

Beschikking van 9 april 2019

Behorend bij E.J. AUA201900276 en AUA201900693

**GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN ARUBA**

BESCHIKKING

in de zaak (AUA201900276) van:

**UTILITIES ARUBA N.V.**,

gevestigd te Aruba,

VERZOEKSTER, hierna te noemen: Utilities,

gemachtigden: de advocaten mrs. A. Ruiz en Th. Aardenburg,

tegen:

**Franklin Anthony HOEVERTZ,**

wonende in Aruba,

VERWEERDER, hierna te noemen: Hoevertsz,

gemachtigde: de advocaat mr. J.P. Sjiem Fat,

en in de zaak (AUA201900693) van

**Franklin Anthony HOEVERTZ,**

wonende in Aruba,

VERZOEKER, hierna te noemen: Hoevertsz,

gemachtigde: de advocaat mr. J.P. Sjiem Fat,

tegen:

**UTILITIES ARUBA N.V.**,

gevestigd te Aruba,

VERWEERSTER, hierna te noemen: Utilities,

gemachtigden: de advocaten mrs. A. Ruiz en Th. Aardenburg.

**1. HET VERLOOP VAN DE DE PROCEDURE**

1.1. Het verloop van de procedure in de beide zaken blijkt uit:

Beschikking van 9 april 2019

Behorend bij E.J. AUA201900276 en AUA201900693

**GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN ARUBA**

**BESCHIKKING**

in de zaak (AUA201900276) van:

**UTILITIES ARUBA N.V.**,

gevestigd te Aruba,

VERZOEKSTER, hierna te noemen: Utilities,

gemachtigden: de advocaten mrs. A. Ruiz en Th. Aardenburg,

tegen:

**Franklin Anthony HOEVERTZ**,

wonende in Aruba,

VERWEERDER, hierna te noemen: Hoevertsz,

gemachtigde: de advocaat mr. J.P. Sjiem Fat,

en in de zaak (AUA201900693) van

**Franklin Anthony HOEVERTZ**,

wonende in Aruba,

VERZOEKER, hierna te noemen: Hoevertsz,

gemachtigde: de advocaat mr. J.P. Sjiem Fat,

tegen:

**UTILITIES ARUBA N.V.**,

gevestigd te Aruba,

VERWEERSTER, hierna te noemen: Utilities,

gemachtigden: de advocaten mrs. A. Ruiz en Th. Aardenburg.

**1. HET VERLOOP VAN DE DE PROCEDURE**

1.1. Het verloop van de procedure in de beide zaken blijkt uit:

- het verzoekschrift van Utilities met xx producties d.d. 30 januari 2019;
- het verzoekschrift van Hoevertsz met xx producties d.d. 6 maart 2019;
- de mondelinge behandeling van 14 maart 2019, waar partijen hun standpunten aan de hand van pleitnotities hebben toegelicht onder overlegging door Utilities van de producties 11 tot en met 13 en onder overlegging door Hoevertsz van de producties 16 tot en 17.

1.2. Beschikking is nader bepaald op heden.

## **2. DE FEITEN**

2.1. Het gaat in de beide zaken om het volgende.

Utilities is een in Aruba gevestigde vennootschap waarvan alle aandelen door het Land Aruba worden gehouden. Utilities is houdster van de aandelen in Elmar, de elektriciteitsmaatschappij in Aruba en zij is opgericht met als doel om op te treden als houdster- en financieringsmaatschappij van Elmar. Utilities houdt ook alle aandelen in het Water- en Energiebedrijf (WEB). Daarmee is de productie van elektriciteit en water in Aruba ondergebracht in de twee werkmaatschappijen Elmar en Web met Utilities als houdstermaatschappij en het Land als enig aandeelhouder van Utilities. Het stemrecht op de aandelen wordt uitgeoefend door (ministers in) de zittende regering. In 2009 is na de verkiezingen voor de Staten van Aruba een nieuw kabinet (het kabinet Eman I) aangetreden, dat vier jaar later is opgevolgd door het kabinet Eman II. Hoevertsz is per 1 april 2010 door de ava benoemd tot statutair directeur van Utilities. Met ingang van 1 januari 2011 is er een gewijzigde arbeidsovereenkomst tussen Utilities en Hoevertsz van kracht geworden. De kabinetten Eman I en II hebben in de periode 2009 – 2017 onder de benaming Groene Agenda gestreefd naar een verduurzaming van de energievoorziening in Aruba. Utilities is in die periode betrokken geweest bij de uitvoering van dat beleid en heeft haar eigen beleid daarop afgestemd. Na de verkiezingen voor de Staten van Aruba in 2017 is het kabinet Eman II opgevolgd door een kabinet van een andere politieke signatuur, die (in ieder geval op onderdelen) heeft gebroken met het energiebeleid van haar voorganger. Alle tot de Raad van Commissarissen (hierna: rvc) behorende commissarissen zijn ontslagen en vervangen door een nieuwe rvc. De nieuwe rvc heeft door twee registeraccountants onderzoek laten doen naar het door Hoevertsz gevoerde algemene en financiële beleid. Dit onderzoek heeft geleid tot een rapport d.d. 20 december 2018 (hierna: het rapport) (verzoekschrift, prod. 6). Tijdens een gezamenlijke vergadering van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (hierna: ava), de rvc en het bestuur van Utilities d.d. 8 januari 2019 is Hoevertsz door de ava als statutair bestuurder van Utilities ontslagen. Tijdens diezelfde vergadering is op grond van artikel 8 lid 6 van de statuten de president-commissaris tijdelijk belast met het bestuur van Utilities.

2.2. Verder staan de volgende feiten tussen partijen vast.

a) In de statuten van Utilities (hierna: de statuten) is in artikel 3 het volgende bepaald omtrent het doel van de vennootschap:

*“ De vennootschap heeft ten doel:*

*a. het optreden als een houdstermaatschappij in het algemeen doch in bijzonder het direct dan wel indirect houden van de aandelen in de op Aruba gevestigde naamloze vennootschap “Naamloze Vennootschap Electriciteitsmaatschappij Aruba”, het verwerven van die aandelen en het uitoefenen van alle aandeelhoudersrechten van de aan te schaffen aandelen.*

*b. het optreden als financieringsmaatschappij en het verrichten van allerlei financiële transacties verband houdende met het verwerven van de aandelen “Naamloze Vennootschap Electriciteitsmaatschappij Aruba”, het zich borg stellen of garant staan voor leningen en verplichtingen in verband met het voorstaande.*

*c. alles meer te doen wat met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn.”*

b) Omtrent de bevoegdheden van het bestuur en het toezicht op het bestuur is in artikel 8 van de statuten het volgende bepaald:

*“ 1. Het bestuur van de vennootschap is opgedragen aan een directie, bestaande uit één directeur, onder toezicht van een Raad van Commissarissen.*

