

# beschikking

---

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.229.292/01

zaaknummer rechtbank Noord-Holland: 6107964 / AO VERZ 17-81

### beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer van 23 oktober 2018

inzake

#### **HESSING ZWAAGDIJK B.V.,**

gevestigd te Alkmaar,

appellante in principaal appel,

geïntimeerde in incidenteel appel,

advocaat: mr. J.F.M. Verheij te Amsterdam,

tegen

wonende te

geïntimeerde in principaal appel,

appellant in incidenteel appel,

advocaat: mr. [ ] te

#### **1. Het geding in hoger beroep**

Partijen worden hierna Hessing en [ ] genoemd.

Hessing is bij beroepschrift met bijlagen, ontvangen ter griffie van het hof op 13 december 2017, onder aanvoering van drie grieven en aanbieding van bewijs in hoger beroep gekomen van de beschikking die de kantonrechter in de rechtbank Noord-Holland (hierna: de kantonrechter), onder bovengenoemd zaaknummer, op 19 oktober 2017 heeft gegeven. Het beroepschrift strekt, zakelijk weergegeven, ertoe dat het hof de genoemde beschikking zal vernietigen, zal bepalen dat de arbeidsovereenkomst eindigt per een datum gelegen vóór 1 december 2017 alsmede zal verklaren voor recht dat [ ] geen recht heeft op een transitievergoeding en dat [ ] al hetgeen hij aan betalingen heeft ontvangen in strijd met de te wijzen beschikking binnen twee dagen na betekening aan Hessing dient terug te betalen, met veroordeling van [ ] in de proceskosten, waaronder de nakosten.

Op 6 februari 2018 is ter griffie van het hof een verweerschrift in principaal appel tevens houdende incidenteel appel met bijlage van [ ] ingekomen, inhoudende het verzoek de beschikking waarvan beroep te vernietigen voor zover, kort gezegd, aan [ ] geen billijke vergoeding is toegekend en de bestreden beschikking voor het

overige te bekrachtigen, met veroordeling van Hessing in de proceskosten, waaronder de nakosten.

Van Hessing is op 19 maart 2018 een nadere productie ontvangen.

De mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft plaatsgevonden op 4 april 2018. Bij die gelegenheid heeft namens Hessing mr. Verheij voornoemd het woord gevoerd en namens [redacted] mr. [redacted] voornoemd. Daarbij hebben beide advocaten zich bediend van aan het hof overgelegde aantekeningen. In incidenteel beroep heeft Hessing verzocht om uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de kostenveroordeling. [redacted] heeft in zijn pleitnota zijn eis vermeerderd, in die zin dat hij verzocht om een billijke vergoeding van € 30.000,- in plaats van het in eerste aanleg verzochte bedrag van € 10.000,-. Partijen hebben vragen van het hof beantwoord. Het hof heeft meegedeeld dat het wenst te beschikken over de door Hessing gemaakte camerabeelden van 5 mei 2017. Hessing is in de gelegenheid gesteld deze camerabeelden in het geding te brengen met het oog op een voortgezette mondelinge behandeling. Een en ander is vastgelegd in een proces-verbaal.

Van Hessing is op 17 april 2018 een akte houdende overlegging camerabeelden ontvangen, waarbij Hessing een USB-stick met daarop camerabeelden van 5 mei 2017 heeft overgelegd.

De voortgezette mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgevonden op 4 juli 2018. Bij die gelegenheid heeft namens Hessing mr. Verheij voornoemd het woord gevoerd en namens [redacted] mr. [redacted] voornoemd. Daarbij heeft mr. [redacted] zich bediend van aan het hof overgelegde aantekeningen. Partijen hebben vragen van het hof beantwoord. Het hof heeft tezamen met partijen de door Hessing in het geding gebrachte camerabeelden bekeken. Tevens zijn de door partijen aangedragen getuigen gehoord, te weten [redacted] (verder: [redacted]) en [redacted] (verder: [redacted]), respectievelijk Medewerker Fust Wasserij en All round Teamleider bij Hessing. Van deze getuigenverhoren is een proces-verbaal opgemaakt.

