprotesteerd tegen de door [gedaagde] opgegeven/gedeclareerde werkzaamheden en nimmer is geprotesteerd tegen betaling ervan. Tot het moment dat Orthocenter in 2012 de aanvullende betalingen aan de orde is gaan stellen en [gedaagde] daarover is gaan bevragen, zijn sedert 2004 dus minstens zeven jaren verstreken. Pas bij brief van 23 april 2014 heeft Orthocenter [gedaagde] aansprakelijk gesteld. Gedurende die zeven jaren was sprake van de volgende omstandigheden. Binnen Orthocenter werd een duidelijke scheiding werd gemaakt tussen de functie van bestuurslid enerzijds en de functie van VM/orthodontist anderzijds, zoals onder meer blijkt uit de separate arbeidsovereenkomsten die Orthocenter hanteerde voor deze twee functies. [z] , die als algemeen directeur de financiële zaken beheerde, wist dat er aanvullende betalingen aan [gedaagde] werden gedaan. [gedaagde] stemde zijn opgave van aanvullende vergoedingen als VM en orthodontist af met [z] . Voorbeelden daarvan zijn het concept-directieverslag van 21 juni 2004, genoemd onder 2.7 en het verslag van de directievergadering van 1 maart 2011, genoemd onder 2.10. Orthocenter bestrijdt deze afstemming met [z] ook niet. Vaststaat verder dat de loonadministratie overeenstemt met wat aan aanvullende vergoedingen aan [gedaagde] is uitbetaald, met andere woorden de betalingen werden in de loonadministratie verwerkt. Onbetwist is ook dat de RvC door de directie/ [z] met schriftelijke verslagen getiteld stand van zaken en maandelijkse verslagen op de hoogte werd gehouden, in ieder geval voorafgaand aan iedere directie/RvC-vergadering. Vaststaat dat het onderzoek door Grant wegens ontbreken van verifieerbare gegevens moest worden teruggebracht van de periode 2007 tot en met 2011 naar de jaren 2010 en 2011.

5.7. De onder 5.6 genoemde feiten en omstandigheden leveren bijzondere omstandigheden op als gevolg waarvan bij [gedaagde] het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Orthocenter niet als schuldeiser aanspraken terzake de aan [gedaagde] betaalde aanvullende vergoedingen geldend zal maken. Dat [z] achteraf stelt altijd te zijn uitgegaan van de juistheid van de opgave van werkzaamheden door [gedaagde] (volgens [z] en Orthocenter naar later is gebleken ten onrechte), kan niet aan [gedaagde] worden tegengeworpen. In het licht van genoemde omstandigheden hoefde [gedaagde] er niet rekening mee te houden dat in 2012 de rechtsgrond voor deze betalingen alsnog aangevochten zou worden. Evenmin staat het Orthocenter onder genoemde omstandigheden vrij [gedaagde] achteraf tegen te werpen dat hij wist of kon weten dat op grond van de statuten alleen de RvC bevoegdelijk besluiten tot toekennen van de aanvullende betalingen kon nemen. Het zelfde geldt voor het tegenwerpen aan [gedaagde] dat de RvC de directieverslagen niet kende en niet wist van de betalingen. Het was immers aan Orthocenter geweest erop toe te zien dat Orthocenter wist althans de

door haar daartoe aangewezen organen wisten welke vergoedingen aan wie werden uitbetaald. In elk geval mocht [gedaagde] er gerechtvaardigd op vertrouwen dat zulks gebeurde en is bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat eventuele aanspraken uit onvolkomenheden in de betaalde vergoedingen niet meer geldend gemaakt zouden worden door Orthocenter. Het staat Orthocenter onder de genoemde omstandigheden niet vrij achteraf aan [gedaagde] tegen te werpen dat invalwerk als VM/orthodontist al onderdeel van zijn werkzaamheden als statutair directeur vormde en hij geen recht had op betaling van aanvullende vergoeding daarvoor.

5.8. Ook zou de positie van [gedaagde] als schuldenaar als gevolg van de onder 5.6 genoemde feiten en omstandigheden onredelijk worden benadeeld indien Orthocenter alsnog haar (vermeende) aanspraken geldend zou maken. Onder genoemde omstandigheden kan niet van [gedaagde] worden gevergd achteraf nog sluitend informatie over afstemming van de aanvullende vergoedingen en uitgevoerde werkzaamheden aan te leveren. Dit klemt te meer daar Orthocenter haar vordering mede baseert op de stelling dat de betaalde werkzaamheden feitelijk niet zijn verricht en [gedaagde] daarbij wil tegenwerpen dat hij onvoldoende informatie aanlevert van het tegendeel. Door onder genoemde omstandigheden pas in 2012 toelichting op de uitbetaalde aanvullende vergoedingen te eisen en bij onvoldoende bevinden daarvan daartegen te protesteren, heeft Orthocenter de positie van [gedaagde] als vermeend schuldenaar onredelijk benadeeld: [gedaagde] heeft immers geen reden gehad voor dossiervorming, noch is er binnen Orthocenter een gedegen (uren/aanwezigheids)systeem om op terug te kunnen vallen. Het door Orthocenter genoemde SMILE werd kennelijk niet zo in de organisatie gebruikt dat op basis daarvan ieders inzet controleerbaar was althans gecontroleerd werd. Dat geen (deugdelijk) systeem werd aangehouden waarmee in vastlegging van aanwezigheid en/of werkzaamheden voorzien was, komt daarbij voor rekening van Orthocenter. Ook door de onderzoeksresultaten over de beperkte periode van 2010 en 2011 zonder meer te extrapoleren naar alle jaren vanaf 2004, benadeelt Orthocenter de positie van [gedaagde] in onredelijke mate.

5.9. Uit het vorenstaande volgt dat het beroep van [gedaagde] op rechtsverwerking slaagt en dat al het gevorderde moet worden afgewezen. De overige wesen behoeven geen verdere bespreking.

5.10. Orthocenter zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagde] worden begroot op:

- griffierecht 3.829,00
- salaris advocaat 11.238,50 (3,5 punten × tarief 3.211,00)

Totaal 15.067,50

6 De beslissing

De rechtbank

6.1. wijst de vorderingen af,

6.2. veroordeelt Orthocenter in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde] tot op heden begroot op 15.067,50,

6.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. Th.S. Röell, mr. P.E. van der Veen en mr. J.H. Duyvensz en in het openbaar uitgesproken op 27 juli 2016.