*De taak en bevoegdheid van de directeur worden vastgesteld in een instructie voor het bestuur door de algemene vergadering van aandeelhouders, welke instructie van tijd tot tijd door de algemene vergadering kan worden gewijzigd of aangevuld.*

*2. De directeur wordt door de algemene vergadering van aandeelhouders benoemd en kan te allen tijde door haar worden geschorst en ontslagen.*

*3. De vennootschap wordt in- en buiten rechte vertegenwoordigd door de directeur.*

*4. De directie heeft de toestemming nodig van de Raad van Commissarissen voor:*

*(...)*

*c. rechtshandelingen die een belang van VIJF EN TWINTIG DUIZEND FLORIN te boven gaan met uitzondering van die rechtshandelingen, een belang van VIJFTIG DUIZEND FLORIN niet te boven gaand, die onderdeel uitmaken van een algemene instructie als bedoeld in lid 1 van dit artikel; (...)*

c) Door de regering van Aruba is in 2014 de zogenaamde Corporate Governance Code Arubaanse Utiliteitsbedrijven (hierna: de Code) opgesteld (verzoekschrift Utilities, prod. 2). De Code is door de ava op 24 mei 2014 aangenomen en is daarmee van toepassing op Utilities.

In de Inleiding van de Code is onder meer het volgende opgenomen:

*“De publieke belangen betrokken bij de bedrijfsvoering van utiliteitsbedrijven in het bijzonder zijn zo zwaarwegend, dat de overheid er niet aan ontkomt, ook bij de uitoefening*

van haar bevoegdheden als direct of indirect aandeelhouder van deze ondernemingen, te allen tijde rekening te houden met deze publieke belangen. (...)

Deze omstandigheden vereisen juist een grotere invloed van de overheid binnen de utiliteitsbedrijven dan dat zij zouden vereisen dat de overheid op afstand gehouden moet worden. (...)

De regering meent kortom, dat het algemeen belang bij utiliteitsbedrijven niet tegengesteld is aan het vennootschappelijk belang, maar veeleer een van de belangen is, die bij het dienen van het vennootschappelijk belang primair moeten worden meegewogen. (...)

Het algemeen belang betrokken bij de bedrijfsvoering van deze ondernemingen is daarom geenszins tegengesteld [is] aan het vennootschappelijk belang. Evenwel het winstoogmerk kan bij utiliteitsbedrijven nimmer het hoofddoel van de bedrijfsactiviteit vormen, zoals dat wel het geval is bij volledig particuliere of beursgenoteerde ondernemingen. (...).”

Onder de Principes van de Code is onder meer het volgende opgenomen:

“(II) Het bestuur

(II.1) Taak en werkwijze

(...) Het bestuur legt over haar bestuurswerkzaamheden verantwoording af aan de raad van commissarissen en aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Het bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de betrokken vennootschap af. Voor zover de met de vennootschap verbonden onderneming belast is met openbare voorzieningen, zoals onder meer de distributie of levering van water en elektriciteit, zal het bestuur bij de uitoefening van haar bestuurstaak mede rekening dienen te houden met algemene belangen op sociaal-, economisch-, financieel-, en milieu- terrein en met de impact van haar tariefstelling voor de door die onderneming geleverde voorzieningen op deze terreinen. (...)

(IV.1) Bevoegdheden

De algemene vergadering van aandeelhouders bepaalt in hoofdlijnen het te voeren sociale-, economische, financiële-, personeels- en milieubeleid van de vennootschap. De algemene vergadering van aandeelhouders dient zodanig invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap, dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van “checks and balances” in de vennootschap. (...).”

d) In de notulen van de buitengewone vergadering van aandeelhouders van Utilities d.d. 29 maart 2012 is onder meer het volgende opgenomen (verzoekschrift Hoevertzsz, prod 5c):

“Dit in beschouwing nemende acht de voorzitter het wenselijk, na ingewonnen adviezen, dat er een programma manager als vertegenwoordiger van de aandeelhouder en

*grootaandeelhouder dient te worden aangesteld die vanuit Utilities Aruba N.V. de uitvoering van alle aan het energiebeleid van de regering gerelateerd[e] projecten uitgevoerd door zowel de WEB als Elmar monitoort en coördineert. WEB en Elmar worden geacht alle medewerking, verantwoording en transparantie aan de opdracht van de programma manager te verlenen. Dit alles met een maandelijkse rapportage aan de directie van Utilities om tijdelijk te kunnen corrigeren of ingrijpen.*

*De aan het energiebeleid van de regering gerelateerde projecten die aangemerkt worden zijn als volgt (...)"*

Er volgt dan een opsomming van 7 projecten.

e) In de arbeidsovereenkomst uit december 2010, die geldt met ingang van 1 januari 2011 (hierna: de arbeidsovereenkomst) (verzoekschrift Utilities, prod. 4) is onder meer het volgende bepaald:

***"Duur***

*2. Deze arbeidsovereenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd.*

***Salaris***

*3. Het salaris van Hoevertsz bedraagt alsdan Afl. 22.000,= (...) bruto per maand en is gebaseerd op een werkweek van 40 manuren. (...)*

***Afvloeiingsregeling***

*16. Indien Utilities of Hoevertsz om welke reden dan ook tussentijds tot beëindiging c.q. opzegging van het dienstverband overgaat, anders dan door middel van een onverwijld opzegging wegens een (uitgestelde) onverwijld medegedeelde dringende reden in de zin der wet, heeft Hoevertsz jegens Utilities aanspraak op een schadeloosstelling als hierna te noemen (...) Onder beëindiging in de vorige zinsnede wordt (...) mede begrepen een door de rechter uitgesproken ontbinding wegens gewichtige redenen in de zin van artikel 1615w BWA ten verzoeken van Utilities of ten verzoeken van Hoevertsz, indien die ontbinding wordt uitgesproken op grond van een verandering in de omstandigheden als bedoeld in artikel 1615w lid 2 BWA. Onder veranderde omstandigheden wordt mede begrepen (...) gebrek aan vertrouwen in zijn functioneren."*

Kort gezegd bedraagt de overeengekomen beëindigingsvergoeding een jaarsalaris (daaronder begrepen de emolumenten) verhoogd met 25%.

**3. DE VERZOEKEN IN BEIDE ZAKEN**

3.1. Utilities verzoekt in de zaak met nummer AUA201900276 dat het gerecht bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, de arbeidsovereenkomst tussen partijen zo spoedig mogelijk ontbindt op grond van gewichtige redenen, bestaande uit dringende redenen althans gewijzigde omstandigheden, zonder toekenning van een ontslagvergoeding met veroordeling van Hoevertsz in de kosten van de procedure.

3.2. Hoevertsz verzoekt in de zaak met nummer AUA201900693 dat het gerecht de arbeidsovereenkomst ontbindt wegens gewichtige redenen en aan Hoevertsz in het kader van de ontbinding een vergoeding toekent van minimaal Afl. 540.226,30 bruto, dan wel een zodanig hogere vergoeding als het gerecht in goede justitie billijk acht, met veroordeling van Utilities in de kosten van de procedure.

