

# vonnis

---

## GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN SINT MAARTEN

Zaaknummers: SXM2022-1372

Vonnis in kort geding van 29 december 2022

inzake:

**MERRILL TEMMER ("TEMMER")**,  
-eiser-,  
wonende in Sint Maarten,  
gemachtigden: mr. L.G.J. Berman en mr. E. Keuning,

tegen

**de naamloze vennootschap GEMEENSCHAPPELIJK ELECTRICITEITSBEDRIJF BOVENWINDSE EILANDEN N.V. ("GEBE")**,  
gevestigd in Sint Maarten,  
gedaagde,  
gemachtigde: mr. Z. Bary.

### 1. Het verloop van de procedure

1.1. Mr. Berman heeft namens Temmer op 7 december 2022 het kortgedingverzoekschrift tegen GEBE ter griffie van het Gerecht ingediend. Op 15 december 2022 hebben partijen (aanvullende) producties doen indienen. Op 16 december 2022 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. De gemachtigden hebben in overeenstemming met de gewisselde en overgelegde aantekeningen de zaak bepleit.

1.2. Vonnis is bepaald op heden.

### 2. De feiten

2.1. Temmer is sedert 2013 in dienst bij GEBE. Voorafgaande aan de benoeming tot Tijdelijk Manager ("TM") op 2 december 2021 werkt Temmer als ICT-manager (vergelijk producties 4A en 4B van het inleidende verzoekschrift waaruit de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden van Temmer als ICT-manager zijn te kennen).

2.2. Op 2 december 2021 ondertekenen Temmer en GEBE een 'Agreement for the provision of services' ("Overeenkomst TM"). Ook neemt GEBE een besluit tot benoeming van Temmer tot TM.

De Overeenkomst TM bepaalt in artikel 2.13:

*'This agreement is moreover contracted under the suspensive condition of the existing labor*

*agreement of the Service Provider with NV GEBE as an employee, being suspended pending strictly and solely the duration of this Agreement. This means that immediately upon the expiration, termination or otherwise ending of this Agreement, the Service Provider resumes his employment with NV GEBE, under exactly the same working/employment conditions as he presently enjoys. The months that the Service Provider rendered services to NV GEBE under this Agreement will not be considered for seniority and/or any other indebted compensation by NV GEBE to the Service Provider, in his future capacity once again as an employee of NV GEBE.'*

2.3. Op 17 maart 2022 vindt een cyberaanval plaats bij GEBE. De aanval vindt plaats door "Black Byte" een organisatie die zich bezighoudt met diefstal en het versleutelen van data van bedrijven. Door de 'hack' is het complete klantenbestand, financiële gegevens en andere bedrijfsmatige gegevens van GEBE versleuteld. Om weer tot deze gegevens toegang te krijgen, dient GEBE op of voor 20 maart 2022 25 bitcoins – ongeveer US \$ 1.000.000,00 aan de hacker te betalen. Nadien dient GEBE 50 bitcoins te betalen om weer tot haar gegevens toegang te krijgen.

2.4. Op 18 mei 2022 ondertekenen Temmer en GEBE een 'Agreement for the provision of services' ("Overeenkomst COO"). Ook neemt GEBE een besluit tot benoeming van Temmer tot Chief Operating Officer ("COO").

Deze overeenkomst bepaalt in artikel 2.11:

*'Upon expiration, termination or otherwise ending of this Agreement, prior to the pensionable age, the Contractor shall have the right to resume his employment with NV GEBE in a comparable employment position within the company, if the initial position (being Manager of ICT) would no longer be available, provided that this comparable position is offered against the same terms and conditions of employment as those applicable immediately prior to this Agreement, plus the applicable increases. If the Contractor does not accept the offered position for reinstatement of employment and shall not be entitled to any form of compensation of salary from the Company.'*

en in artikel 9.4:

*'The Contractor is granted a return back guarantee until the legal pension age. This will include an equivalent salary and benefit package to the prior position of ICT Manager, but is not guaranteed the same position.'*

2.5. In de periode vanaf 1 juni 2022 tot 2 september 2022 is Temmer arbeidsongeschikt.

2.6. Op 22 augustus 2022 treedt de benoeming van Temmer tot COO -na onder het andere de verkrijging van de verklaring van geen bezwaar- in werking.

2.7. Bij brief van 8 september 2022 kondigt (de Raad van Commissarissen ('RvC') van) GEBE aan voornemens te zijn Temmer als COO te schorsen.

Op 12 september 2022 neemt (de RvC van) GEBE het schorsingsbesluit van Temmer.

