

Kroniek Statutair Bestuurder medio 2016 – medio 2018

E.S. de Bock, datum 06-09-2018

Datum

06-09-2018

Auteur

E.S. de Bock^[2]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

Circa drie jaar na de inwerkingtreding van Wwz is het relatief stil aan het bestuurdersfront. Er is helaas nog weinig maatgevende rechtspraak. Er is ook geen sprake van grote wijzigingen op het wetgevingsfront. Voor de praktijk is het echter nuttig om een korte tour d'horizon te maken, zodat de lezer door de bomen van de lagere rechtspraak hopelijk weer het bos van de daaruit te ontdekken lijn ziet.^[1]

1. Rechtsmacht

Met het arrest van 3 februari 2017^[3] maakte de Hoge Raad eindelijk een einde aan de saga *Holterman/Spies*. De Hoge Raad bepaalde – mede naar aanleiding van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie – dat de arbeidsrechtelijke regels van de EEX-Vo (artikel 20 lid 1 EEX-Vo) prevaleren boven de vennootschapsrechtelijke regels. Als de bestuurder in het buitenland woont en sprake is van een arbeidsovereenkomst en geageerd wordt uit hoofde van artikel 2:9 BW, 6:162 BW en 7:661 BW, heeft de rechter van de woonplaats van de bestuurder rechtsmacht en niet de rechter van de zetel van de vennootschap.

2. Wel of niet bestuurder?

Zoals bekend, is het in de discussies essentieel om te bepalen of een werknemer statutair bestuurder is bij de vennootschap waarmee het dienstverband bestaat. In dat geval is geen sprake van een preventieve ontslagtoets, is de rechtbank in absolute zin bevoegd en is er geen herstel van de dienstbetrekking mogelijk.^[4]

In de *To/sa* zaak^[5] stelde het Hof Den Haag een memo van de enig aandeelhouder van Tolsa, inhoudende een mededeling van de benoeming gelijk aan de “vastlegging” van de stemuitbrenging door de enig aandeelhouder als bedoeld in artikel 2:238 lid 1 BW oud (besluitvorming van aandeelhouders buiten vergadering met instemming van alle vergadergerechtigden met de wijze van besluitvorming). Hier was bovendien een Kamer van Koophandel mutatieformulier getekend door de betrokken bestuurder, zij het dat onduidelijk was of de aanduiding als “directeur” zag op een statutair of titulair bestuurder. De Rechtbank Overijssel maakte in kort geding duidelijk dat inschrijving bij de Kamer van Koophandel plus een addendum op een arbeidsovereenkomst waarin een einde zou worden gemaakt aan de “statutaire positie”, geen afdoende bewijs biedt van het bestaan van een benoemingsbesluit.^[6]

De Rechtbank Den Haag daarentegen zag in de inschrijving van “de bestuurder” bij het Handelsregister (bij formulier getekend door de enig aandeelhouder) plus gedragingen als bestuurder, een belangrijke indicatie om tot het (voorlopige) oordeel te komen dat sprake was van een rechtsgeldige benoeming.^[7] Terecht stelt de Rechtbank Oost-Brabant^[8] dat het aan de werkgever is om de eventuele benoeming “hard te maken”.^[9]

3. Reikwijdte 15 april-arresten

Eenieder weet dat op grond van de *15 april*-arresten^[10] het rechtsgeldige ontslagbesluit tevens de arbeidsrechtelijke opzegging vormt tenzij a) sprake is van een wettelijk opzegverbod; of b) sprake is van een andersluidende afspraak. De laatste jaren is er veel geschreven over de vraag of de *15 april*-arresten ook gelden indien geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een overeenkomst van opdracht. Ik behoor inmiddels tot het kamp dat ervan uitgaat dat een ontslagbesluit tevens de opzegging van de managementovereenkomst vormt mits ook hier het bestuurderschap en het opdrachtnemerschap samenvallen, vanwege het feit dat sprake is van een direct extern werkend besluit.^[11] De Rechtbank Limburg oordeelde in de verslagperiode conform deze lijn over een rechtspersoon-bestuurder met een overeenkomst van

opdracht. Een andersluidend oordeel zou volgens de Rechtbank Limburg leiden “ tot de ongerijmde uitkomst dat een rechtspersoon-bestuurder (met een managementovereenkomst) een grotere bescherming zou genieten tegen ontslag dan een natuurlijk persoon-bestuurder (met een arbeidsovereenkomst)”. [\[12\]](#)