Ten slotte is uitspraak bepaald.

## 2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 2.1 tot en met 2.8 een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat geen geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan. In deze zaak gaat het om het volgende.

2.1. [redacted] geboren op [redacted], is op 20 juli 1994 in dienst getreden bij Hessing. De laatste functie die [redacted] vervulde, was die van Teamleider afdeling continu voor 38 uur per week. Het laatstverdiende salaris van [redacted] bedroeg € 2.727,70 per vier weken, exclusief 8% vakantiebijslag.

2.2. Hessing is een continue-bedrijf dat zich toelegt op de productie van en de handel in gesneden groenten.

2.3. Artikel 27 van de binnen Hessing geldende personeelsgids luidt, voor zover van belang, als volgt:

*“Voor al onze medewerkers is er een personeelwinkel. Hier kan iedereen voor eigen gebruik gesneden groente kopen tegen een aantrekkelijke prijs. (...) Vanuit de kantine wordt de ‘bestelling’ verzorgd. Het is ten strengste verboden zelf groente ‘klaar te zetten’. (...)*

*Het is ten strengste verboden om op andere wijze onze producten mee te nemen. Wanneer iemand op andere wijze dan via de personeelwinkel, groente, fruit, producten, grondstoffen, of groente-afval meeneemt of gebruikt, kan ontslag op staande voet wegens diefstal volgen.”*

2.4. Bijlage 1 behorende bij de personeelsgids bevat het sanctiebeleid. Het meenemen van groente, fruit, derdenproducten, grondstoffen of groenteafval anders dan via de personeelwinkel wordt aangemerkt als ‘zeer zware overtreding’. De sanctie hierop is dat de medewerker op non-actief wordt gesteld dan wel wordt geschorst, waarbij de mogelijkheden tot ontslag worden onderzocht.

2.5. Op 5 mei 2017 heeft [redacted] omstreeks 16:27 uur groenten die waren bestemd om te worden vernietigd, zogenoemde ‘derving’, onbetaald en anders dan via de personeelwinkel meegenomen van de werklocatie.

2.6. Hierop heeft Hessing [redacted] op 16 mei 2017 aangesproken. Bij brief van 16 mei 2017 heeft Hessing de inhoud van dat gesprek aan [redacted] bevestigd. Onder meer heeft Hessing geschreven dat [redacted] is geschorst met behoud van loon, dat [redacted] in het gesprek zijn reactie heeft kunnen geven op de diefstal en dat de dag erna op 17 mei 2017 contact met [redacted] zou worden opgenomen om de vervolgstappen te bespreken, waarbij de mogelijkheden tot ontslag zouden worden meegenomen.

### 3. Beoordeling

3.1. Hessing heeft in eerste aanleg verzocht om - samengevat weergegeven - ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [redacted] tegen de vroegst mogelijke datum vanwege zodanig verwijtbaar handelen of nalaten van [redacted], dat van Hessing in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, subsidiair wegens een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Hessing in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, zonder daarbij aan [redacted] de transitievergoeding en/of een billijke vergoeding toe te kennen, met veroordeling van [redacted] in de proceskosten, te vermeerderen met de nakosten en een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet binnen veertien dagen aan de te wijzen beschikking wordt voldaan.

3.2. [redacted] heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek van Hessing. Voor het geval het verzoek tot ontbinding toegewezen zou worden, heeft [redacted] verzocht Hessing te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 28.971,- bruto, te vermeerderen met 8% vakantiebijslag, alsook een billijke vergoeding van € 10.000,-. Verder heeft [redacted] verzocht om een schriftelijke en

deugdelijke netto/bruto specificatie waarin genoemde bedragen zijn verwerkt, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100,- per dag met een maximum van € 10.000,-. Ten slotte heeft [ ] verzocht om veroordeling van Hessing in de proceskosten.