3.3. Hierna zal, bij de beoordeling van de verzoeken, worden ingegaan op de grondslag van de beide verzoeken en het verweer dat partijen over en weer hebben gevoerd.

#### **4. DE BEOORDELING IN BEIDE ZAKEN**

##### Het ontslag als statutair bestuurder en beëindiging van de arbeidsovereenkomst

4.1. Gezien hetgeen door partijen is gesteld, staat tussen hen vast dat het ontslag van Hoevertsz als statutair bestuurder tijdens de vergadering met de aandeelhouders op 8 januari 2019, niet heeft geleid tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling is door Utilities gesteld dat de (gewijzigde) arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 8 lid 4c van de statuten tot stand is gekomen en om die reden nietig is. Utilities heeft desgevraagd verklaard dat honorering van deze stelling meebrengt dat zij niet-ontvankelijk is in haar verzoek.

4.2. Het gerecht verwerpt dit beroep op nietigheid van de arbeidsovereenkomst. In artikel 8 lid 4 sub c van de statuten is bepaald voor welke rechtshandelingen *het bestuur* de toestemming nodig heeft van de rvc. Bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst is Utilities vertegenwoordigd door *de ava*. Hoevertsz was tijdens het sluiten van de gewijzigde arbeidsovereenkomst weliswaar bestuurder, maar hij heeft bij het sluiten van die overeenkomst gehandeld voor zichzelf en vertegenwoordigde daarbij niet de vennootschap. Vandaar dat zijn medewerking niet op grond van artikel 8 lid 4 sub c van de statuten toestemming nodig had van de rvc. Dat de *ava* - die op grond van artikel 109 WvK en artikel 8 lid 2 van de statuten bevoegd is om de directeur te benoemen en op grond van artikel 112 WvK bevoegd is de bezoldiging vast te stellen - voor het sluiten van de arbeidsovereenkomst toestemming nodig had van de rvc, volgt niet uit hetgeen Utilities heeft gesteld. De omstandigheid dat de rvc op grond van artikel 89 lid 3 WvK een raadgevende stem heeft in de *ava* (pleitnotitie Utilities, 3.9) brengt zulks niet mee. Derhalve is niet gebleken dat de arbeidsovereenkomst in strijd met de wet dan wel de statuten tot stand is gekomen.

##### De verzoeken om ontbinding

4.3. Zoals hiervoor is overwogen, is door het ontslag van Hoevertsz als statutair bestuurder niet de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht tussen partijen beëindigd. Beide partijen hebben verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen. Nu partijen aldus over en weer om ontbinding hebben verzocht, staat

het naar het oordeel van het gerecht voldoende vast dat er sprake is van gewichtige redenen die grond opleveren voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het gerecht zal hierna dan ook de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen ontbinden en wel per 1 mei 2019.

Het verzoek van Hoevertsz om toekenning van de contractueel overeengekomen vergoeding

4.4. Hoevertsz stelt dat hij recht heeft op toekenning van de contractueel (in de arbeidsovereenkomst) overeengekomen vergoeding. Utilities heeft betwist dat Hoevertsz aanspraak kan maken op die vergoeding dan wel op enige vergoeding, omdat - zo begrijpt het gerecht de stellingen van Utilities - er sprake is van een uitgestelde dringende reden.

4.5. Uit artikel 7A:1615w BW en hetgeen partijen in artikel 16 van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen, volgt dat Hoevertsz in ieder geval geen aanspraak kan maken op toekenning van een vergoeding, indien er sprake is van een uitgestelde dringende reden.

4.6. Ter onderbouwing van haar stelling dat er sprake is van een uitgestelde dringende reden, heeft Utilities in het inleidend verzoekschrift en in haar pleitnota een groot aantal verwijten aan Hoevertsz gemaakt. Zij somt in dat verband, deels onder verwijzing naar het rapport, een groot aantal concrete gedragingen op die al met al volgens Utilities de conclusie rechtvaardigen dat er sprake is van wanbeleid dat een dringende reden oplevert in de zin van artikel 7A:1615o lid 1 BW.

4.7. Het gerecht begrijpt uit het inleidend verzoekschrift dat de verwijten die Utilities aan Hoevertsz maakt en ook de concrete gedragingen die in verband daarmee worden genoemd, kunnen worden ondergebracht in de volgende categorieën:

- a. doeloverschrijding (verzoekschrift Utilities, 6.8. e.v.);
- b. uitgaven zonder toestemming van de RvC en substantiële begrotingsoverschrijdingen (verzoekschrift Utilities, 6.22 e.v.);
- c. ondoelmatige uitgaven (verzoekschrift Utilities, 5.10 en 6.30);
- d. stelselmatig negatieve exploitatieresultaten (verzoekschrift Utilities, 6.28 e.v.);
- e. het ontbreken van een strategisch plan en kosten-baten analyses (verzoekschrift Utilities, 6.2. e.v.).

Het gerecht zal de verwijten die aan Hoevertsz worden gemaakt hierna bespreken aan de hand van deze criteria en beoordelen in hoeverre deze verwijten kunnen bijdragen aan het oordeel dat er sprake is van een (uitgestelde) dringende reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.



*a. doeloverschrijding*

4.8.1. Het omvattende verwijt dat Hoevertsz in dit kader wordt gemaakt is dat Hoevertsz het beleid voor een groot deel heeft laten bepalen door de ava en dat het aldus gevoerde beleid het statutaire doel van de vennootschap heeft overschreden. Het statutaire doel is, aldus Utilities, beperkt tot het optreden als houdster- en financieringsmaatschappij van Elmar. Het gevoerde beleid was daarentegen (mede) gericht op het uitvoeren van het energiebeleid van de Arubaanse overheid. Dit beleid van Utilities is tot stand gekomen onder invloed van de vorige regering. Deze regering had niet in strijd met de statutaire doelen van Utilities, al dan niet bij Ministeriele Beschikkingen, opdrachten aan Hoevertsz mogen verstrekken die strekten tot uitvoering van haar eigen energiebeleid. Zij heeft daarmee haar bevoegdheden als aandeelhouder overschreden. Hoevertsz had daar bovendien niet zijn medewerking aan mogen verlenen. Als bestuurder heeft hij in de verhouding tot de ava zelfstandige bevoegdheden ten aanzien van de vaststelling van het beleid en het is zijn verantwoordelijkheid om te bewaken dat het beleid niet leidt tot doeloverschrijding (verzoekschrift Utilities 6.8 en 6.15 e.v.). De doeloverschrijding en het wanbeleid kunnen hem dan ook worden aangerekend.