Een van de na de 15 april-arresten resterende vragen is of het mogelijk is de arbeidsovereenkomst op te zeggen zonder een daartoe strekkend ontslagbesluit. Ik denk dat dit onder omstandigheden kan. Stel dat de bestuurder conform de corporate governance code benoemd is voor een periode van vier jaar en de statutaire positie derhalve na ommekomst van vier jaar eindigt, waarom zou dan de arbeidsovereenkomst niet tussentijds kunnen worden opgezegd, terwijl het bestuurderschap doorloopt tot aan de beoogde einddatum? De preventieve ontslagtoets geldt dan nog steeds niet. In vergelijkbare zin overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden, [\[13\]](#) zij het dat het daarbij ging om de beëindiging van een managementovereenkomst. Het Hof kwam tot de conclusie dat een managementovereenkomst zelfstandig kan worden opgezegd, los van het al dan niet voortduren van het statutair bestuurderschap. Eerder heb ik erop gewezen dat het in elk geval pleitbaar is dat dit toch niet zou kunnen bij een arbeidsovereenkomst zonder dat de statutaire bevoegdheid doorloopt. In de 15 april-arresten ligt immers besloten dat de AvA bevoegd is voor wat betreft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de bestuurder (artikel 2:134/2:244 BW). Weliswaar vertegenwoordigt het bestuur de vennootschap ex artikel 2:130/2:140 BW, maar dat geldt uitsluitend voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Het bestuur heeft geen bevoegdheid tot vertegenwoordiging, omdat de wet hier een ander orgaan bevoegd heeft verklaard. [\[14\]](#) In die visie zou zonder AvA besluit opzegging van de arbeidsovereenkomst als vertegenwoordigingshandeling niet mogelijk zijn. De jurisprudentie biedt nog geen echte helderheid. In het verlengde hiervan rijst de bekende vraag of het mogelijk is dat de vennootschap om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt zonder dat een ontslag in vennootschapsrechtelijke zin heeft plaatsgevonden. In het *Tactor*-arrest had de Hoge Raad deze mogelijkheid aanvaard. [\[15\]](#) Duk heeft er eerder al op gewezen dat het onwenselijk is dat de AvA gepasseerd kan worden bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de betrokken bestuurder. [\[16\]](#) De Rechtbank Overijssel zit blijkens een uitspraak van 22 maart 2017 op de lijn van Duk. [\[17\]](#) Hier had de vennootschap wel erg stoute schoenen aangetrokken, omdat niet alleen om ontbinding werd gevraagd, maar ook om een verklaring voor recht dat op de ontbindingsdatum het statutair bestuurderschap zou zijn beëindigd. Daarmee zou in de visie van de rechtbank de AvA volledig worden gepasseerd. De rechtbank oordeelde dat het bestuur van de vennootschap niet rechtsgeldig namens de onderneming kon beslissen om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken, nu de ontbinding tot consequentie zou hebben dat de wet en statuten ter zijde worden gesteld. De hamvraag hier is of de vertegenwoordigingsbevoegdheid (die voor opzegging in handen van de AvA ligt) ook bij de AvA ligt indien het niet gaat om een opzegging maar om het indienen van een verzoek tot ontbinding. Ik vind gegeven de 15 april-arresten dat het arrest *Tactor* is achterhaald, maar zolang de Hoge Raad niet heeft gesproken is dit niet eenduidig.