3.3. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter geoordeeld, kort gezegd, dat het meenemen van derving op 5 mei 2017 door [ ] een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder e BW oplevert, dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid, zodat [ ] recht heeft op een transitievergoeding en dat van ernstig verwijtbaar handelen door Hessing niet kan worden gesproken, zodat aan [ ] geen billijke vergoeding toekomt. De arbeidsovereenkomst is, met inachtneming van de geldende opzegtermijn, per 1 december 2017 ontbonden. De proceskosten zijn gecompenseerd in die zin dat elk van partijen de eigen proceskosten draagt.

#### In principaal appel

3.4. Tegen de beslissing dat [ ] recht heeft op een transitievergoeding en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Hessing met haar grieven op. Hessing keert zich tegen de beslissing van de kantonrechter dat [ ] geen ernstig verwijt treft. Daarnaast betoogt Hessing dat de arbeidsovereenkomst vanwege het ernstig verwijtbaar handelen van [ ] eerder dan per 1 december 2017 had moeten worden ontbonden.

3.5. Hessing heeft haar grieven, samengevat, als volgt onderbouwd. Hessing kwalificeert het meenemen van derving op 5 mei 2017 door Atik als diefstal, omdat [ ] zich deze producten wederrechtelijk heeft toegeëigend, dan wel als verduistering, omdat [ ] aanvankelijk heeft ontkend dat hij derving had meegenomen en deze ontkenning blijkt geeft van zijn bedoeling de derving te verduisteren. In elk geval heeft [ ] hiermee gehandeld in strijd met de voor hem kenbare gedragsregels die binnen Hessing gelden. Het belang van de norm om niet op een ongeoorloofde manier producten van Hessing mee te nemen, blijkt uit de personeelsgids en het bijbehorende sanctiebeleid van Hessing. Bovendien was [ ] leidinggevende en diende hij toe te zien op de naleving door de medewerkers van de binnen Hessing geldende regels. [ ] heeft het vertrouwen van Hessing in hem, in het bijzonder in zijn hoedanigheid van leidinggevende, ernstig geschonden door ten overstaan van de werknemers die hij aanstuurde derving mee naar huis te nemen. Hessing beschouwt het meenemen van derving als een zeer ernstige overtreding, omdat dat gevolgen kan hebben voor de volksgezondheid, alsook voor de reputatie van Hessing. Het is immers goed mogelijk dat de derving bedorven is. Zo is er in het verleden een incident geweest met een bedorven zalmzalade die door een medewerker was meegenomen. Verder acht Hessing van belang dat [ ] geen enkele vorm van reflectie heeft getoond. Daarnaast is het werkverleden van [ ] niet schoon; [ ] heeft eerder regels uit de personeelsgids van Hessing overtreden. Aangezien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van [ ] had de kantonrechter niet aan [ ] de transitievergoeding dienen toe te kennen en de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang dienen te beëindigen, aldus nog steeds Hessing.

3.6. Het hof ziet aanleiding de grieven van Hessing tezamen te behandelen nu die in de kern betrekking hebben op de vraag of [redacted] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld om welke reden hij geen recht heeft op de transitievergoeding.

3.7. [redacted] heeft ter zitting van 4 april 2018 het volgende verklaard. Op 5 mei 2017 had hij ochtenddienst en kon hij rond 16:15 uur weg. Buiten stonden pallets met producten bij de container klaar om te worden weggegooid. Er werden witte zakjes gevuld en er werd gezegd dat "er mocht worden meegenomen". Hij heeft gevraagd of hiervoor toestemming was. Er werd gezegd dat dat zo was. Hierbij is niet specifiek [redacted] genoemd. Hij heeft zijn e-mail niet gecheckt om te controleren of er toestemming was voor het meenemen van producten. Meer collega's, ook andere dan die aan het weggooien waren, namen producten mee. Sommigen hadden tasjes. Als er een e-mail binnenkwam over groentetassen die klaar stonden voor de medewerkers om mee te nemen, ging hij niet iedere medewerker af om dit te vertellen. Je moest elkaar vertrouwen dat het zo was als dit rondging. Verder heeft [redacted] nog aangevoerd dat het een feestdag was en dat Hessing op zulke dagen bijna altijd toestemming geeft aan de medewerkers om producten mee te nemen. Aldus heeft [redacted] erop mogen vertrouwen dat Hessing toestemming had gegeven voor het meenemen van de derving. Van ernstig verwijtbaar handelen van [redacted] is daarom geen sprake, aldus: [redacted]

