

beschikking

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN SINT MAARTEN

Zaaknummer: SXM202300375

Beschikking d.d. 30 augustus 2023

inzake

**de naamloze vennootschap N.V. GEMEENSCHAPPELIJK
ELEKTRICITEITSBEDRIJF BOVENWINDSE EILANDEN,**
gevestigd in Sint Maarten,
verzoekster, tevens verweerster in het voorwaardelijk tegenverzoek,
gemachtigde: mr. Z.J.A. BARY,

tegen

Clifford SASSO,
wonende in Sint Maarten,
verweerder, verzoeker in het voorwaardelijk tegenverzoek,
gemachtigde: mr. C.H.J. MERX.

Partijen zullen hierna Gebe en Sasso worden genoemd.

1. Het procesverloop

1.1. Gebe heeft op 31 maart 2023 een verzoekschrift met producties ingediend. Sasso heeft op 23 juni 2023 een verweerschrift, tevens voorwaardelijk tegenverzoek, met producties ingediend. Het verzoek is behandeld op 29 juni 2023. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling hebben de gemachtigden het woord gevoerd aan de hand van door hen overgelegde pleitnotities. Sasso heeft tevens in het kader van het voorwaardelijk tegenverzoek zijn vordering bij akte vermeerderd. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat op de zitting is besproken.

1.2. De uitspraak is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. De volgende feiten zullen in dit geding als tussen partijen vaststaand worden aangemerkt. Deze feiten blijken uit overgelegde stukken en/of volgen uit stellingen van partijen voor zover deze door de ene partij zijn aangevoerd en door de andere partij zijn erkend of niet dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn betwist.

2.2. Sasso, geboren 19 oktober 1969, is vanaf 1 november 2000 bij Gebe in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst, laatstelijk als Human Resource manager tegen een salaris van NAF 14.883,50 bruto per maand vermeerderd met 8,33 % vakantietoeslag en een dertiende maand.

2.3. Bij brief van 12 april 2018 heeft Gebe aan Sasso een schriftelijke waarschuwing gegeven wegens plichtsverzuim, omschreven als volgt:

"It came to our attention that you, without the knowledge and consent of the Managing Board, subsequently, initiated and processed a lump sum payment for persons that were not included in the initial list that was provided by you and approved by the Managing Board and in turn the Supervisory Board of Directors, by way of an approved budget. You unilaterally instructed the Finance Department to process, with the payroll of March 25, 2018, lump sum payments, to persons whose contracts had ended or were terminated in 2017. By doing so you exceeded your authority."

2.4. Bij brief van 20 mei 2021 is Sasso door Gebe geschorst voor de duur van vijf dagen omdat hij tijdens de Covid-19 pandemie had nagelaten om het management op de hoogte te stellen van positief op het virus geteste werknemers. De interim manager van Gebe heeft het daarmee verband houdende verwijt aan Sasso als volgt omschreven:

"This is completely unacceptable. Management needs to be advised immediately of any positive covid-19 case(s) and possible exposures, so that immediate and appropriate action can be coordinated through management and the affected departments. We have already lost a colleague to the virus, but even without that tragedy, I would assume that you would have taken immediate action by informing me."

2.5. Bij de stukken bevindt zich een – ongedateerde - schriftelijke verklaring van K. Chittick, voormalig Chief Executive Officer van Gebe, waarin hij melding maakt van een zestal incidenten met betrekking tot het functioneren van Sasso. Volgens deze verklaring heeft Chittick telkens Sasso daarop aangesproken en heeft hij hem daarvoor mondeling gewaarschuwd.

2.6. Bij brief van 20 augustus 2021 heeft Gebe Sasso opnieuw schriftelijk gewaarschuwd omdat hij zich zou hebben gemengd in een geschil tussen Gebe en een werknemer, mevrouw Daniel, door ten behoeve van haar in een e-mail een verklaring af te geven over het verloop van een bepaald telefoongesprek met een functionaris van Gebe, waarvan Sasso getuige zou zijn geweest. Het opstellen van deze e-mail door Sasso heeft Gebe in de brief van 20 augustus 2021 gekwalificeerd als "a suspicious and colluding act against an employee". Daaraan heeft Gebe de incidenten toegevoegd die zijn vermeld in de verklaring van Chittick, en voorts:

"Also, very concerning is that such suspicious and underhanded actions have been carried out by you and Ms. Daniel together in the past. Your apparent loyalty to Ms. Daniel and therefore a lack of trustworthiness and integrity as an internal employee of NV GEBE has been made very clear over the years on other occasions. [...] On March 31, 2021, you were asked about the absence of Ms. Daniel who had not been to work. Under questioning, you stated that you were in possession of the sick leave notice. When asked when the notice had been received, you stated that you could not recall, thereby, clearly not executing the matter according to the normal process within the Human Resources department where registering a date for incoming documents, by stamp, is customary. [...] Also, and very noteworthy to mention is a letter in your file, wherein you were required by the then Managing Board, during the extension of your 2014 trial period, to focus on removing your perception of favoritism and to place total loyalty to the Managing Board. This statement underscores

your questionable character as an employee and manager within NV GEBE, and this latest incident shows that you have not improved on that topic."

