

JAR 2010/222

Kantonrechter Haarlem

15 juli 2010, 471459 AO VERZ 10-396.

(mr. Stolp)

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Melbourne Personeel B.V. te Amsterdam

verzoekster

gemachtigde: mr. E.N. Franx-Schaap

tegen

Imre Heijboer te Amsterdam

verweerder

gemachtigde: mr. J. Jaab.

Ontbinding. Niet meetellen dienstjaren van vóór faillissement bij A-factor, wel correctie via de C-factor

[BW Boek 7 - 685; 666]

» **Samenvatting**

De werknemer is op 5 januari 2004 in dienst getreden van Westbridge en heeft vanaf januari 2007 in het nieuwe hotel van Holiday Inn in Lijnden gewerkt. In mei 2009 is Westbridge failliet verklaard en heeft Aareal Bank de exploitatie van de hotels van Westbridge overgenomen en ondergebracht in Melbourne Holding B.V. Per 1 juni 2009 is de werknemer bij Melbourne in dienst getreden als Hotel Manager. Deze arbeidsovereenkomst is na een half jaar omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In mei 2010 heeft Melbourne de werknemer meegedeeld dat, als gevolg van een aandelenovername en daaraan gekoppelde veranderingen, zijn functie kwam te vervallen en er een General Manager benoemd zou worden. Melbourne achtte de werknemer niet geschikt voor die functie. Melbourne verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst. Melbourne komt de

vrijheid toe om te kiezen voor het stellen van extra eisen aan de functie van Hotel Manager/General Manager en het niet in de nieuwe functie benoemen van de werknemer. De werknemer komt wel een vergoeding toe, nu de ontbinding niet in zijn risicosfeer ligt en Melbourne bovendien onzorgvuldig heeft gehandeld bij de aankondiging van het ontslag. Bij de vaststelling van het aantal dienstjaren voor de A-factor tellen de dienstjaren van vóór het faillissement niet mee, omdat dat zich niet verdraagt met art. 7:666 BW, welk artikel beoogt een cesuur aan te brengen tussen de periode vóór en die ná het faillissement. Voor de berekening van het aantal dienstjaren moet daarom van één jaar worden uitgegaan, vanaf 1 juni 2009. De kantonrechter acht dit echter geen billijke uitkomst, nu de werknemer vanaf 2007 zijn volledige arbeidskracht voor het hotel heeft ingezet en dat ook na het faillissement is blijven doen. De kantonrechter ziet hierin aanleiding om een correctie met de C-factor toe te passen. Er wordt, mede vanwege het onzorgvuldig handelen van de werkgever, uitgegaan van een C-factor 2,5. De vergoeding komt dan neer op € 13.250,=. (NB: In de rechtspraak zijn wisselende uitspraken te vinden over het al dan niet meetellen van dienstjaren van vóór een faillissement. Zie «JAR» 2000/198, «JAR» 2003/174 en «JAR» 2003/183.)

[beslissing/besluit](#)

» **Uitspraak**

(...; red.)

De feiten

a. Melbourne is een onderneming die betrokken is bij de exploitatie van onder meer het Park Plaza Amsterdam Airport Hotel te Lijnden (hierna: het Hotel).

b. Heijboer, 38 jaar oud, is op 5 januari 2004 in dienst getreden van (de

rechtsvoorgangers van) WB 1 Netherlands B.V. (Westbridge). Heijboer heeft sindsdien in diverse hotels van Holiday Inn gewerkt. Vanaf januari 2007 was dat het – toen nog onder de naam Holiday Inn Amsterdam Schiphol opererende – nieuwe hotel te Lijnden.

c. Nadat Westbridge in mei 2009 failliet werd verklaard, heeft Aareal Bank de exploitatie van de hotels van Westbridge overgenomen en ondergebracht in Melbourne Holding B.V.