4.8.2. Verder heeft Utilities gesteld dat de volgende afzonderlijke besluiten van het bestuur in strijd zijn met het doel van Utilities:

- de aanschaf van een erfpachtsperceel om daarop een kantoorpand te bouwen (verzoekschrift Utilities, 6.10);
- het verrichten van managementwerkzaamheden tegen vergoeding voor de werkmaatschappijen (verzoekschrift Utilities, 6.13);
- het uitlenen van bedragen dan wel verstrekken van voorschotten tot een bedrag van een miljoen florin aan de Arubaanse overheid (verzoekschrift Utilities, 6.18).

4.8.3. Ten aanzien van het verwijt dat Hoevertsz het ten onrechte heeft toegestaan dat de ava het beleid van Utilities bepaalde en dat dat beleid in strijd met het statutaire doel (mede) was gericht op het uitvoeren van het energiebeleid van de Arubaanse overheid, heeft Hoevertsz het volgende als verweer aangevoerd. Het was de wens van het Land Aruba als aandeelhouder van Utilities dat Utilities actief zou bijdragen aan de Groene Agenda van de toenmalige regering. In de ava van 29 maart 2013 (bedoeld is: 2012) heeft het Land als aandeelhouder mandaat verstrekt aan Utilities om op te treden als voortrekker, monitor en bewaker van de Groene Agenda in samenwerking met Elmar en WEB. Dit mandaat is een instructie van de ava in de zin van artikel 8 lid 1 van de statuten. Uit de Code volgt dat de belangen van de overheid, vanwege het door haar behartigde algemeen belang, een vooraanstaande rol spelen bij de vaststelling van hetgeen het vennootschappelijk belang vereist. De werkzaamheden die Utilities aldus heeft uitgevoerd op initiatief van de overheid bij de uitvoering van de Groene Agenda van die overheid, hielden qua aard verband met de statutaire doelstelling van Utilities en haar dochtermaatschappijen WEB en Elmar en met de sleutelpositie van deze ondernemingen

in de energiehuishouding van Aruba. Van doeloverschrijding en wanbeleid is om die reden geen sprake. Hieromtrent oordeelt het gerecht als volgt.

4.8.4. Utilities en haar dochtermaatschappij Elmar hebben een openbare nutsfunctie op het gebied van de energievoorziening voor het Land Aruba. Het bestuur van Utilities dient, gezien deze openbare nutsfunctie, bij het ontwikkelen en uitvoeren van het beleid rekening te houden met het algemeen belang (zie hiervoor HvJ, 13 juni 2017, Aqualectra, ECLI:NL:OGHACMB:2017:38, rov. 4.1.9 e.v.). Dat het bestuur van Utilities het algemeen belang moet betrekken bij de uitvoering van zijn bestuurstaak, volgt ook uit (artikel (II.1) van de Code.

Met betrekking tot het beleid van de vennootschap geldt dat uit de artikelen 79 jo. 103 WvK volgt dat het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap en dus in beginsel het beleid van de vennootschap bepaalt. In artikel 8 lid 1 van de statuten is opgenomen dat de taken en de bevoegdheden van het bestuur worden vastgesteld in een instructie van de ava en dat de ava die instructie kan wijzigen en aanvullen. Uit de Code volgt verder dat de ava in hoofdlijnen het te voeren sociale, economische, financiële, personeels-, en milieubeleid van de onderneming bepaalt. In zijn algemeenheid geldt op grond van de Code dat de ava een zodanige invloed kan uitoefenen op het beleid van het bestuur dat zij een volwaardige rol speelt in het speelveld met het bestuur en de raad van commissarissen. Aldus heeft de ava een grote invloed op het beleid dat de vennootschap voert, welk beleid - binnen de statutaire doelen van de vennootschap - dienstig dient te zijn aan het algemeen belang op het gebied van de energievoorziening.

4.8.5. In de periode tot 2017 heeft de toenmalige regering onder de benaming Groene Agenda gestreefd naar een verduurzaming van de energievoorziening in Aruba. Gezien de rol die Utilities en de aan haar verbonden dochteronderneming Elmar speelt in de energievoorziening van Aruba, was het noodzakelijk althans wenselijk dat deze ondernemingen in de vaststelling en de uitvoering van de Groene Agenda werden betrokken. Uit de stellingen van beide partijen volgt dat de toenmalige regering ervoor heeft gekozen om de Groene Agenda deels te realiseren door gebruik te maken van de bevoegdheden die het Land Aruba als aandeelhouder heeft om beleid vast te stellen dat dienstig was aan die Groene Agenda. Ook staat vast dat onder meer in de buitengewone vergadering van de ava d.d. 29 maart 2012 besloten is dat een zevental projecten zouden worden gecoördineerd vanuit Utilities. Het gerecht neemt dan ook als vaststaand aan dat de keuze om Utilities te betrekken in de uitvoering van de Groene Agenda is gemaakt door de toenmalige regering en daarmee dus door het Land als aandeelhouder. Daarbij liet de regering het aan de betrokken ministers over om de bevoegdheden van de aandeelhouder uit te oefenen en om het beleid vast te stellen. Dit is deels gebeurd door het vaststellen van Ministeriele Regelingen. Hoeveertsz was destijds, gezien zijn houding als bestuurder in die periode en gezien hetgeen hij in deze procedure heeft aangevoerd, kennelijk van oordeel dat het Land bij de vaststelling van het beleid is gebleven binnen de

grenzen van de bevoegdheden die hem als aandeelhouder in de verhouding tot het bestuur (en de rvc) toekwamen en dat het Land met de vaststelling van dat beleid ook binnen de doelen van de vennootschap handelde.

4.8.6. Voor de beoordeling van dit geschil is niet relevant - en behoeft dus ook niet te worden vastgesteld - of het Land al dan niet bevoegdheden heeft uitgeoefend die toekwamen aan het bestuur (en aldus haar interne bevoegdheden heeft overschreden) en of dat heeft geleid tot beleid dat in strijd is met de statutaire doelen van Utilities. Indien er met Utilities veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de ava in strijd met haar bevoegdheden het beleid van Utilities vergaand heeft bepaald en dat dit beleid in strijd was met de statutaire doelen van Utilities, dan heeft het volgende te gelden ten aanzien van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

4.8.7. Uit hetgeen tussen partijen vaststaat, volgt dat het Land zowel door het nemen van formele besluiten als aandeelhouder als door het maken van Ministeriele Regelingen, een overwegende rol had bij het opstellen van het beleid van Utilities en bij de beslissing om Utilities een rol te laten spelen bij de uitvoering van de Groene Agenda van de regering. Het Land is nog steeds de (enige) aandeelhouder van Utilities en houdt dus nog steeds alle stemmen in de ava. Dat er sinds eind 2017 een nieuwe regering is die dit stemrecht uitoefent, betekent niet dat er een nieuwe aandeelhouder is aangetreden.