2.8. Bij brief van 7 november 2022 bericht zijn gemachtigde, mr. L. Berman, aan GEBE:

'(...)

*Om iedereen moeite en tijd te besparen, zegt client dan ook bij dezen zijn directeurschap op.*

*Per de terugkeergaranties verwoord in artikel 2.11 en 9.4 van de "agreement for the provision of services" van 18 mei 2022 zal client dus weer in (arbeidsrechtelijke) dienst treden van de Vennootschap.*

*Client is beschikbaar voor werkzaamheden en zal zich morgenochtend melden bij de heer Washington om weer aan de slag te gaan als werknemer van NV GEBE.*

'(...)

2.9. Bij brief van 24 november 2022 bericht (de voorzitter van de RvC van) GEBE het volgende aan Temmer:

'(...)

*The Supervisory Board of Director's ("SBoD") and sole shareholder ("Shareholder") of NV GEBE are in receipt of your attorney's letter dated November 7, 2022, through which you resigned as COO. This letter serves to confirm that during the General Shareholder's Meeting of November 9, 2022, in which you were to be heard, The Shareholder, in so far as necessary, formally accepted your resignation as per said date. As such your Service Agreement along with your statutory directorship, is considered terminated effective November 7, 2022.*

'(...)

2.10. Mr. Berman bericht bij brief van 30 november 2022 het volgende aan GEBE:

'(...)

*The COO contract between Mr. Temmer and NV GEBE clearly provides for return a back guarantee in the ICT managers' position that Mr Temmer held till December 2021. The option of returning to work was invoked by client and consequently client is in service of NV GEBE.*

*The salary ex benefits amounted as of November 30<sup>th</sup>, 2021, Ang. 15,370.00.*

*Client has reached out on numerous occasions by telephone an in writing, with the request to start working again in the ICT managers' position and if such is not available in a similar position.*

*Despite the response of 'getting back' to client, such has not been done. Even worse, client did not receive his prorated salary as of November 9<sup>th</sup> 2022, being the day, he resigned as COO.*

*The Payroll of NV GEBE is processed on the 25<sup>th</sup> of each month.*

*Seen the lack of response and failure to pay, it is herewith that NV GEBE is requested and as far as required summoned to pay the salary of client including statutory interest and to allow client to commence his work in the manager ICT Position, both within forty-eight (48) hours.*

(...)

2.11. Mr. Bary stelt zich op 2 december 2022 (productie 12 van het verzoekschrift) namens GEBE -in reactie op de brief van 30 november 2022 van mr. Berman- namens GEBE op het standpunt dat (i) Temmer jegens GEBE in (schuldeisers-)verzuim verkeert ingevolge zijn opzegging '*with immediate effect*' (ii) geen overeenkomst bestaat tussen Temmer en GEBE en (iii) GEBE geen vertrouwen meer heeft in het functioneren van Temmer. Aan de sommatie van Temmer zal GEBE geen gevolg geven, aldus de raadvrouw van GEBE.

### 3. Het geschil

3.1. Temmer vordert dat het Gerecht bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

primair

- (i) GEBE veroordeelt om het salaris van NAF 15.370 bruto en de overige emolumenten aan Temmer te betalen, te vermeerderen met de wettelijke verhoging;
- (ii) GEBE gebiedt Temmer tot zijn werk als ICT manager toe te laten op straffe van een dwangsom;

subsidiar

- (iii) GEBE veroordeelt om het bedrag van NAF 1.198.860,00 als voorschot op de schade aan Temmer te betalen;

meer subsidiar

in goede justitie een beslissing neemt;

primair, subsidiar en meer subsidiar

kosten rechtens.

3.2. Aan de vorderingen legt Temmer de volgende stellingen ten grondslag. Uit de hiervoor geciteerde bepalingen uit de overeenkomsten TM en COO volgt dat Temmer het recht heeft op terugkeer in zijn oude functie als ICT manager, of een vergelijkbare functie, als zijn werkzaamheden als TM of COO op welke grond dan ook zouden eindigen. Nu GEBE deze verbintenis niet naleeft, heeft Temmer recht en een spoedeisend belang om nakoming van de op GEBE rustende verbintenis te vorderen.

3.3. GEBE betwist de vorderingen.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, maar alleen voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### spoedeisend belang

4.1. Dit belang is in de kern gegrond op de stelling dat Temmer verstoken is van loon zodat hij zich niet langer in zijn levensonderhoud kan voorzien.