Melbourne Holding B.V. voerde geclusterd het management over de drie Holiday Inn/Crown Plaza Hotels van Westbridge.

d. Per 1 juli 2009 is Heijboer voor zes maanden in dienst getreden van Melbourne Holding B.V. in de functie van Hotel Manager van het Hotel. In november 2009 is deze arbeidsovereenkomst overgenomen door Melbourne Personeel en is het contract omgezet in een aanstelling voor onbepaalde tijd. Het salaris van Heijboer bedraagt laatstelijk € 4.506,19 bruto per maand exclusief vakantiegeld en overige emolumenten.

e. Op 1 februari 2010 heeft een ‘terugkoppelingsgesprek’ plaatsgevonden tussen Heijboer en Maurice Jansen, destijds de Area General Manager onder wie Heijboer viel. In het verslag dat van het gesprek is opgemaakt staat:

“MJ: Ik zie je nog steeds niet als een GM, jij jezelf wel. Het zit er voor jou bij onze groep niet in. Jij was overtuigd wel al GM te zijn. Dan zitten we elk op een ander traject. Wat ga jij nu doen? Schikken in de rol die je hier hebt, of eigen doel nastreven en ergens anders GM worden? Ik wil je niet weg hebben, maar we zitten op een andere lijn. Ga je weg of accepteer je dat er een GM boven je komt?”

IH: Als er een keuze wordt gemaakt moet je je ernaar schikken. Ik ga niet nog 2 jaar

Hotel Manager zijn. Het ligt eraan wie de nieuwe GM wordt. (...) Mijn ambitie om GM te worden blijft er en wil ik ook nastreven. Hier of ergens anders; dat zal de toekomst uitwijzen. (...)

MJ: Als je overtuigd bent van je eigen kunnen, moet je je droom nagaan en daar ook zelf actiever in zijn. Je kunt bijvoorbeeld naar een headhunter gaan. (...)

IH: Ik wil het in ieder geval proberen. Indien er in april een nieuwe GM komt, dan kan ik mij in die rol schikken.”

f. Heijboer heeft in april 2010 gesolliciteerd naar de functie van General Manager Park Plaza Victoria Hotel te Amsterdam. In het daarover met (o.m.) mevrouw J. van Sterkenburg (Vice President HR van Park Plaza Hotels) gevoerde gesprek is de mogelijke overname van het Hotel door Park Plaza Hotels aan de orde geweest. Heijboer heeft deze sollicitatie ingetrokken.

g. Boris Ivesha, President van Park Plaza Hotels heeft op 29 april 2010 per email de volgende aankondiging binnen zijn concern gedaan:

“I am delighted to announce that we have successfully acquired a landmark conference hotel in the Netherlands, close to Amsterdam Schiphol Airport. Our team is currently working with the Hotel’s Management, led by Imre Heijboer, to ensure a smooth conversion from Holiday Inn, and with immediate effect, the hotel is operating as the Park Plaza Amsterdam Airport.”

h. In mei 2010 is de – door Ivesha aangekondigde – overname gerealiseerd door middel van de overdracht van de aandelen van Melbourne Holding B.V. aan Tenderlake Holding BV. Hierdoor kwam het Hotel buiten het door Melbourne Holding B.V. geclusterde management van

de voormalige hotels van Westbridge te liggen.

i. Melbourne heeft op 20 mei 2010 een organogram binnen haar organisatie verspreid waaruit blijkt dat het Hotel zal worden geleid door de Hotel Manager.

j. Op 25 mei 2010 heeft Melbourne Heijboer meegedeeld dat de functie van Hotel Manager was komen te vervallen en dat er voor hem geen passende andere functie binnen haar organisatie beschikbaar was. Diezelfde dag is G. van der Haagen gestart als General Manager van het Hotel.

k. Bij brief van 25 mei 2010 heeft Melbourne Heijboer voorgesteld de arbeidsovereenkomst per 1 juli 2010 te beëindigen en hem (onder meer) een beëindigingvergoeding aangeboden van € 5.298,69 bruto.

l. Heijboer heeft dit voorstel niet aanvaard en aanspraak gemaakt op hervatting van zijn werkzaamheden als Hotel Manager.

m. Heijboer heeft vanaf 25 mei 2010 geen werkzaamheden meer verricht.