4. Ziekte

In de *Wave International* zaak [\[18\]](#) werd de bekende uitzondering op de 15 april-arresten wegens toepasselijkheid van het opzegverbod bij ziekte sterk opgerekt. Sinds lange tijd wordt aangenomen dat indien sprake is van arbeidsongeschiktheid voordat de bestuurder een uitnodiging voor de AvA strekkende tot ontslag, dan wel een uitnodiging om zijn adviserende stem te geven bij een voorgenomen ontslagbesluit buiten vergadering heeft ontvangen, de bestuurder krachtens het opzegverbod beschermd is. [\[19\]](#) In de zaak *Wave International* had de werknemer zich ziekgemeld voor ontvangst van de oproep AvA, maar nadat de werkgevers advocaat het ontslag van werknemer in impliciete bewoordingen had aangekondigd. Sterk stelt zich in zijn noot bij deze uitspraak [\[20\]](#) op het standpunt dat het eigenlijk moet gaan om het moment waarop de bestuurder schriftelijk wordt geïnformeerd over het concrete voornemen een besluit buiten vergadering te nemen, dan wel het moment van ontvangst door de bestuurder van de uitnodiging voor de AvA. Ik geef Sterk ogenblikkelijk na dat daarmee de rechtszekerheid is gediend. Onder omstandigheden kan ik mij nog wel voorstellen dat er een ander objectief bepaalbaar moment is waarop de bestuurder afdoende is geïnformeerd. Dat zou mijns inziens ook een eerder moment kunnen zijn als het maar voldoende duidelijk en aantoonbaar is dat het ontslagvoornemen voldoende concreet is geuit. Toch heb ik de neiging om de leer van Sterk te volgen, omdat het anders in praktische zin een behoorlijke puinzooi kan worden. Bovendien is een en ander gebaseerd op de analoge toepassing van hetgeen bij “gewone werknemers” geschiedt en dan is het indienen van het verzoek bij het UWV bepalend en daar wordt wel de eis van schriftelijkheid gesteld.

5. Grondenstelsel

Ex artikel 7:671 lid 1 onder e BW blijkt dat voorafgaande instemming of toestemming voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst met een bestuurder van een NV, BV, vereniging, onderlinge waarborg maatschappij en coöperatie niet is vereist. Het grondenstelsel en de herplaatsingsverplichting van artikel 7:691 BW gelden echter onverkort. Juist nu een ontslagen bestuurder slechts twee wegen kan bewandelen om zijn recht te halen (aantasting van het

vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit op grond van artikel 2:14 en 2:15 BW en/of een beroep op de arbeidsrechtelijke bescherming van artikel 7:681 lid 1 onder b en c (vernietiging of een billijke vergoeding bij strijdigheid met een opzegverbod) en/of een beroep op artikel 7:682 lid 3 BW (billijke vergoeding wegens i) strijd met artikel 7:669 BW; of ii) billijke vergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid, is het begrijpelijk dat het grondenstelsel veel aandacht krijgt.

De eerste vraag die rijst is of de gronden in de oproeping c.q. toelichting voor de AvA moeten worden vermeld of in het ontslagbesluit zelf. Dat eerste is mijns inziens niet nodig zolang voor de bestuurder maar duidelijk is wat de redenen zijn voor het voorgenomen ontslag, omdat bij gebreke daarvan de bestuurder wordt belemmerd in het uitbrengen van zijn adviserende stem.^[21] Er is in elk geval geen expliciete bepaling in boek 2 die anders met zich brengt.