3.8. Het hof stelt voorop dat het de medewerkers van Hessing in de personeelsgids van Hessing verboden is om op andere wijze dan via de personeelwinkel producten van Hessing mee te nemen. Verder staat vast dat binnen Hessing een procedure bestaat die inhoudt dat door de locatiemanager van Hessing, [redacted], wordt besloten of producten door het personeel mogen worden meegenomen in gekoelde groentetassen, dat dit besluit door hem aan de directiesecretaresse wordt meegedeeld en dat zij hierover een e-mail stuurt aan de leidinggevenden die op hun beurt de boodschap onder de medewerkers verspreiden. Gesteld noch gebleken is dat op 5 mei 2017 een e-mail van de directiesecretaresse binnen Hessing is rondgestuurd waarin stond dat de medewerkers (tassen met) producten mochten meenemen. Thans ligt de vraag voor of [redacted] in weerwil van het voorgaande gerechtvaardigd erop heeft kunnen vertrouwen dat er op 5 mei 2017 toestemming van Hessing was om producten mee te nemen.

3.9. Het hof overweegt als volgt. Dat collega's die buiten bezig waren de derving weg te gooien tegen [redacted] hebben gezegd dat er toestemming voor het meenemen van de derving was en dat zij zelf ook producten meenamen, dat de derving op een plek stond waar alle medewerkers langskwamen van en naar de parkeerplaats, alsook dat het een feestdag was, waren geen redenen voor [redacted] om zonder meer ervan uit te kunnen gaan dat Hessing die toestemming daadwerkelijk had gegeven. De collega's - Poolse uitzendkrachten - waren ondergeschikt aan [redacted] en [redacted] had op dit punt een eigen verantwoordelijkheid. [redacted] was op 5 mei 2017 in de ochtend begonnen en had die dag een e-mailbericht hierover moeten hebben ontvangen. Dat [redacted] die dag zijn e-mail niet heeft gecheckt om een en ander te controleren, is onzorgvuldig geweest en komt voor zijn rekening. Voor zover [redacted] heeft willen betogen dat er binnen Hessing een gedoogcultuur bestond en dat dus buiten de officiële procedures om en in strijd met de binnen Hessing geldende regels producten van Hessing door de medewerkers mochten worden meegenomen, is het hof van oordeel dat [redacted] deze stelling onvoldoende feitelijk heeft onderbouwd. Hessing heeft onweersproken gesteld dat er in het verleden

medewerkers zijn ontslagen vanwege het onbevoegd meenemen van producten en dat in 2016 een medewerkster op de afdeling van [redacted] om die reden de wacht is aangezegd. Het hof is dan ook van oordeel dat [redacted] niet gerechtvaardigd erop heeft kunnen vertrouwen dat er op 5 mei 2017 toestemming was producten, specifiek derving, mee naar huis te nemen. Door dit te doen heeft [redacted] in strijd gehandeld met de voor hem kenbare, binnen Hessing geldende regels. Gelet op de leidinggevende functie die [redacted] had, het feit dat hij in het bijzijn van ondergeschikten de regels van Hessing heeft overtreden, het evidente belang van Hessing bij handhaving van de binnen haar organisatie geldende regels op dit punt in verband met gezondheidsgevaaren en aantasting van haar reputatie, kan [redacted] in dit kader een ernstig verwijt worden gemaakt als bedoeld in artikel 7:673 lid 7, onderdeel c BW. Dat [redacted] een lang dienstverband bij Hessing heeft gehad doet hieraan niet af. De grieven van Hessing treffen in zoverre doel. Onder deze omstandigheden heeft [redacted] geen recht op de transitievergoeding. Dit betekent dat [redacted] al hetgeen hij naar aanleiding van de bestreden beschikking aan betalingen heeft ontvangen aan Hessing dient terug te betalen. In zoverre zijn de verzoeken van Hessing toewijsbaar.