Het verzoek

Melbourne verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in de omstandigheden. Melbourne stelt – samengevat – het volgende.

Door de aandelenoverdracht in mei 2010 viel het Hotel niet meer onder het geclusterde management van de Holiday Inn hotels, zodat de benoeming van een aparte General Manager voor het hotel noodzakelijk was. Het takenpakket van de General Manager is veel uitgebreider dan van de Hotel Manager. De Hotel Manager is verantwoordelijk voor Operations, terwijl de General Manager daarnaast verantwoordelijk is voor Finance, Sales & Marketing en HR. De omvang van het

gehele management takenpakket binnen één hotel rechtvaardigt niet het bestaan van de separate functie van Hotel Manager. Melbourne heeft daarom moeten besluiten de functie van Hotel Manager te laten vervallen. Aangezien het Hotel – dat rondom het faillissement in zwaar weer heeft verkeerd – nu opnieuw als “Park Plaza Hotel” op de kaart moet worden gezet kunnen geen concessies worden gedaan aan de vereiste kwaliteiten van de General Manager. Heijboer is onvoldoende gekwalificeerd voor de functie van General Manager. Melbourne heeft de mogelijkheid van een herplaatsing van Heijboer binnen één van haar hotels onderzocht, maar die mogelijkheid is niet aanwezig. Melbourne biedt een ontbindingsvergoeding aan van € 5.298,69 bruto. De dienstjaren van vóór het faillissement tellen niet mee bij de berekening van de vergoeding. Daarom gaat Melbourne uit van één dienstjaar.

Het verweer

Heijboer concludeert primair tot afwijzing van het verzoek. Voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt hij om toekenning van een vergoeding van € 51.158,62 bruto. Heijboer voert – samengevat – het volgende aan.

Er was geen noodzaak om een aparte General Manager in het Hotel aan te stellen en als dat al wel zo was, dan had hij in die functie moeten worden benoemd. Feitelijk fungeerde hij namelijk al als General Manager, aangezien hij niet alleen verantwoordelijk was voor de operationele zaken maar ook voor de financiële en budgettaire zaken en de sales en marketing van het Hotel. Heijboer heeft altijd goed gefunctioneerd en voldoet aan alle kwalificaties voor de functie van General Manager. In het gesprek in april 2010 over de vacature van General Manager van het Park Plaza Victoria Hotel te Amsterdam is expliciet aangegeven dat men Heijboer wilde behouden voor het Hotel. Bij Heijboer is derhalve de verwachting

gewekt dat hij zijn werkzaamheden daar als Hotel Manager dan wel als General Manager zou kunnen voortzetten. Ook op grond van de e-mail van Boris Ivesha van 29 april 2010 en het op 20 mei 2010 onder het personeel verspreide organogram heeft Heijboer mogen verwachten dat de overname van het Hotel geen consequenties zou hebben voor zijn positie. Heijboer is op 25 mei 2010 overvallen met de mededeling dat zijn arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd en dat hij per direct op non-actief werd gesteld. Daardoor heeft Melbourne uiterst onzorgvuldig gehandeld. Het op deze wijze naar huis sturen van een werknemer is zeer diffamerend en heeft een negatieve uitstraling op de werkomgeving. Heijboer is daardoor beschadigd en aangetast in zijn eer en goede naam.

Heijboer wil primair dat het dienstverband wordt voortgezet. Subsidiar maakt hij aanspraak op een vergoeding op basis van correctiefactor 2. Bij berekening van de vergoeding moeten de dienstjaren vanaf januari 2004 worden meegeteld.