4.8.8. Kennelijk is het Land als zittend aandeelhouder tot de conclusie gekomen dat het een te grote invloed heeft gehad op de vaststelling van het beleid van Utilities en dat het mede door hem vastgestelde beleid in strijd is met de statutaire doelen van de vennootschap. Het heeft daaruit de gevolgtrekking verbonden dat de rol van het Land als aandeelhouder bij de vaststelling van het beleid moet worden verkleind en dat het aan het bestuur is om beleid vast te stellen dat valt binnen de statutaire doelen, zoals die thans door het Land worden begrepen. Een dergelijke wijziging van inzichten omtrent de verdeling van de bevoegdheden tussen de ava en het bestuur alsmede omtrent de statutaire doelen van de vennootschap, leidt niet zonder meer tot het oordeel - ook niet indien de gevolgtrekkingen van het Land als zittend aandeelhouder juist zijn - dat er sprake is van een dringende reden voor het ontslag van Hoevertsz als bestuurder vanwege het feit dat hij in de voorafgaande jaren de bevoegdheidsoverschrijdingen door de ava heeft aanvaard.

Binnen de vennootschap staan de ava en het bestuur in een verhouding die mede wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Ook al wordt in onderhavige procedure Utilities vertegenwoordigd door het bestuur, het is de ava geweest die besloten heeft om Hoevertsz te ontslaan en daarmee verantwoordelijk is voor onderhavige ontbindingsprocedure. Kenmerkend in onderhavig geschil is dat het Land als aandeelhouder zelf een beslissende invloed heeft gehad op zijn - zoals het Land thans zelf stelt - bevoegdheidsoverschrijdingen en op de vaststelling van beleid dat de doelen van Utilities

overschreed. In een dergelijk geval ligt het voor de hand dat de aandeelhouder, indien hij van oordeel is dat hij onjuist heeft gehandeld, eerst in overleg treedt met het bestuur om zijn gewijzigde inzichten te bespreken en om aldus in onderling overleg met het bestuur vast te stellen of op basis van die gewijzigde inzichten een vruchtbare samenwerking mogelijk is. Dat de directie niet meer behoorlijk zou kunnen functioneren wegens een bestaand verschil van inzicht met de ava (verzoekschrift Utilities, 4.5) is dus niet gebleken, omdat de ava dat niet heeft onderzocht. Dat het bestuur op basis van de wet en de statuten een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de vaststelling van het beleid (HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544) en om die reden wellicht ook zelf in een eerder stadium de ava had kunnen wijzen op zijn bevoegdheidsoverschrijdingen, doet op grond van de omstandigheden van het geval aan dit oordeel niet af. Op grond van artikel 8 lid 1 van de statuten (de instructiebevoegdheid) en op grond van de Code heeft het Land als aandeelhouder van Utilities bevoegdheden ten aanzien van de vaststelling van het beleid die verder gaan dan haar wettelijke bevoegdheden. Uit de Code volgt verder dat bij de vaststelling van het beleid van een openbaar nutsbedrijf als Utilities mede rekening moet worden gehouden met diverse algemene belangen. Dit volgt ook uit de aard van Utilities als openbaar nutsbedrijf. Onder deze omstandigheden kan Hoevertsz - er veronderstellenderwijs nog steeds vanuit gaande dat de ava haar bevoegdheden heeft overschreden - er als bestuurder geen ernstig verwijt van worden gemaakt dat hij het Land als aandeelhouder bevoegd achtte om het beleid van Utilities vergaand te bepalen en om dit aldus af te stemmen op het regeringsbeleid betreffende de energievoorziening van Aruba. Dat betekent dat hem dus ook geen ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij niet uit eigen beweging en op grond van de hem toekomende wettelijke en statutaire bevoegdheden heeft ingegrepen in het door de ava vastgestelde beleid. Dit zou anders zijn indien bijvoorbeeld het door de ava vastgestelde beleid of daaruit voortvloeiende besluiten in een te ver verwijderd verband hadden gestaan met de branche (de energievoorziening) waarin Utilities en de haar verbonden dochterondernemingen werkzaam zijn of indien er sprake was van een handelen in strijd met de (straf)wet. Dat daarvan sprake was, is gesteld noch gebleken.

4.8.9. De slotsom van het voorgaande is dan ook dat het feit dat de ava eventueel intern zijn bevoegdheden heeft overschreden en eventueel beleid heeft vastgesteld in strijd met de doelen van Utilities, niet kan worden aangemerkt als een dringende reden voor ontslag van Hoevertsz. Hetzelfde geldt voor individuele besluiten die zijn genomen ter uitvoering van dat beleid. Daartoe behoren onder meer de besluiten betreffende de deelname aan de Green Conferences en de daaruit voortvloeiende besluiten omtrent de reis- en verblijfkosten. Hetgeen daaromtrent is gesteld, behoeft om die reden geen verdere bespreking.

4.8.10. Dan resteert in het kader van de gestelde doeloverschrijding nog om ten aanzien van de onder 4.8.2. genoemde individuele besluiten te oordelen of deze in strijd waren met de doelen van Utilities en om die reden kunnen bijdragen aan het oordeel dat er een dringende reden is voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

4.8.11. Uit hetgeen Hoevertsz onbewist heeft gesteld, volgt dat het litigieuze erfpachtsperceel (volgens de eigen stellingen van Utilities op verzoek van de ava, zie verzoekschrift, 10) is aangeschaft om in het kader van de uitvoering van het Groene Beleid de strategische partner TNO Caribbean te huisvesten en dat in een later stadium ook de organisatie van Utilities in dit pand is gehuisvest. Mede in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, kan niet worden geoordeeld dat, indien hiermee het doel van Utilities is overschreden, Hoevertsz hiervan een verwijt kan worden gemaakt.

4.8.12. Niet valt in te zien waarom het verrichten van managementwerkzaamheden tegen vergoeding voor de werkmaatschappijen, ook indien dit valt buiten het statutaire doel, kan bijdragen aan het oordeel dat er sprake is van een dringende reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

4.8.13. Dat Hoevertsz erin heeft toegestemd dat bedragen aan het Land werden geleend dan wel voorgesloten in verband met de opstart van de raffinaderij, waarvan een bedrag van Afl. 350.000,00 nog steeds niet is terugbetaald (verzoekschrift Utilities, 6.19), levert in de interne verhouding tussen de ava en Hoevertsz als bestuurder geen grond op voor de ava voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Indien het Land als aandeelhouder, anders dan op het tijdstip dat de voorschotten werden verstrekt, thans van mening is dat dergelijke voorschotten niet hadden mogen worden verstrekt, dan had van het Land mogen worden verwacht dat het de nog openstaande schuld per omgaande aan Utilities had terugbetaald. Dat heeft het Land niet gedaan. Kennelijk is de verstrekking van het voorschot ook in de ogen van het Land zelf niet zodanig ongewenst dat een onmiddellijke aflossing op zijn plaats wordt geacht. Dat brengt mee dat Utilities (c.q. de ava) de verstrekking van dat voorschot ook niet kan aanvoeren als dringende reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Hoevertsz.