In het *VEB Sealants*-arrest^[22] bepaalde het Hof Den Haag dat – hoewel het ontslagbesluit over de gehanteerde grond in alle talen zweeg – het zonneklaar was dat gebruik werd gemaakt van de h-grond. Dat moest dan worden gehaald uit een brief van de advocaat van de werkgever ná de AvA. Het Hof 's-Hertogenbosch maakte in het *FPI*-arrest^[23] duidelijk dat het voldoende was dat het ontslagbesluit verwees naar de g-grond. Juist nu men vanuit werkgeversoptiek geen “fouten” wil maken bij het vennootschapsrechtelijk ontslag en meer een beroep op artikel 7:682 lid 3 BW wil vermijden én het aanvaard is om meerdere ontslaggronden naast elkaar te hanteren (die dan uiteraard ieder voor zich voldragen moeten zijn) is het mijns inziens aan te raden om 1) de feiten en omstandigheden die ten grondslag worden gelegd aan het ontslagbesluit in een (eventueel latere) toelichting op de agenda op te nemen; 2) deze feiten en omstandigheden te kwalificeren in het kader van artikel 7:691 BW; en 3) in het ontslagbesluit de primaire en eventuele subsidiaire gronden expliciet langs de lat van artikel 7:669 BW te benoemen, vanuit het adagium “better safe than sorry”.

Eerder heb ik al gepleit voor de gedachte dat de afwezigheid van een redelijke grond een beroep op artikel 2:14 en 2:15 BW zou moeten kunnen rechtvaardigen.^[24] Ik sta in die gedachte vooralsnog alleen en realiseer mij ook wel dat mijn gedachte in beginsel afstuit op het arrest *Sjardin/Sjartec*.^[25] Bennaars en Van Kempen hebben zich op het standpunt gesteld dat een gerechtvaardigd beroep op strijdigheid met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid vereist dat de Hoge Raad terugkomt op zijn oordeel in het arrest *Sjardin/Sjartec*.^[26] Ik blijf vooralsnog bij mijn mening. Volgens het *Sjardin*-arrest is er in een boek 2 procedure geen ruimte voor een toetsing de redelijkheid van de ontslaggrond. Waar het om ging in het *Sjardin*-arrest was dat de vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit niet zag op enige strijdigheid met de eisen van de goede trouw die bij het totstandkomen van het besluit in acht moet worden genomen, maar uitsluitend op de gronden waarop het ontslag aan Sjardin gegeven werd. De conclusie van A-G Biegman-Hartogh blijft lezenswaardig.

“Naast de toetsing van het ontslag zelf aan de regels betreffende de arbeidsovereenkomst, dient immers getoetst te kunnen worden of de op het ontslag gerichte wil van de B.V., zoals deze in haar tot het ontslag strekkende wilsverklaring jegens de bestuurder tot uiting is gebracht, zich heeft gevormd overeenkomstig de daarvoor geldende regels van de wet en de statuten en de in dit verband tevens in acht te nemen eisen van de goeder trouw.”

En ook “maar voor gevallen waarbij een besluit in volstrekte willekeur en/of evident in strijd met regels van de redelijkheid en billijkheid is genomen, lijkt het mij toch wel goed over nog over deze toetsingsmogelijkheden te kunnen beschikken”. Maeijer schrijft in zijn noot “Van Schilfgaarde interpreteert in zijn noot t.a.p. sub 6 de uitspraak van de Hoge Raad aldus: dat het ontslagbesluit wel kan worden vernietigd wegens strijd met de goeder trouw voor wat betreft de wijze van totstandkoming, doch niet wegens de strijd met de (vennootschapsrechtelijke in acht te nemen) goeder trouw wegens zijn materiële inhoud. Ik vraag mij af of deze zienswijze juist is. Met zijn terminologie “bij het tot stand komen van het besluit” wil de Hoge Raad m.i. enkel aansluiten bij het eerder in r.o. 3.2 gemaakte onderscheid tussen de besluitvorming en het (externe) ontslag zelf. De eisen in acht te nemen “bij het tot stand komen” van het besluit omvatte **m.i. veel meer dan de eisen die enkel betrekking hebben op “de wijze van totstandkoming”**. Kortom het (te nemen) besluit dient m.i. te voldoen aan de formeel getinte en materieel getinte normen die voortvloeien uit de vennootschapsrechtelijk in acht te nemen goede trouw.”