De beoordeling

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

1. De kantonrechter stelt vast dat het verzoek geen verband houdt met een opzegverbod.
2. De kantonrechter passeert het verweer van Heijboer dat het niet nodig was een General Manager aan te stellen. Het behoort nu eenmaal tot de beleidsvrijheid van Melbourne c.q. Park Plaza om haar onderneming in al haar facetten te besturen en in te richten op een wijze die haar goeddunkt, ook als dit leidt tot het verdwijnen van arbeidsplaatsen.

Daarbij moet wel in redelijkheid rekening worden gehouden met de belangen van de betrokken werknemers. Dat Melbourne ervoor heeft gekozen het Hotel te laten

aansturen door een General Manager en een ander dan Heijboer op die post heeft benoemd, dient in dit licht te worden gezien. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Melbourne deze beslissing voldoende deugdelijk gemotiveerd. De door Melbourne daartoe aangevoerde gronden komen de kantonrechter op zichzelf onjuist noch onredelijk voor.

3. Nu vast staat dat de functie van Heijboer is vervallen en onweersproken is dat er geen mogelijkheid bestaat Heijboer binnen de organisatie van Melbourne/Park Plaza te herplaatsen, moet dit onontkoombaar leiden tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in de omstandigheden dient te worden ontbonden. Het verzoek is in zoverre dus toewijsbaar.

Vergoeding

4. Partijen zijn het erover eens, dat een vergoeding op zijn plaats is, maar verschillen van mening over de hoogte van de te betalen vergoeding.
5. Uitgangspunt voor de hoogte van de vergoeding moet zijn dat de noodzaak tot ontbinding is gelegen in een – voor risico van Melbourne komende – beslissing om de Hotel Manager te vervangen door een General Manager en niet Heijboer maar een ander in die functie te benoemen, omdat Melbourne vindt dat Heijboer daarvoor onvoldoende is gekwalificeerd. Een ontbinding op grond van een dergelijke beleidsbeslissing leidt in beginsel tot een neutrale vergoeding.
6. Heijboer stelt zich op het standpunt dat hem een vergoeding op basis van correctiefactor 2 toekomt, omdat Melbourne zeer onzorgvuldig ten opzichte van hem heeft gehandeld door de verwachting bij hem te wekken dat hij als Hotel Manager dan wel General Manager in het Hotel kon blijven werken en door

hem op 25 mei 2010 volledig te overvallen met de mededeling dat hij niet in dienst kon blijven. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

7. Voor zover Heijboer ook werkzaamheden heeft uitgevoerd die tot het takenpakket van de General Manager behoren (hetgeen Melbourne heeft betwist en er daarbij ook op heeft gewezen dat Heijboer nooit de verantwoordelijkheid voor het totale management van het Hotel heeft gedragen) brengt dat op zichzelf niet mee, dat Melbourne verplicht was Heijboer ook in die functie te benoemen, toen zij besloot de functie van Hotel Manager te laten vervallen en een General Manager aan te stellen. Dat Melbourne Heijboer niet de geschikte kandidaat voor de functie van General Manager vond, had Heijboer kunnen afleiden uit het gesprek dat bij hierover in februari 2010 met M. Jansen heeft gevoerd. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Heijboer het desbetreffende gespreksverslag niet voldoende weersproken. Op grond hiervan kunnen bij Heijboer derhalve geen gerechtvaardigde verwachtingen zijn ontstaan. Dat geldt ook niet voor het gesprek van Heijboer met mevrouw J. van Sterkenburg in april 2010 over zijn sollicitatie naar de functie van General Manager van het Park Plaza Victoria Hotel. Dat Van Sterkenburg Heijboer die sollicitatie heeft ontraden, omdat zij in hem de toekomstige manager van het Hotel te Lijnden zag, is niet aannemelijk geworden. De ter zitting aanwezige Van Sterkenburg heeft verklaard dat zij niets in die richting heeft gezegd of gesuggereerd.

