

JAR 2010/222 Kantonrechter Haarlem

15 juli 2010, 471459 AO VERZ 10-396. (mr. Stolp)

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
werkgever te Amsterdam
verzoekster
gemachtigde: mr. E.N. Franx-Schaap
tegen
werknemer te (...)
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 bedrijf A en heeft vanaf januari 2007 in het nieuwe hotel van hotelketen in (..) gewerkt. In mei 2009 is bedrijf A failliet verklaard en heeft bank (...) de exploitatie van de hotels van bedrijf A overgenomen en ondergebracht in werkgever holding. Per 1 juni 2009 is de werknemer bij werkgever in dienst getreden als Hotel Manager. Deze arbeidsovereenkomst is na een half jaar omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In mei 2010 heeft werkgever 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. werkgever achtte de werknemer niet geschikt voor die functie. werkgever verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst. werkgever 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 werkgever 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. werkgever is een onderneming die betrokken is bij de exploitatie van onder meer het hotel te (...) (hierna: het Hotel).
- b. Werknemer, 38 jaar oud, is op 5 januari 2004 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangers van) bedrijf A. Werknemer heeft sindsdien in diverse hotels van (...) gewerkt. Vanaf januari 2007 was dat het – toen nog onder de naam (...) opererende – nieuwe hotel te (...).
- c. Nadat bedrijf A in mei 2009 failliet werd verklaard, heeft bank (...) de exploitatie van de hotels van bedrijf A overgenomen en ondergebracht in werkgever holding. Werkgever holding voerde geclusterd het management over drie hotels van bedrijf A.
- d. Per 1 juli 2009 is werknemer voor zes maanden in dienst getreden van werkgever holding in de functie van Hotel Manager van het Hotel. In november 2009 is deze arbeidsovereenkomst overgenomen door werkgever Personeel en is het contract omgezet in een aanstelling voor onbepaalde tijd. Het salaris van werknemer bedraagt laatstelijk € 4.506,19 bruto per maand exclusief vakantiegeld en overige emolumenten.
- e. Op 1 februari 2010 heeft een „terugkoppelingsgesprek“ plaatsgevonden tussen werknemer en Y, destijds de Area General Manager onder wie werknemer viel. In het verslag dat van het gesprek is opgemaakt staat:
 “Y: 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?
 Werknemer: 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. (...)
 Y: 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. (...)
 Werknemer: Ik wil het in ieder geval proberen. Indien er in april een nieuwe GM komt, dan kan ik mij in die rol schikken.”
- f. Werknemer heeft in april 2010 gesolliciteerd naar de functie van General Manager xx hotel te Amsterdam. In het daarover met (o.m.) mevrouw Z (Vice President HR van xx Hotels) gevoerde gesprek is de mogelijke overname van het Hotel door xx Hotels aan de orde geweest. werknemer heeft deze sollicitatie ingetrokken.
- g. YZ, President van xx Hotels heeft op 29 april 2010 per email de volgende aankondiging binnen zijn concern gedaan:
 “I am delighted to announce that we have succesfully acquired a landmark conference hotel in the Netherlands, close to Amsterdam Schiphol Airport. Our team is currently working with the Hotel’s Management, led bij werknemer, to ensure a smooth conversion from hotelketen, and with immediate effect, the hotel is operating as the Hotel.”
- h. In mei 2010 is de – door YZ aangekondigde – overname gerealiseerd door middel van de overdracht van de aandelen van werkgever holding aan verkrijgende holding. Hierdoor kwam het Hotel buiten het door werkgever holding geclusterde management van

de voormalige hotels van bedrijf A te liggen.

i. Werkgever 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 werkgever werknemer 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 ZZ gestart als General Manager van het Hotel.

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

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

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

Het verzoek

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

Door de aandelenoverdracht in mei 2010 viel het Hotel niet meer onder het geclusterde management van de (...) 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. Werkgever 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 “xx Hotel” op de kaart moet worden gezet kunnen geen concessies worden gedaan aan de vereiste kwaliteiten van de General Manager. Werknemer is onvoldoende gekwalificeerd voor de functie van General Manager. Werkgever heeft de mogelijkheid van een herplaatsing van werknemer binnen één van haar hotels onderzocht, maar die mogelijkheid is niet aanwezig. Werkgever 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 werkgever uit van één dienstjaar.