4.2. Het Gerecht is van oordeel dat de vorderingen van Temmer naar hun aard spoedeisend van aard zijn. Temmer dient zich in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien terwijl GEBE na het eindigen van zijn COO-schap weigert loon of een vergoeding te betalen. Van Temmer kan dus niet worden verlangd een beslissing in een bodemprocedure af te moeten wachten.

4.3. Het Gerecht is derhalve is kort geding bevoegd om van de vorderingen kennis te nemen.

4.4. GEBE betoogt nog dat de vorderingen naar hun aard niet geschikt zijn om in kort geding te worden beoordeeld. De kwestie zou ook te ingewikkeld zijn.

4.5. Het Gerecht hecht eraan om GEBE erop te wijzen dat de kortgedingrechter bevoegd en in staat is om ook ingewikkelde kwesties te beoordelen. Dat in kort geding opdrachten tot nadere bewijslevering en/of een deskundigenbericht veelal achterwege worden gelaten, is een geheel andere kwestie.

4.6. GEBE betoogt ook dat het petitum niet secuur is geformuleerd. Het Gerecht is voorshands van oordeel dat dit bezwaar van GEBE juist is, maar het Gerecht is voorshands van oordeel dat als het petitum in samenhang met de fundamentum petendi wordt gelezen en uitgelegd er geen twijfel kan bestaan wat Temmer van GEBE primair en subsidiair vordert: namelijk loon en emolumenten op grond van nakoming van zijn arbeidsovereenkomst met GEBE en subsidiair -kennelijk wanneer het Gerecht geen arbeidsovereenkomst zou kunnen vaststellen- schadevergoeding op grond van een tekortkoming en/of onrechtmatige daad van GEBE. Dat moet voor GEBE allemaal duidelijk zijn en uit het gevoerde verweer volgt dat ook.

##### arbeidsovereenkomst tussen partijen

4.7. Het Gerecht is voorshands van oordeel dat ingevolge de overeenkomsten TM en COO geen einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst tussen Temmer en GEBE. De bedoeling van partijen is blijkens de duidelijke bewoordingen van de Overeenkomsten TM en COO onmiskenbaar dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft gedurende de periode dat Temmer werkzaamheden verricht als TM en COO. Er zijn ook geen feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan de conclusie kan worden getrokken dat de arbeidsovereenkomst inmiddels is



geëindigd. Die is namelijk niet opgezegd of ontbonden, terwijl uit de bewoordingen van de Overeenkomst TM en COO voorts dient te worden afgeleid dat van een beëindiging op grond van wederzijds goedvinden ook geen sprake kan zijn geweest. Het rechtsgevolg van het aangaan van de Overeenkomst TM en COO is slechts dat partijen gedurende de gelding van die Overeenkomst TM en COO waren ontheven van hun verplichtingen. Aan de 'slapende' arbeidsovereenkomst is echter geen einde gekomen. Door opzegging of beëindiging van de Overeenkomst TM en COO is evenmin een einde gekomen aan de 'nawerkende' bepaling van de terugkeergarantie die het Gerecht onder de feitenvaststelling hiervoor heeft geciteerd.

4.8. Overigens is het Gerecht niet duidelijk geworden welke weersproken stellingen van Temmer en/of GEBE -waar het gaat om het bestaan van de arbeidsovereenkomst- door een bewijsopdracht zouden moeten worden bewezen. Het voorschrift van 2:8 BW verzet zich ook niet tegen een 'slapende' arbeidsovereenkomst die partijen voor ogen stond. Wel verzet deze bepaling tegen het bestaan van een arbeidsovereenkomst als rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en een van de bestuurders van de rechtspersoon. Partijen hebben hierin dan ook voorzien door overeenkomsten tot opdracht met elkaar aan te gaan en wel door middel van de Overeenkomst TM en de Overeenkomst COO.

4.9. Mocht de kortgedingrechter het verkeerd zien en mag geen arbeidsovereenkomst tussen partijen worden aangenomen, maakt dat voor de geldelijke verbintenis van GEBE jegens Temmer niet heel veel uit. Immers, ook dan kan Temmer zich op de terugkeergarantie beroepen en hiervan nakoming verlangen. De schending hiervan zal dan leiden tot de verbintenis van GEBE om schadevergoeding aan Temmer te betalen die voorshands kan worden begroot op het primair gevorderde loon en emolumenten. De subsidiaire vordering zou dan (deels) kunnen worden toegewezen.

4.10. Uit de bepaling van 9.4 van de Overeenkomst COO dient te worden afgeleid dat Temmer geen zekerheid is geboden dat hij na het einde van zijn COO-schap weer als ICT manager aan slag zou kunnen gaan. Wel is hem op deze contractuele grondslag zekerheid gegeven dat hem een vergelijkbare positie/functie wordt aangeboden met derhalve vergelijkbare arbeidsvoorwaarden.