*b. uitgaven zonder toestemming van de RvC (verzoekschrift Utilities, 6.22 e.v.);*

4.9.1. Utilities heeft op diverse plaatsen in zijn algemeenheid gesteld dat Hoevertsz rechtshandelingen heeft verricht die het bedrag van fl. 25.000,000 te boven gingen, zonder dat daarvoor de vereiste goedkeuring van de rvc was verkregen op grond van artikel 8 lid 4 van de statuten (zie verzoekschrift Utilities 5.20, 6.22 e.v. en haar pleitnota, 4.7.). Ter onderbouwing van deze stelling heeft Utilities verwezen naar pagina's 17 en 18 van het Rapport (pleitnota, 4.7.).

4.9.2. Hoevertsz heeft op dit punt als verweer gevoerd dat hem over de boekjaren 2010 – 2016 decharge is verleend en hij heeft verwezen naar een verklaring van de toenmalige rvc, inhoudende dat de rvc op de hoogte was van het financiële beheer door Hoevertsz en hiermee instemde (verzoekschrift Hoevertsz, prod. 13). Het gerecht begrijpt het verweer aldus dat volgens Hoevertsz, voor zover niet in alle gevallen voorafgaande goedkeuring was verleend voor rechtshandelingen die het bedrag van Afl. 25.000,00 te boven gingen, de rvc hier altijd achteraf haar goedkeuring aan heeft verleend. Volgens Utilities is er geen bewijs van dat de rvc achteraf goedkeuring heeft verleend in de gevallen dat dat nodig was. Bovendien kan bovendien een mededeling achteraf de inbreuk op de statuten niet sauveren, aldus Utilities.

4.9.3. Het gerecht stelt voorop dat Utilities in de processtukken niet de concrete rechtshandelingen dan wel besluiten heeft genoemd waaraan ten onrechte geen goedkeuring zou zijn verleend op grond van artikel 8 lid 4 sub c van de statuten. Op de pagina's 17 en 18 van het Rapport, waarnaar Utilities verwijst, wordt evenmin een opgave gedaan van dergelijke rechtshandelingen. Op die pagina's wordt een overzicht gegeven van begrotingsoverschrijdingen. Daarmee is dit verwijt aan Hoevertsz onvoldoende concreet onderbouwd.

Daar komt bij dat Utilities het verweer van Hoevertsz, inhoudende dat in de voorkomende gevallen achteraf altijd goedkeuring is verleend, onvoldoende heeft betwist. Het gerecht volgt Utilities niet in haar stelling dat een besluit dat nietig is, omdat het is genomen zonder voorafgaande vereiste goedkeuring van een ander, niet achteraf door die ander kan worden bekrachtigd. Bekrachtiging is een rechtsfiguur die ook in het Arubaanse vermogensrecht wordt aanvaard. Hoewel in het Wetboek van Koophandel op dit punt een wettelijke regeling ontbreekt, is het gerecht van oordeel dat een concordante uitleg van artikel 2:14 lid 2 BW Nederland meebrengt dat ook voor het Arubaanse vennootschapsrecht geldt dat een onbevoegd genomen besluit door het daartoe bevoegde orgaan achteraf kan worden bekrachtigd. Ook al wordt in de overgelegde verklaring van de toenmalige rvc niet expliciet vermeld dat hij in voorkomende gevallen achteraf onbevoegd genomen rechtshandelingen heeft bekrachtigd, volgt uit de verklaring wel dat de commissarissen nauw samenwerkten met Hoevertsz en dat zij tevreden waren met het gevoerde financiële beheer binnen Utilities. Daarmee heeft Hoevertsz aannemelijk gemaakt dat de rvc destijds ook achteraf heeft ingestemd met rechtshandelingen die een bedrag van Afl. 25.000,00 overschreden. Dat dat niet schriftelijk is gebeurd, kan aan die gevolgtrekking niet afdoen, nu een schriftelijke voorafgaande toestemming in de statuten niet wordt vereist en dit vereiste van schriftelijkheid dus ook niet aan de bekrachtiging kan worden gesteld.

Voor zover Utilities heeft willen betogen (verzoekschrift Utilities, 6.25) dat begrotingsoverschrijdingen van meer dan Afl. 25.000,00 door de rvc moesten worden goedgekeurd op grond van artikel 8 lid 4 sub c van de statuten, kan zij daarin niet worden gevolgd.

*c. ondoelmatige uitgaven (verzoekschrift Utilities, 5.10 en 6.30)*

4.10.1. Volgens Utilities blijkt uit het rapport dat tussen de 34% en 56% van de uitgaven van Utilities tijdens de bestuursperiode van Hoevertsz niet doelmatig is geweest. Het gaat dan om bedragen van tussen de 6,5 miljoen en bijna 11 miljoen gulden die ondoelmatig zijn uitgegeven. Hoevertsz heeft betwist dat er ondoelmatige uitgaven plaatsvonden en dat dit gebeurde voor het door Utilities genoemde bedrag.

4.10.2. Utilities heeft in beperkte mate concreet onderbouwd welke uitgaven volgens haar tijdens de bestuursperiode van Hoevertsz ondoelmatig zijn verricht en waarom die concrete uitgaven volgens haar ondoelmatig zijn geweest. Zij heeft op diverse plaatsen verwezen naar het rapport. Een procespartij kan er echter ter onderbouwing van haar standpunten niet mee volstaan om te verwijzen naar door haar overgelegde producties. Dat geldt temeer nu ook uit het rapport niet zonder meer blijkt welke concrete uitgaven door de opstellers ervan als ondoelmatig worden aangemerkt. Het is voor de wederpartij op die wijze niet mogelijk om zich adequaat te verweren. Daar komt bij dat na een bestuursperiode van 8 jaar ineens wordt gesteld dat een aanzienlijk deel van de uitgaven die het bestuur heeft gedaan (en die die gehele bestuursperiode beslaan) een dringende reden voor ontslag opleveren, zonder dat die gedragingen in het verleden tot opmerkingen aanleiding hebben gegeven. In een dergelijk geval mag worden verwacht dat de ava gemotiveerd onderbouwt op welke gronden thans tot oordeel wordt gekomen waarom die uitgaven niet langer juist worden bevonden en waarom daarbij terug kan worden gekomen op een eerder andersluidend oordeel. Voor zover dus in zijn algemeenheid is gesteld dat tussen de 34% en 56% van de uitgaven ondoelmatig is geweest, kan dat niet leiden tot het oordeel dat er sprake is van financieel wanbeleid dat een dringende reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst oplevert. Het gerecht zal hierna de uitgaven die wel concreet zijn genoemd, nader beoordelen.