Het verweer

Werknemer 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. Werknemer 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. Werknemer 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 xx hotel te Amsterdam is expliciet aangegeven dat men werknemer wilde behouden voor het Hotel. Bij werknemer 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 YZ van 29 april 2010 en het op 20 mei 2010 onder het personeel verspreide organogram heeft werknemer mogen verwachten dat de overname van het Hotel geen consequenties zou hebben voor zijn positie. Werknemer 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 werkgever uiterst onzorgvuldig gehandeld. Het op deze wijze naar huis sturen van een werknemer is zeer diffamerend en heeft een negatieve uitstraling op de werkomgeving. Werknemer is daardoor beschadigd en aangetast in zijn eer en goede naam. Werknemer 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 werknemer dat het niet nodig was een General Manager aan te stellen. Het behoort nu eenmaal tot de beleidsvrijheid van werkgever c.q. xx hotels om haar onderneming in al haar facetten te besturen en in te richten op een wijze die haar goedgevindt, 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 werkgever ervoor heeft gekozen het Hotel te laten aansturen door een General Manager en een ander dan werknemer op die post heeft benoemd, dient in dit licht te worden gezien. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werkgever deze beslissing voldoende deugdelijk gemotiveerd. De door werkgever daartoe aangevoerde gronden komen de kantonrechter op zichzelf onjuist noch onredelijk voor.

3. Nu vast staat dat de functie van werknemer is vervallen en onweersproken is dat er geen mogelijkheid bestaat werknemer binnen de organisatie van werkgever 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 werkgever komende – beslissing om de Hotel Manager te vervangen door een General Manager en niet werknemer maar een ander in die functie te benoemen, omdat werkgever vindt dat werknemer daarvoor onvoldoende is gekwalificeerd. Een ontbinding op grond van een dergelijke beleidsbeslissing leidt in beginsel tot een neutrale vergoeding.

6. Werknemer stelt zich op het standpunt dat hem een vergoeding op basis van correctiefactor 2 toekomt, omdat werkgever 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 werknemer ook werkzaamheden heeft uitgevoerd die tot het takenpakket van de General Manager behoren (hetgeen werkgever heeft betwist en er daarbij ook op heeft gewezen dat werknemer nooit de verantwoordelijkheid voor het totale management van het Hotel heeft gedragen) brengt dat op zichzelf niet mee, dat werkgever verplicht was werknemer 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 werkgever werknemer niet de geschikte kandidaat voor de functie van General Manager vond, had werknemer kunnen afleiden uit het gesprek dat bij hierover in februari 2010 met Y heeft gevoerd. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer het desbetreffende gespreksverslag niet voldoende weersproken. Op grond hiervan kunnen bij werknemer derhalve geen gerechtvaardigde verwachtingen zijn ontstaan. Dat geldt ook niet voor het gesprek van werknemer met mevrouw Z in april 2010 over zijn sollicitatie naar de functie van General Manager van het xx hotel Amsterdam. Dat mevrouw Z werknemer die sollicitatie heeft ontraden, omdat zij in hem de toekomstige manager van het Hotel zag, is niet aannemelijk geworden. De ter zitting aanwezige mevrouw Z heeft verklaard dat zij niets in die richting heeft gezegd of gesuggereerd.

8. De kantonrechter deelt wel het standpunt van werknemer dat werkgever 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 xx hotels te verspreiden, waarin de Hotel Manager (nog) als hoogste functionaris van het Hotel stond vermeld. Dat werkgever dit heeft gedaan om „onrust“ onder het hotelpersoneel te voorkomen, zoals zij heeft aangevoerd, rechtvaardigt deze actie niet. Begrijpelijk is dat werknemer – 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 werkgever 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 werknemer moet bij de bepaling van de vergoeding rekening worden gehouden met alle dienstjaren, dus ook die van voor het faillissement. Werkgever 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 werknemer 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 werkgever 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 werkgever 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 werknemer ten laste van werkgever een vergoeding toe te kennen zoals hierna is vermeld;
- bepaalt dat werkgever 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 werkgever het verzoek niet intrekt wordt nu vast als volgt beslist:

- ontbindt de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 augustus 2010;
 - kent aan werknemer ten laste van werkgever 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 werkgever 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 werkgever het verzoek wel intrekt:*
- bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.