#### inroepen van terugkeergarantie

4.11. Het Gerecht is voorshands van oordeel dat aan de Overeenkomst TM en Overeenkomst COO een einde is gekomen – niemand bestrijdt dit ook- en dat Temmer bijgevolg de terugkeergarantie kan inroepen.

*schuldeisersverzuim*

4.12. GEBE verweert zich tegen dit recht van Temmer met een beroep op schuldeisersverzuim ex artikel 6:59 BW van Temmer. Volgens GEBE heeft Temmer de Overeenkomst COO met schending van de regels van opzegging beëindigd. Dit opportunistische standpunt van GEBE passeert het Gerecht. Immers, GEBE streefde zelf het einde van de werkzaamheden van Temmer als COO na en zelfs de beëindiging van zijn functie als COO: eerst door de schorsing en daarna door het beëindigingsbesluit van 9 november 2022. De beperkende werking van redelijkheid en billijkheid brengt mee dat GEBE zich niet met succes kan beroepen op het eventuele verzuim van Temmer om opzeggingsvoorschriften in acht te nemen die GEBE overigens zelf ook niet in acht neemt. In dit verband wijst het Gerecht op de brief van 24 november 2022 van GEBE waarin het beëindigingsbesluit ('*corporate resolution*') van 9 november 2022 wordt aangehaald. In deze brief valt te lezen dat GEBE het neerleggen door Temmer van zijn functie op 7 november 2022 bij haar besluit van 9 november 2022 heeft aanvaard, zodat op 7 november 2022 een einde aan Temmers COO-schap is gekomen.

4.13. Hierbij maakt GEBE geen gewag van schending van een opzegtermijn en stelt GEBE zelfs dat op 7 november 2022 aan het COO-schap van Temmer een einde is gekomen. Zo bezien is op grond van 9.3 onder iv van de overeenkomst COO geen sprake van een schending van een opzegtermijn: de vennootschapsrechtelijke verhouding tussen Temmer en GEBE is immers op 7 november 2022 tot een einde gekomen waarna ook de contractuele opdracht tussen partijen zonder inachtneming van enige opzegtermijn tot een einde kon komen.

#### *vernietiging van de terugkeergarantie*

4.14. Volgens GEBE heeft zij gedwaald bij de totstandkoming van dit beding. GEBE wist namelijk niet dat Temmer als ICT manager zulke grote steken had laten vallen, aldus GEBE. Dit beroep voldoet niet aan de vereisten van het voorschrift van artikel 6:228 BW. Niet gesteld of gebleken is welke onjuiste inlichting Temmer aan GEBE heeft verstrekt of welke inlichting hij had behoren te verstrekken maar dat nu juist heeft nagelaten. Ook is niet duidelijk geworden of, en zo ja, van welke onjuiste voorstelling van zaken beide partijen bij het aangaan van de terugkeergarantie zijn uitgegaan.<sup>1</sup>

4.15. De stelling dat (uitsluitend) Temmer schuld heeft aan de cyberaanval en de nadelige gevolgen hiervan, miskent de verantwoordelijkheid van bestuurders, leden van RvC van GEBE en de schaar aan Tijdelijke Managers die de afgelopen jaren aan het roer van GEBE hebben gestaan om nog maar te zwijgen van de gebruikelijke (politieke) inmenging door de enig aandeelhouder van GEBE: het Land Sint Maarten.<sup>2</sup> Ook miskent deze stelling de verantwoordelijkheid van al degenen die

<sup>1</sup> Nota bene: de cyberaanval vindt op 17 maart 2022 plaats terwijl de terugkeergarantie eerst op grond van de Overeenkomst COO op 18 mei 2022 is bedongen.

<sup>2</sup> Zijn feiten van algemene bekendheid in SXM die geen bewijslevering behoeven.

thans aan het roer van GEBE staan om de gevolgen van cyberaanval het hoofd te bieden. Zij dragen verantwoordelijkheid voor de moeizame recuperatie van de ICT organisatie van GEBE waardoor de nadelige gevolgen van de cyberaanval zich nog steeds laten merken. Het Gerecht passeert de stelling dan ook dat GEBE heeft gedwaald bij het aangaan van de terugkeergarantie. Het Gerecht neemt dan ook een geldige terugkeergarantie aan.<sup>3</sup>