3.10. Hessing heeft verzocht, gelet op de ernstige verwijtbaarheid van het handelen van [redacted] de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum dan per 1 december 2017 te ontbinden. Dit verzoek is niet voor toewijzing vatbaar omdat de wet niet in deze mogelijkheid voorziet.

3.11. [redacted] heeft in zijn verweerschrift in hoger beroep bewijs aangeboden van zijn stelling dat er op 5 mei 2017 toestemming van Hessing was om producten mee te nemen, in het bijzonder door het doen horen van de drie destijds bij Hessing werkzame (uit Polen afkomstige) uitzendkrachten. Ter zitting van 4 juli 2018 heeft [redacted] meegedeeld om praktische redenen van het horen van deze personen af te zien en geen behoefte te hebben aan het horen van (andere) getuigen.

3.12. Het voorgaande brengt mee dat het principaal appel, behoudens op het punt van de verzochte eerdere ontbindingsdatum, slaagt.

#### In incidenteel appel

3.13. [redacted] bestrijdt de overweging van de kantonrechter dat niet valt in te zien waarom [redacted] heeft aangenomen dat er toestemming was om derving mee te nemen. Verder bestrijdt hij de beslissing van de kantonrechter dat hem geen billijke vergoeding toekomt, omdat van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van Hessing als bedoeld in artikel 7:671b lid 8, onderdeel c BW geen sprake is. Uit het eerder overwogene vloeit voort dat en waarom deze klachten falen.

3.14. Dit leidt tot de slotsom dat de bestreden beschikking moet worden vernietigd voor zover Hessing daarbij is veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding en tot het verstrekken van een netto/bruto specificatie en voor zover daarbij de proceskosten zijn gecompenseerd. Bij een afzonderlijke verklaring voor recht dat [redacted] geen recht heeft op een transitievergoeding bestaat onvoldoende belang. Voor het overige zal de bestreden beschikking worden bekrachtigd. In principaal appel moet

als overwegend in het ongelijk gestelde partij worden aangemerkt. In incidenteel appel is [ ] geheel in het ongelijk gesteld. [ ] zal daarom worden veroordeeld in de kosten van beide instanties en in hoger beroep zowel in principaal als in incidenteel appel.

#### 4. Beslissing

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking voor zover Hessing daarbij is veroordeeld (onder 6.7) aan [ ] een transitievergoeding te betalen en (onder 6.8) tot het verstrekken van een netto/bruto specificatie en wijst deze verzoeken alsnog af;

vernietigt de bestreden beschikking voor zover daarbij (onder 6.11) is bepaald dat iedere partij de eigen proceskosten draagt en veroordeelt [ ] alsnog in de kosten in eerste aanleg, tot de datum van de bestreden beschikking aan de zijde van Hessing begroot op € 117,- aan verschotten en € 300,- aan salaris en verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

bekrachtigt de bestreden beschikking voor het overige;

veroordeelt [ ] tot terugbetaling aan Hessing van hetgeen zij ter uitvoering van de bestreden beschikking heeft betaald aan [ ] te betalen binnen twee dagen na betekening van deze beschikking;

veroordeelt [ ] in de kosten in principaal appel en begroot deze kosten, voor zover tot heden aan de zijde van Hessing gevallen, op € 716,- aan verschotten en € 1.611,- voor salaris en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploit, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij deze beschikking uitgesproken veroordeling(en) en betekening van deze beschikking heeft plaatsgevonden;

veroordeelt [ ] in de kosten in incidenteel appel en begroot deze kosten, voor zover tot heden aan de zijde van Hessing gevallen, op € 537,- voor salaris en verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mrs. R.J.F. Thiessen, H.M.M. Steenberghe en A. van Zanten-Baris en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 23 oktober 2018.

AFGEGEVEN VOOR GROSSE  
AAN: Mr. J. F. M. Verheij  
DE GRIFFIER

Mr. S. W. H. de Kromme