4.10.3. Ten aanzien van de uitgaven voor een advertorial in het tijdschrift Newsweek ten behoeve van de premier (volgens de stellingen van Utilities) dan wel ten behoeve van promotie van de Groene Agenda (volgens de stellingen van Hoevertsz) heeft Hoevertsz onbetwist gesteld dat deze uitgaven niet ten laste zijn gebracht van Utilities, maar ten laste van de Green Conference Begroting, welke geen onderdeel vormt van het vermogen van Utilities. Samen met andere sponsors werd ook door Utilities aan deze begroting bijgedragen, welke bijdrage was opgenomen in de begroting van Utilities en door de rvc was goedgekeurd.

4.10.4. Nu Utilities niet heeft betwist dat de betreffende uitgaven niet ten laste zijn gebracht van Utilities, maar ten laste van een afzonderlijke begroting, kunnen deze

uitgaven niet bijdragen aan het oordeel dat er sprake is van een dringende reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

4.10.5. Volgens Utilities was er op grote schaal sprake van vriendjespolitiek dan wel bevoordeling van bevriende relaties. Tijdens de bestuursperiode van Hoevertsz is er in totaal voor een bedrag van Afl. 1.300.000,00 aan externe deskundigen uitgegeven. Het is volgens Utilities de vraag of hiervoor daadwerkelijk werkzaamheden zijn verricht. In het geval van de vergoedingen die zijn betaald aan Mind Strategy (Stijn Jansen) en Horizon (Richard Arends) lijkt dat onmogelijk, omdat beide personen in dezelfde periode voltijds als adviseur voor de regering werkten. Daar komt bij dat beide bedrijven zijn ingehuurd zonder aanbestedingsprocedure en dat geen opgaaf is gedaan aan de Belastingdienst van de betalingen aan de extern deskundigen.

4.10.6. In het licht van de betwisting door Hoevertsz van de stelling dat de betreffende bedrijven geen werkzaamheden hebben verricht (verzoekschrift Hoevertsz, 14), had van Utilities mogen worden verwacht dat zij gemotiveerd had onderbouwd dat de betalingen aan deze bedrijven ondoelmatig zijn geweest. De enkele stelling dat 'het de vraag is of deze bedrijven wel werkzaamheden hebben verricht' is in het licht van de betwisting geen gemotiveerde onderbouwing. Ook heeft Utilities het verweer van Hoevertsz dat er voor dergelijke opdracht geen aanbestedingsplicht geldt, onvoldoende weersproken. De enkele omstandigheid dat de betreffende personen ook in dienst waren van het Land (Hoevertsz heeft dit betwist) rechtvaardigt zonder nadere toelichting (die niet is gegeven) niet het oordeel dat zij geen werkzaamheden voor Utilities (kunnen) hebben verricht.

*d. stelselmatig negatieve exploitatieresultaten (verzoekschrift Utilities, 6.28 e.v.) en substantiële begrotingsoverschrijdingen (verzoekschrift Utilities, 6.22 e.v.)*

4.11.1. Hoevertsz heeft betwist dat er sprake is geweest van structureel negatieve exploitatieresultaten. Volgens hem moeten de resultaten van Utilities als holding worden beoordeeld op grond van het geconsolideerde resultaat van het concern. Gedurende de periode 2010 – 2017 waren deze resultaten (op het boekjaar 2014 na) positief (verzoekschrift Hoevertsz, 9). Bovendien heeft Hoevertsz in dit verband een beroep gedaan op de hem verleende decharge bij het goedkeuren en vaststellen van de jaarrekeningen over de jaren 2010 – 2016.

4.11.2. Utilities heeft niet betwist dat over de betreffende jaren decharge is verleend. Volgens Utilities geldt een decharge echter alleen voor feiten die uit de jaarrekening blijken (verzoekschrift Utilities, 6.38).

4.11.3. Het gerecht gaat er vanuit dat de exploitatieresultaten bij uitstek gegevens zijn die in de jaarrekening zijn opgenomen. Het gerecht gaat er voorts vanuit dat de gestelde



overschrijdingen van begrotingsposten ook uit de jaarrekeningen bleken en dat de decharge dus ook hierop betrekking heeft gehad.

Het vorenstaande neemt niet weg dat, ondanks dat decharge over de individuele jaren is verleend, een opeenvolging van boekjaren met negatieve resultaten kan leiden tot het oordeel dat het bestuur haar taken niet adequaat uitvoert en wellicht wanbeleid voert (verzoekschrift Utilities, 5.4). Dat daarvan in onderhavig geval sprake is geweest, volgt niet uit hetgeen van de zijde van Utilities is gesteld omtrent de oorzaken van de verliezen en de maatregelen die eventueel van de zijde van het bestuur zijn genomen om die verliezen voor de toekomst te voorkomen.

*e. het ontbreken van een strategisch plan en kosten-baten analyses (verzoekschrift Utilities, 6.2. e.v.).*

4.12.1. Wegens het ontbreken van een strategisch plan en het doen van investeringen zonder kosten-baten analyse kan het bestuur door Hoevertsz, mede in het licht van de verhoging van de lasten van Utilities tijdens zijn bestuursperiode, volgens Utilities niet als deugdelijk bestuur worden aangemerkt. Hoevertsz heeft deze verwijten betwist. Volgens Hoevertsz definieerde de Groene Agenda het beleid van Utilities en fungeerde dit dus als een strategisch plan. Hoevertsz wijst erop dat voor de ava en de rvc duidelijk was wat de missie en de strategie was van de onderneming.

4.12.2. Ook hier geldt dat Utilities c.q. de ava na een bestuursperiode van 8 jaar ineens komt met verwijten aan het adres van Hoevertsz, zonder dat de betreffende handelwijze in het verleden tot opmerkingen aanleiding heeft gegeven. Indien Utilities c.q. de ava thans van oordeel is dat de Groene Agenda niet kan dienen als een strategisch plan en dat van Hoevertsz mocht worden verwacht dat hij ter zake van bepaalde uitgaven een kosten-baten analyse had gemaakt, dan mag worden verwacht dat gemotiveerd wordt onderbouwd op welke gronden thans tot dat oordeel wordt gekomen en waarom daarbij terug kan worden gekomen op een eerder andersluidend oordeel in het verleden. Zonder die toelichting, die niet is gegeven, valt niet in te zien waarom de handelwijze van Hoevertsz op deze punten thans kan bijdragen aan het oordeel dat er sprake is van een dringende reden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

*f. overige verwijten*

4.13.1. De verwijten dat Hoevertsz de facto een dubbele bestuurslaag heeft gecreëerd (verzoekschrift Utilities, 21 en dat er sprake is van een verouderd administratiesysteem (verzoekschrift Utilities, 5.23) zijn niet van dien aard dat zij bijdragen aan het oordeel dat er sprake is van een dringende reden die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.