Waar organen op grond van artikel 2:8 BW over en weer zich dienen te gedragen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de wet tegenwoordig de aanwezigheid van een redelijke grond eist, kan mijns inziens een vennootschap niet volhouden dat een formeel volgens de regels der kunst genomen ontslagbesluit dat iedere redelijke grond mist (bijvoorbeeld ontslag wegens de kleur van de sokken van de bestuurder), niet zo zeer in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW (die ook heeft te gelden bij het nemen van een besluit en daarmee bij de totstandkoming van een besluit), dat geen ruimte zou zijn voor vernietiging op grond van Boek 2.

6. H-grond

Zoals te verwachten viel wordt juist bij de statutair bestuurder kwistig gebruik gemaakt van de h-grond. De d-grond vereist immers dat de bestuurder tijdig in kennis is gesteld van het onvoldoende functioneren en de gelegenheid heeft gehad zijn functioneren te verbeteren, terwijl voor dat laatste veelal wordt aangenomen dat een verbeterplan noodzakelijk is. Natuurlijk komt het veelvuldig voor dat er kritiek wordt geuit op de bestuurder, maar ik moet het eerste “formele verbeterplan” bij een bestuurder nog tegenkomen. Bovendien vereist dat een actieve opstelling van de “werkgever” (de facto de RvC of AvA).

Ook het gebruik van de g-grond is bepaald geen sinecure. Als er al sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding moet deze immers ernstig en duurzaam zijn, hetgeen met zich brengt dat een oprechte poging is gedaan om de relatie vlot te trekken. Bij niet-statutair bestuurders wordt veelal de eis van een mediation-achtig proces gesteld. Ik zie niet goed hoe bijvoorbeeld een verstoring in de relatie tussen aandeelhouders en de statutair bestuurder door mediation of vergelijkbaar proces kan worden opgelost, zeker niet indien sprake is van een flink aantal aandeelhouders. Evenmin ligt mediation tussen de leden van een RvC en een statutair bestuurder voor de hand. In de Parlementaire Geschiedenis is de deur van de h-grond die aanvankelijk potdicht zat – op een kier gezet. Uit de Kamerstukken blijkt immers dat de h-grond ook gebruikt kan worden voor een manager waarmee een verschil van inzicht bestaat over het te voeren beleid.^[27] Interessant is in dit kader het arrest van het Hof Amsterdam inzake *Crown/Van Gelder*.^[28] Daarin stelde de door Duk bijgestane werknemer zich op het standpunt dat geen sprake kon zijn van een verstoorte arbeidsrelatie, omdat het geschil niet zag op het te voeren beleid, maar eigenlijk ging om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. De verstoorte arbeidsverhouding betrof in de visie van het hof wel de inhoudelijk positie die de bestuurder in de onderneming dient te vervullen. Anderzijds heeft de wetgever steeds benadrukt dat de h-grond niet van stal mag worden gehaald voor het feitelijk repareren van een onvoldragen ontslaggrond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder a-g BW. De andere voorbeelden van de h-grond in de memorie van toelichting betreffen gevallen van detentie, illegaliteit, de afwezigheid van een tewerkstellingsvergunning en ten slotte de voetbaltrainer die kampt met teleurstellende resultaten. Muradin heeft het gebruik van de h-grond voor onder meer bestuurders over de periode in juli 2015 tot 1 april 2017 knap geanalyseerd.^[29] Het beeld uit de jurisprudentie sedert april 2017 wijkt niet wezenlijk af van het door Muradin verzamelde beeld. Afwijzingen van de h-grond komen veelvuldig voor.^[30] Het betreft vaak gevallen waarin de h-grond toch als vangnet wordt gehanteerd, nadat eerst tevergeefs beroep is gedaan op de d- of g-grond. Als de facto niet veel meer wordt aangevoerd dan hetgeen ook is aangevoerd voor de d- of g-grond, heeft een aantal rechters de neiging om een beroep op de h-grond toch te beschouwen als reparatie van een onvoldragen ontslaggrond met afwijzing van het ontbindingsverzoek. Een mooi voorbeeld is de *Sanovo*-zaak.^[31] Sanovo stelde dat de aandeelhouder het vertrouwen in de bestuurder kwijt was geraakt, maar had verzuimd voldoende specifiek te onderbouwen waardoor het beweerdelijke gebrek aan vertrouwen was ontstaan. Er was in de visie van de rechter eerder sprake van een situatie die te maken had met arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door een burn-out en een mogelijk d-grond dan van een (terecht) beroep op de h-grond. De verzochte ontbinding werd afgewezen. Waar een beroep op de h-grond in de rechtspraak is toegewezen valt op dat er gevallen zijn waarbij de rechter een ruime uitleg aan de h-grond geeft en bijvoorbeeld een verschil van inzicht over de wijze waarop de functie moet worden vervuld schaart onder het geval bedoeld in de Parlementaire Geschiedenis van een verschil van inzicht over het beleid.^[32] Dit waren echter in het algemeen wel gevallen waarin ook sprake was van behoorlijke kritiek op het functioneren en dus de d-grond en ongewis bleef in welke mate sprake was van verstoorte verhoudingen juist ten gevolge van het verschil van inzicht over de wijze waarop de functie werd uitgeoefend.