2.7. Op 3 september 2022 heeft Sasso mevrouw Daniel geholpen bij het verplaatsen van spullen (mappen en tassen) vanuit haar kantoor op het terrein van Gebe in haar (dienst)auto. Dit is vastgelegd op videobeelden van Gebe. Naar aanleiding daarvan heeft Gebe een onderzoek ingesteld naar de betekenis van deze gebeurtenis. Hangende dit onderzoek is Sasso door Gebe bij brief van 20 september 2022 op non-actief gesteld.

2.8. Gebe heeft daarnaast een breder onderzoek laten instellen naar het functioneren van haar Human Resource Department door Development Consulting Center Ltd. in Trinidad W.I. De conclusie in het (ongedateerde) auditrapport (40 pagina's) dat naar aanleiding van dat onderzoek is uitgebracht, luidt als volgt:

"During this audit, we examined all critical areas of HR Management, and while our findings show severe weaknesses in the practice of HR within GEBE, we see real value in underscoring failings which are clearly beyond the HRD/HRM. We would be remiss in our duties if we did not highlight the shortcomings of senior/executive management, internal audit and the supervisory board. From the poor selection/hiring of an inexperienced and unqualified (in HR) HRM, repeated six-month extensions of his trial period while not gaining the expected value added to repeated inaction on crucial matters. Not only is the HRM/HRD weak, but all those who were meant to hold them accountable must bear significant culpability. That multiple managers, executives, C-suites and boards allowed this situation to continue and fester for such a prolonged period is a cause of direct concern and immediate action. The crisis of recent years, particularly the ransomware incursion, have had the unintended consequence of triggering these and other audits/investigations. However, as difficult as these circumstances are, GEBE can capitalise on the crisis, as the conditions are ripe to articulate and develop a sense of urgency, which is a first step on the transformation journey. Human Resources is the lifeblood of any organisation; not only is it usually the costliest budget item, but also, the very survival and growth of the business depends on this all-important resource. Moreover, humans have the ability to learn and grow, as do organisations. Therefore, GEBE must act now to begin the process of change and transformation if it is to prevent an even worse decline and hold its cornerstone position within the community and economy of Sint Maarten."

2.9. Gebe heeft het auditrapport op 6 maart 2023 ter beschikking gesteld van Sasso (en zijn gemachtigde) en zij heeft sindsdien herhaaldelijk geprobeerd de inhoud daarvan met Sasso te bespreken. Sasso heeft dat geweigerd.

2.10. Gebe heeft op 27 maart 2023 aan Sasso laten weten dat het dienstverband met hem wat haar betreft niet kan worden voortgezet.

3. Het verzoek

3.1. Gebe verzoekt, zakelijk weergegeven, dat het Gerecht bij beschikking de arbeidsovereenkomst tussen partijen zal ontbinden, primair aanstonds wegens een (uitgestelde) dringende reden en subsidiair op de kortst mogelijke termijn wegens wijziging van omstandigheden zonder toekenning van enige vergoeding. Zou het Gerecht menen dat er in het laatste geval toch een vergoeding moet worden toegekend dan dient deze rekening houdend met alle omstandigheden van het geval fors gematigd te worden.

3.2. Aan haar verzoek legt Gebe de vastgestelde feiten ten grondslag. Daaruit maakt zij op dat er vrijwel vanaf het begin van de benoeming van Sasso tot Human Resource manager voortdurend 'issues' zijn geweest waarvoor hij meerdere schriftelijke en mondelinge waarschuwingen heeft ontvangen. Sasso heeft onvoldoende het favoritisme binnen Gebe bestreden, sterker nog hij heeft daaraan bijgedragen. Het disfunctioneren van Sasso volgt volgens Gebe verder uit het auditrapport. Dat laat zien dat Sasso, in strijd met zijn taakomschrijving, heeft nagelaten beleid te ontwikkelen op diverse terreinen. Het toont ook aan dat bij de werknemers van Gebe onvrede heerst over de behulpzaamheid en betrouwbaarheid van Sasso. Gebe meent dat Sasso haar daarmee een dringende reden heeft gegeven om het ontbindingsverzoek in te dienen. Volgt het Gerecht haar daarin niet, dan is er nu wel sprake van gewijzigde omstandigheden wegens een onherstelbare verstoring in de arbeidsrelatie.