*beperkende werking van redelijkheid en billijkheid*

4.16. Ook dit beroep gaat niet op: het Gerecht wijst op hetgeen hiervoor is overwogen en geoordeeld.

4.17. Het Gerecht is dan ook voorshands van oordeel dat Temmer zich met succes op nakoming van de (geldige) terugkeergarantie kan beroepen, in elk geval op de verbintenis tot doorbetaling van het overeengekomen loon met emolumenten (vergelijk feitenvaststelling sub 2.1.). Nu geen garantie is gegeven, dat Temmer als ICT manager in organisatie van GEBE kon terugkeren, zal dit onderdeel hierna worden afgewezen. Immers, Temmer komt op grond van de Overeenkomst COO ook voor terugplaatsing in een vergelijkbare positie als ICT manager in aanmerking en het Gerecht is onvoldoende ingelicht welke andere positie voor Temmer beschikbaar is. Van GEBE kan overigens ook niet worden verlangd om Temmer als ICT manager aan te stellen. Niet omdat hij persoonlijk schuld heeft aan de gevolgen van de cyberaanval of de moeizame recuperatie, maar wel omdat GEBE mag menen dat een andere medewerker geschikter is voor de functie van ICT manager.

4.18. De stelling dat GEBE geen vertrouwen heeft in het functioneren van Temmer als ICT medewerker behoeft geen verdere bespreking. Temmer hoeft immers op grond van dit kort geding vonnis niet als ICT manager terug te keren. Het aangevoerde gebrek aan vertrouwen kan in een bodemprocedure worden beoordeeld. Verder kan het aangevoerde gebrek aan vertrouwen niet afdoen aan de verbintenis die uit de terugkeergarantie volgt. Ook de omvang van de eventuele schadeplichtigheid van GEBE en toewijzing van een voorschot op de in een bodemprocedure vast te stellen schadevergoeding behoeven geen bespreking. De primair ingestelde geldelijke vordering zal immers hierna worden toegewezen.

4.19. Als de in het ongelijk te stellen partij zal GEBE in de proceskosten van Temmer worden veroordeeld die als volgt kunnen worden begroot:

-vastrecht	NAf 7.500,00
-exploitkosten	NAf 240,50
<u>-salaris gemachtigde</u>	<u>NAf 1.500,00</u>
totaal	NAf 9.240,50

<sup>3</sup> Alleen in gevallen van grove schuld of opzet kan een werknemer met succes jegens zijn werkgever aansprakelijk worden gehouden. In dit kort geding is (deze mate van) schuld van Temmer in elk geval niet aannemelijk gemaakt.



4.20. Het vonnis zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard omdat het belang van Temmer bij tenuitvoerlegging van het vonnis ondanks een eventueel hoger beroep zwaarder weegt dan het belang van GEBE om het hoger te mogen afwachten zonder dat het kortgedingvonnis kan worden afgedwongen. Temmer zal zich toch in zijn levensonderhoud moeten kunnen voorzien, terwijl niet gesteld of gebleken is dat de liquiditeitspositie van GEBE zodanig is verslechterd dat executie van dit kortgedingvonnis, ondanks hoger beroep, onverantwoord is.

4.21. Alle overige stellingen van partijen behoeven geen bespreking meer.

## 5. De beslissing

Het Gerecht:

### rechtdoende in kort geding

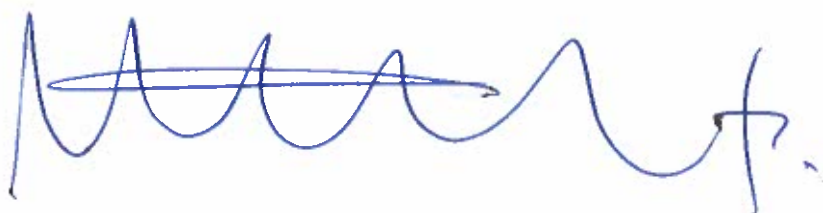
5.1. veroordeelt GEBE om vanaf 7 november 2022 maandelijks het bedongen loon van NAf 15.370,00 bruto met alle overige emolumenten aan Temmer te betalen te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% als tijdige betaling uitblijft, totdat de bodemrechter bij onherroepelijke<sup>4</sup> uitspraak anders beslist;

5.2. veroordeelt GEBE in de proceskosten die aan de zijde van Temmer tot op heden op NAf 9.240,50 worden begroot, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na heden tot aan de dag der algehele voldoening;

5.3. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.T.M. Luijks, rechter, bijgestaan door de griffier, en in het openbaar uitgesproken op 29 december 2022. De griffier is buiten staat om dit vonnis te ondertekenen.



<sup>4</sup> Waartegen geen gewoon rechtsmiddel (meer) kan worden ingesteld.