7. Inhoudsloze arbeidsovereenkomst

Voor de praktijk is een belangrijke vraag of een de facto inhoudsloze arbeidsovereenkomst die ontstaat omdat de bestuurder in statutaire zin reeds is ontslagen, een beroep op de h-grond rechtvaardigt.^[33] De gedachte lijkt te zijn dat indien het ontslag in statutaire zin rechtsgeldig is, sprake is van een situatie waarin zinvolle continuering van de arbeidsovereenkomst niet goed denkbaar is. In het hiervoor genoemde Amsterdamse geval speelde daarbij een belangrijke rol dat de arbeidsovereenkomst juist was toegespitst op de statutaire positie. Een goede invulling van de arbeidsovereenkomst was in dat geval niet goed denkbaar nu de statutaire positie niet meer bestond. Bij een statutaire bestuurder die bij het aanvaarden van de statutaire positie een (nieuwe) arbeidsovereenkomst krijgt, zal de arbeidsovereenkomst bijna altijd “toegespitst” zijn op die positie. Een fraai voorbeeld vormt de uitspraak van de kantonrechter Rechtbank Overijssel inzake *2Switch*.^[34] Het betrof hier een werknemer die bestuurder was van de holding en kennelijk (titulair) directeur van de werkmaatschappij/werkgever waarbij een verschil van inzicht was ontstaan binnen het management en de kantonrechter ontbond, omdat sprake was van een inhoudsloze arbeidsovereenkomst. Bijzonder is dat de kantonrechter aansloot bij de *15 april*-arresten. Bij de *15 april*-arresten ging het om situaties waarin de bestuurder een arbeidsovereenkomst had met dezelfde vennootschap waar de bestuurder was benoemd. In het algemeen wordt juist aangenomen^[35] dat de lijn van de *15 april*-arresten niet door te trekken valt naar situaties waarbij de bestuurder statutair is benoemd bij een andere vennootschap dan waarmee de bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft. Wat al helemaal vreemd is, is dat het ontslag op het niveau van de moeder er hiertoe leidt dat de arbeidsovereenkomst op het niveau van de dochter plotseling wordt gezien als een lege huls. De lege huls-theorie is niet nieuw en werd in enkel geval lang voor de invoering van Wwz gehanteerd.^[36]

Als ik het niet bij het rechte eind heb met mijn eerder betoog over vernietiging op grond van Boek 2 is juist de combinatie van het arrest *Sjardin* en de lege huls theorie voor de bestuurder ellendig. Een ontslagbesluit dat inhoudelijk volstrekt onredelijk is en niet aantastbaar zou zijn op grond van Boek 2 zou bij toepassing van de lege huls-theorie er bovendien toe leiden dat het arbeidsrechtelijke voorschrift van de aanwezigheid van een redelijke grond voor een bestuurder niets