3.3. Sasso voert gemotiveerd verweer. Er is volgens Sasso geen deugdelijke grond aangevoerd om de arbeidsovereenkomst te ontbinden omdat zijn prestaties steeds goed zijn beoordeeld. Het auditrapport heeft geen waarde omdat zijn naam noch functie daarin aan de orde komen. Sasso betwist tevens met klem dat er sprake is van een (uitgestelde) dringende reden.

4. Het tegenverzoek

4.1. Sasso verzoekt, na eisvermeerdering, dat het Gerecht bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- a. Gebe zal bevelen de arbeidsovereenkomst onverkort na te leven en zijn salaris door te betalen;
- b. bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan Sasso op basis van de kantonrechttersformule aan hem een vergoeding toe zal kennen van NAf 885.568,08 bruto;
- c. en daarnaast, bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst, aan hem een vergoeding naar billijkheid toe zal kennen van NAf 240.967,00 bruto;
- d. Gebe zal veroordelen in de proceskosten, de nakosten en de wettelijke rente daarover.

4.2. Gebe heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

5. De beoordeling

Het tegenverzoek

5.1. Er is aanleiding eerst het tegenverzoek te beoordelen. Dat wordt afgewezen, omdat het verzoek om de arbeidsovereenkomst na te leven en het salaris door te betalen niet aansluit op een bestaande toestand waarin dat niet het geval is, terwijl daarvoor na de uit te spreken ontbinding - zoals hierna zal volgen - geen rechtsgrond bestaat.

5.2. Verder verwacht Sasso "een vergoeding op basis van de kantonrechtर्सformule" met een vergoeding naar billijkheid, in die zin dat zij naast elkaar zouden bestaan. Dat is niet het geval. Bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wijziging van omstandigheden kent de wet enkel de mogelijkheid om een vergoeding naar billijkheid toe te kennen. Dat die vergoeding hier te lande berekend kan worden met toepassing van de tot 1 januari 2015 in Nederland geldende kantonrechtर्सformule, is iets anders. Als er bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanleiding bestaat om een vergoeding naar billijkheid toe te kennen dan ligt in het oordeel daarover besloten dat daarmee op een toereikende wijze de gevolgen van die ontbinding worden gecompenseerd. De wet voorziet niet in de aanspraak op een surplus, zoals een vergoeding op basis van de kantonrechtर्सformule.

5.3. Gebe heeft geen afzonderlijk verweerschrift vanwege het tegenverzoek ingediend, maar de kwestie van de (eventuele) ontbindingsvergoeding reeds aangesneden in haar verzoek. Er is dan ook geen reden voor een kostenveroordeling van Sasso.

Het verzoek

5.4. Het Gerecht heeft zich ervan vergewist dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen verband houdt met het bestaan van enig opzegverbod.

5.5. Gebe heeft primair een uitgestelde dringende reden aan het verzoek ten grondslag gelegd. Zij heeft in dat verband echter verzuimd aan te wijzen welke feiten volgens haar als zodanig kwalificeren. In plaats daarvan meent zij kennelijk dat alles wat zij in het verzoekschrift aan feiten en omstandigheden heeft gepresenteerd, daarvoor geschikt is. Zo werkt het echter niet. Voor het aannemen van een dringende reden is immers nodig "dat sprake moet zijn van een geval dat uitzonderlijk ernstig is".¹ De gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad heeft geformuleerd² van feiten en omstandigheden die moeten worden betrokken bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, begint er dan ook mee dat gelet moet worden op de aard en de ernst van de gehanteerde ontslaggrond. Dit vereist dat Gebe van haar verzoekschrift niet een tombola maakt, maar daarin bepaaldelijk

¹ Prof. mr. S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet', Monografieën Sociaal Recht nr. 58, Kluwer 2013, p. 272

² HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 (Schrijver/Van Essen)

aanwijst wat dan volgens haar gedurende de dienstbetrekking uitzonderlijk ernstig is geweest. Dat heeft Gebe niet gedaan en reeds daarom houdt de primaire ontbindingsgrond geen stand.