4.13.2. Dat in strijd met de arbeidsovereenkomst en zonder goedkeuring van de rvc de volledige telefoonkosten van Hoevertsz werden vergoed (verzoekschrift Utilities, 6.34), is

door Hoevertsz betwist. Naar het oordeel van het gerecht volgt uit de e-mail van 9 april 2013 van Th. Pietersz (rvc) aan Hoevertsz (prod. 17 van Hoevertsz) dat de rvc (althans Pietersz) voorstelde - en er dus ook mee instemde - dat aan Hoevertsz een telefoon vanuit het bedrijf ter beschikking werd gesteld.

Conclusie ten aanzien van de dringende reden en de door Hoevertsz verzochte vergoeding

4.14. De slotsom van het bovenstaande is dat de gewichtige redenen die ertoe leiden dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen zal worden ontbonden, niet bestaan uit een (uitgestelde) dringende reden in de zin van artikel 7A:1615w BW.

4.16. De vraag is dan of het aan het gerecht billijk voorkomt dat aan Hoevertsz wegens de beëindiging van de overeenkomst wegens verandering van omstandigheden de door hem verzochte vergoeding, althans een door het gerecht vast te stellen vergoeding, toekomt. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, blijkt dat de verandering van omstandigheden (de verstoorde arbeidsrelatie) die reden is voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in overwegende mate aan Utilities is te wijten. (De ava van) Utilities is er immers vanuit gegaan dat een vruchtbare samenwerking tussen partijen niet langer mogelijk was en heeft Hoevertsz als statutair bestuurder ontslagen, zonder eerst met Hoevertsz te overleggen hoe hij tegen de gewijzigde inzichten van de ava aankeek. In een dergelijk overleg hadden partijen kunnen vaststellen of, met inachtneming van die gewijzigde inzichten van de ava, nog een vruchtbare samenwerking mogelijk was. Utilities heeft die mogelijkheid niet benut. Daarnaast heeft (de ava van) Utilities een groot aantal verwijten jegens Hoevertsz ten onrechte gemaakt. Naar het oordeel van het gerecht komt aan Hoevertsz om die reden een vergoeding naar billijkheid toe.

4.17. Nu partijen een contractuele afvloeiingregeling zijn overeengekomen, dient naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad de rechter bij het vaststellen van de ontbindingsvergoeding de afvloeiingsregeling in zijn overwegingen betrekken. Bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding dient de rechter ervan uit te gaan dat die regeling zal worden nagekomen, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat zulks in het betrokken geval niet mag worden verwacht (HR 2 april 2004, NJ 2006, 212, DCW/Blakborn, rov. 4.1.3.).

4.18. Ten aanzien van deze uitspraak van de Hoge Raad wordt wel geoordeeld dat hieruit volgt dat de rechter eerst bepaalt welke vergoeding hem in het kader van het eindigen van de arbeidsovereenkomst redelijk voorkomt, en deze vergoeding vervolgens vermindert met de reeds overeengekomen vergoeding, om het aldus gevonden bedrag als ontbindingsvergoeding bij de beschikking toe te kennen. Als de vergoeding naar billijkheid lager is dan de overeengekomen vergoeding, dan is er geen ruimte om een ontbindingsvergoeding toe te kennen. De gedachte achter deze uitleg is dat de Hoge

Raad uitdrukkelijk overweegt dat in de ontbindingsprocedure als uitgangspunt heeft te gelden dat de afvloeiingsregeling wordt nagekomen; de ontbindingsrechter behoort dat niet teniet te doen door aan de wederpartij een vergoeding toe te kennen met de bedoeling daarmee de overeengekomen ontslagvergoeding te verminderen of ongedaan te maken. Indien voor het verminderen van de overeengekomen ontslagvergoeding argumenten zijn, dienen die ingeroepen te worden als verweer tegen de vordering tot nakoming van de regeling. De beoordeling daarvan past slecht in de ontbindingsprocedure (zie in deze zin E.J. Verhulp in zijn noot onder NJ 2006, 212).

4.19. Het gerecht zal de in 4.18 weergegeven benadering niet volgen. Gezien de duur van het dienstverband, de hoogte van het inkomen dat Hoevertsz heeft genoten en de – niet betwiste – omstandigheid dat hij ten tijde van zijn benoeming geen andere baan had en zonder dat daarvoor een sollicitatieprocedure met meerdere kandidaten heeft plaatsgevonden, acht het gerecht het passend dat op grond van de billijkheid een vergoeding van Afl. 166.540,00 bruto (hetgeen overeenkomt met ongeveer een half jaar salaris) wordt toegekend. Het gerecht zal deze op de billijkheid gebaseerde vergoeding niet verminderen met het bedrag van de overeengekomen afvloeiingsregeling. Indien Utilities weigert om de overeengekomen afvloeiingsregeling na te komen en indien in een (eventuele) procedure tot betaling van die vergoeding deze contractuele vergoeding (bijvoorbeeld op grond van verweren die Utilities ook in deze procedure naar voren heeft gebracht) niet wordt toegekend, dan zou dat meebrengen dat Hoevertsz in verband met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst geen vergoeding ontvangt, hoewel het gerecht in deze procedure zulks wel billijk oordeelt. Het gerecht zal de vergoeding naar billijkheid derhalve toekennen, maar met dien verstande dat zij in mindering strekt op de eventueel te betalen vergoeding uit hoofde van de afvloeiingsregeling.

4.20. Utilities zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de beide procedures, die aan de zijde van Hoevertsz worden begroot op Afl. 50,00 aan griffierecht en op Afl. 1.800,00 aan salaris advocaat.

## **5. DE UITSPRAAK IN BEIDE PROCEDURES**

De rechter in dit gerecht:

stelt partijen in kennis van het voornemen om de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang van 1 mei 2019, onder toekenning aan Hoevertsz van een vergoeding ten laste van Utilities van Afl. 166.540,00 (bruto), welke vergoeding in mindering strekt op een uit te betalen vergoeding uit hoofde van de afvloeiingsregeling;

stelt Utilities en Hoevertsz in de gelegenheid het verzoek in te trekken middels een uiterlijk binnen veertien dagen na de datum van deze beschikking ter griffie van dit gerecht af te leggen schriftelijke verklaring;

veroordeelt Utilities in dat geval in de kosten van deze procedure, die tot de datum van uitspraak aan de kant van Hoevertsz worden begroot op Afl. 1.850,00;

**VERDER, VOORZOVER UTILITIES OF HOEVERTSZ NIET BEIDEN HET VERZOEK INTREKKEN:**

ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 mei 2019;

kent aan Hoevertsz een vergoeding toe ten laste van Utilities van Afl. 166.540,00 (bruto), welke vergoeding in mindering strekt op een uit te betalen vergoeding uit hoofde van de afvloeiingsregeling;

veroordeelt Utilities in dat geval in de kosten van deze procedure, die tot de datum van uitspraak aan de kant van Hoevertsz worden begroot op Afl. 1.850,00;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. J.J. Verhoeven, rechter in dit gerecht, en werd uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 april 2019 op in aanwezigheid van de griffier.