8. De kantonrechter deelt wel het standpunt van Heijboer dat Melbourne bepaald niet zorgvuldig ten opzichte van hem is opgetreden door op 20 mei 2010 – toen de beslissing om hem te vervangen door een General Manager al was genomen – een organogram onder het personeel van Park Plaza te verspreiden, waarin de Hotel Manager (nog) als hoogste functionaris van

het Hotel stond vermeld. Dat Melbourne dit heeft gedaan om ‘onrust’ onder het hotelpersoneel te voorkomen, zoals zij heeft aangevoerd, rechtvaardigt deze actie niet. Begrijpelijk is dat Heijboer – mede in dit licht bezien – onnodig hard is geraakt door plotselinge mededeling van 25 mei 2010, dat zijn functie was vervallen en dat hij niet in aanmerking kwam voor de functie van General Manager, terwijl hij die functie juist al enige tijd ambieerde en Melbourne dat ook wist. De kantonrechter zal deze omstandigheid laten meewegen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding door middel van een verhoging van de C-factor.

9. Volgens Heijboer moet bij de bepaling van de vergoeding rekening worden gehouden met alle dienstjaren, dus ook die van voor het faillissement. Melbourne bestrijdt dit. Zij stelt dat het meetellen van de dienstjaren van voor het faillissement zich niet verdraagt met de ratio van artikel 7:666 BW, dat beoogt een cesuur aan te brengen tussen de periode vóór en ná het faillissement. De kantonrechter deelt dit standpunt. Dit betekent dat voor de berekening van het aantal dienstjaren moet worden uitgegaan van 1 juli 2009. De kantonrechter is echter van oordeel dat dit niet tot een billijke uitkomst leidt, nu Heijboer zijn arbeidskracht vanaf januari 2007 volledig voor het Hotel heeft ingezet en dat ook na het faillissement ten volle is blijven doen. De kantonrechter ziet hierin aanleiding om een correctie met de C-factor toe te passen.

10. Op grond van hetgeen hiervoor onder r.o. 8 en 9 is overwogen zal bij de berekening van de vergoeding worden uitgegaan van correctiefactor $C = 2,5$. Het aantal gewogen dienstjaren wordt bepaald op 1, het bruto maandsalaris op € 5.298,69 (inclusief vakantietoeslag en waarnemingstoeslag). De bonus is buiten beschouwing gelaten, omdat het structurele karakter daarvan onvoldoende is gebleken.

Dit resulteert in een vergoeding van (afgerond) € 13.250,= bruto.

11. Nu een hogere vergoeding wordt toegekend dan aangeboden, dient Melbourne in de gelegenheid te worden gesteld het verzoek in te trekken.

12. Gezien de aard van de procedure worden de kosten tussen partijen gecompenseerd in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt. Dit geldt ook voor het geval Melbourne het verzoek intrekt.

De beslissing

De kantonrechter:

– stelt partijen ervan in kennis van plan te zijn de arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang van 1 augustus 2010 en aan Heijboer ten laste van Melbourne een vergoeding toe te kennen zoals hierna is vermeld;

– bepaalt dat Melbourne de gelegenheid heeft het verzoek in te trekken door middel van een uiterlijk op 29 juli 2010 te 15.00 uur ter griffie ontvangen schriftelijke mededeling met gelijktijdige toezending van een afschrift daarvan aan de wederpartij;

voor het geval Melbourne het verzoek niet intrekt wordt nu vast als volgt beslist:

– ontbindt de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 augustus 2010;

– kent aan Heijboer ten laste van Melbourne een vergoeding toe van € 13.250,= bruto, ineens te voldoen, als aanvulling op een uitkering op grond van een sociale verzekeringswet of een lager inkomen uit arbeid;

– veroordeelt Melbourne tot betaling van die vergoeding;

– verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

– bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt;

– wijst af wat meer of anders is verzocht;

voor het geval Melbourne het verzoek wel intrekt:

– bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.