5.6. Daar komt nog bij dat Gebe onvoldoende voortvarend heeft gehandeld om in plaats van een ontslag op staande voet alsnog wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.³ Het Gerecht neemt daarbij in aanmerking dat Sasso al vanaf 20 september 2022 door Gebe op non-actief is gesteld en het vervolgens tot 30 maart 2023 heeft geduurd voordat Gebe haar verzoekschrift indiende. In theorie is het nog wel denkbaar dat Gebe in de tussentijd iets buitengewoon ernstigs op het spoor is gekomen, maar dat is zo niet gepresenteerd terwijl de uitkomsten van het auditrapport ook niet als zodanig kunnen worden aangemerkt. Dat rapport bevat wel kritiek op het functioneren van Sasso maar schokkende feiten komen er niet in voor.

5.7. Het Gerecht zal de arbeidsovereenkomst tussen partijen wel ontbinden wegens een wijziging van omstandigheden, die daaruit bestaat dat sprake is van een zodanig ernstige en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding dat van Gebe in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, in combinatie met het gegeven dat Sasso niet in staat is gebleken voldoende inhoud te geven aan zijn functie als Human Resource manager. Aan de verstoring liggen meerdere voorvallen ten grondslag die met elkaar gemeen hebben dat Sasso eigengereid handelt. Dat verwijt ligt ook besloten in de berisping van 12 april 2018 en de schorsing van 20 mei 2021. Tegen deze disciplinaire maatregelen is Sasso destijds niet opgekomen en het Gerecht gaat daarom uit van de juistheid van de feiten die Gebe daarvoor heeft vermeld. Hetgeen Sasso daartegen in deze procedure heeft ingebracht doet daaraan niet af. Van een Human Resource manager mag Gebe in de eerste plaats verwachten dat hij het beleid van de onderneming en de daarvoor opgestelde spelregels uitvoert en daar geen eigen interpretatie aan geeft. Dat laatste heeft Sasso wel gedaan. Illustratief daarvoor is zijn verzuim, of weigering, om het management van Gebe op de hoogte te brengen van positief op COVID-19 geteste werknemers omdat dit een gezondheidsgegeven zou zijn dat door die werknemers met niemand hoeft te worden gedeeld. Daarmee miskende Sasso dat Gebe zorg dient te dragen voor de goede orde in de onderneming, voor de gezondheid van haar werknemers en dat daarnaast op haar een wettelijke zorgplicht rust om voor een zo veilig mogelijke werkomgeving te zorgen. Daarnaast is Sasso te licht gebleken voor de taken en verantwoordelijkheden die voortvloeien uit de functie van Human Resource manager. Met het auditrapport is door Gebe voldoende aannemelijk gemaakt dat hij in deze functie steken heeft laten vallen en er niet in is geslaagd om te voldoen aan het functieprofiel. Weliswaar hebben tussentijdse beoordelingen dat niet aan het licht gebracht en in zoverre moet Gebe de hand in eigen boezem steken, maar waar het gaat om de vraag of de arbeidsovereenkomst met Sasso kan worden voortgezet, is het begrijpelijk dat Gebe

³ Zie Prof. mr. E. Verhulp in 'Disfunctioneren en wangedrag van werknemers', Kluwer 2008, p. 86 die over de ontbinding wegens uitgestelde dringende reden opmerkt: "(...) maar algemeen aanvaard lijkt de gedachte dat het niet mogelijk is om - zonder verder actie te hebben ondernomen - geruime tijd na de verweten gedraging wegens die gedraging alsnog een ontbinding wegens een dringende reden uit te spreken."

nu orde op zaken wil stellen. Daarvoor is temeer reden nu Sasso hardnekkig heeft geweigerd om de inhoud van het auditrapport met Gebe te bespreken en kennelijk niet is geïnteresseerd in enige feedback op het functioneren van de afdeling waarvoor hij verantwoordelijk is.

5.8. Over de toekenning van een ontslagvergoeding aan Sasso wordt als volgt geoordeeld. Beide partijen nemen tot uitgangspunt dat daarbij de tot 2015 in Nederland toegepaste kantonrechttersformule moet worden gevolgd. Het Gerecht sluit zich daarbij in dit geval aan. Het gaat daarbij om de per 1 januari 2009 gewijzigde versie van deze formule $A \times B \times C$, waarin A staat voor het gewogen aantal dienstjaren, B de beloning betreft en met C de correctiefactor tot uitdrukking wordt gebracht. Uitgaande van 7 september 2023 als datum van einde van de arbeidsovereenkomst en 1 november 2000 als datum van indiensttreding is het gewogen aantal dienstjaren (afgerond) 30,5. De in aanmerking te nemen beloning (inclusief vakantietoelage en dertiende maand) bedraagt NAF 17.364,08 bruto. Blijft over de vraag of er een, neerwaartse of opwaartse, correctiefactor moet worden toegepast. Voor een opwaartse aanpassing bestaat geen toereikende grond. Voor een neerwaartse aanpassing wel. De deels gegronde verwijten die Gebe aan Sasso maakt en het feit dat hij daarvoor herhaaldelijk is gewaarschuwd, geven daar aanleiding voor. Ook let het Gerecht op het feit dat de non-activiteit van Sasso nu al bijna een jaar voortduurt. In acht nemend alle omstandigheden van het geval wordt geoordeeld dat toepassing van een op 0,5 te stellen C-factor in dit geval billijk is. Daarmee komt de aan Sasso toe te kennen ontbindingsvergoeding uit op NAF 264.801,00 bruto ($30,5 \times 17.364,08 \times 0,5$). De (eventueel) aan Sasso toekomende cessantia-uitkering wordt geacht daarin begrepen te zijn.

5.9. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal worden uitgesproken per 7 september 2023. Er is, anders dan onder het in 2015 in Nederland gewijzigde ontslagrecht, geen rechtsregel die met zich brengt dat daarbij rekening moet worden gehouden met een opzegtermijn. Het Gerecht neemt daarbij ook de langdurende non-activiteit van Sasso in aanmerking. De ontbinding continueert daarmee een al lang bestaande feitelijke situatie en Sasso hoeft niet de gelegenheid te worden geboden voorbereidingen te treffen op een toestand waarin hij niet meer werkt voor Gebe.

5.10. Gebe moet nog in de gelegenheid worden gesteld het verzoek in te trekken. Gaat zij daartoe over dan moet zij de proceskosten betalen. Blijft intrekking achterwege dan worden de proceskosten gecompenseerd zoals hierna te melden.

6. De beslissing

Het Gerecht:

op het verzoek

6.1. stelt Gebe in kennis van het voornemen om de met Sasso bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning aan hem van een vergoeding groot NAF 264.801,00 bruto en stelt Gebe in de gelegenheid het verzoek uiterlijk op

6 september 2023 om 8:30 uur in te trekken door daartoe een schriftelijke verklaring ter griffie af te geven met afschrift aan de wederpartij;

6.2. indien tijdige intrekking van het ontbindingsverzoek achterwege blijft: ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen bestaande uit veranderingen in de omstandigheden per 7 september 2023, met toekenning aan Sasso ten laste van Gebe van een vergoeding groot NAf 264.801,00 bruto en met bepaling dat de (eventueel) aan Sasso toekomende cessantia-uitkering geacht wordt daarin begrepen te zijn;

6.3. veroordeelt Gebe tot betaling van het onder 6.2 vermelde bedrag voor 1 oktober 2023 en verklaart deze betalingsveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

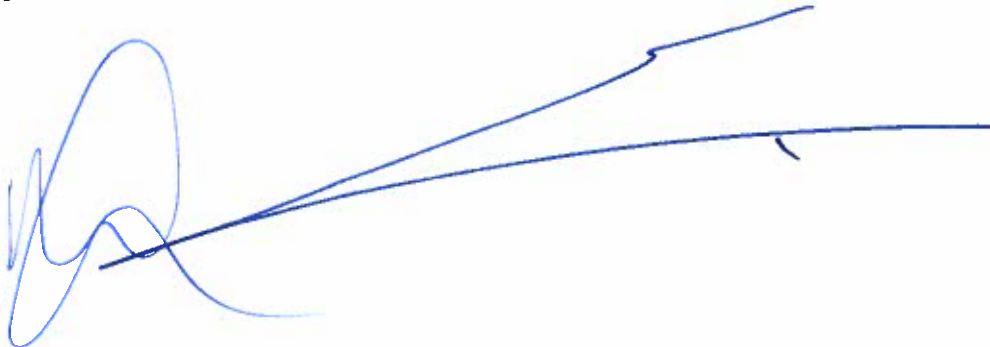
6.4. veroordeelt Gebe bij intrekking van het verzoek in de kosten van de procedure begroot op NAf 2.500,00 voor salaris gemachtigde en compenseert in het geval intrekking achterwege blijft de kosten van de procedure aldus dat iedere partij belast blijft met de eigen kosten;

op het tegenverzoek

6.5. wijst de vorderingen van Sasso af;

6.6. compenseert de kosten van de procedure aldus dat iedere partij belast blijft met de eigen kosten.

Deze beschikking is gewezen door mr. G.A.F.M. Wouters, rechter, en op 30 augustus 2023 uitgesproken ter openbare terechtzitting in aanwezigheid van de griffier.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'W' followed by a long horizontal line that extends across the page.