voorstelt. Als de redelijke grond ontbreekt, maar het ontslagbesluit in formele zin juist is genomen wordt toch ontbonden. Daarmee zou dan bovendien artikel 7:682 lid 3 onder a (de billijke vergoeding wegens strijd met artikel 7:669 BW) zijn afgesneden. De combinatie van Sjardin plus de lege huls-theorie leidt er dan toe dat een bestuurder vogelvrij is en eigenlijk altijd ontslagen kan worden en dat er alleen nog ruimte is voor een billijke vergoeding bij ernstige verwijtbaarheid.^[37] Als deze leer niet alleen wordt toegepast bij bestuurders voor wie geen preventieve toets geldt (de klassieke N.V. of B.V. bestuurder bijvoorbeeld), maar ook voor bestuurders voor wie de preventieve toets wel geldt (bijvoorbeeld een stichting of juist het geval van *2Switch* waarin een arbeidsovereenkomst bestond met een andere vennootschap dan waar de statutaire functie werd vervuld) dan is het hek helemaal van de dam, omdat dan mogelijk een bestuurder voor wie wel een preventieve toets geldt, nog makkelijker ontslagen kan worden dan een bestuurder waarbij dat niet het geval is. Het kan ook anders, blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Gelderland inzake *de Bassereel*.^[38] Ook daar ging het om een ontslagen stichtingsbestuurder waarbij sprake is van een inhoudsloze arbeidsovereenkomst. Ten onrechte overwoog de rechtbank dat het vaste jurisprudentie is dat er een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit in beginsel ook de dienstbetrekking van de bestuurder doet eindigen, omdat immers hier sprake is van een stichtingsbestuurder voor wie nu juist de *15 april*-arresten vooralsnog niet gelden. De rechtbank overwoog vervolgens terecht dat de vertrouwensbreuk die aan het ontslag ten grondslag lag voornamelijk door de werkgever is veroorzaakt terwijl het op de weg van de werkgever had gelegen om het vertrouwen te herstellen en het gesprek of een andere mogelijkheid aan te gaan. Daarom werd de ontbinding terecht afgewezen.

Wiersma heeft in zijn noot bij de zaak *Segula*^[39] gewezen op een nuttige viertraps raket die gehanteerd kan worden bij de grond en die erop neerkomt dat 1) de grondslag voor het verschil van inzicht aannemelijk moet worden gemaakt; 2) de bestuurder geconfronteerd is met de verschillende visies; 3) aangegeven moet worden welke concrete veranderingen nodig zijn; en 4) sprake moet zijn van onoverbrugbaarheid.

8. Billijke vergoeding

Allereerst geldt dat niet helder is of de billijke vergoeding van artikel 7:682 lid 3 onder a (strijdigheid met artikel 7:669 BW) anders is dan de billijke vergoeding op grond van artikel 7:682 lid 3 onder b (ernstig verwijtbaar handelen of nalaten). Bennaars en Van Kempen menen van wel.^[40] Van Waegeningh en De Jong menen van niet.^[41] De visie van Bennaars en Van Kempen dateert van voor het *New Hairstyle*-arrest.^[42] Ik sluit mij aan bij de visie van Van Waegeningh en De Jong en denk overigens dat voor Bennaars en Van Kempen na *New Hairstyle*-arrest hetzelfde zou gelden. In het *New Hair Style*-arrest wordt het gedachtengoed van de Hoge Raad niet met zoveel woorden beperkt tot de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW en is juist afstand genomen van het beweerdelijke punitieve karakter van de billijke vergoeding die vaak voor de gevallen bedoeld in artikel 7:682 lid 3 onder b BW van stal werd gehaald. In *New Hairstyle* heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat ernstige verwijtbaarheid ook de situatie omvat waarin aanspraak bestaat tot vergoeding wegens "impliciete ernstige verwijtbaarheid".^[43] Op grond van *New Hairstyle* is duidelijk dat de rechter bij de vaststelling van de billijke vergoeding "gemotiveerd maatwerk" moet leveren en rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de gevolgen van het ontslag voor zover die zijn toe te rekenen aan het verwijtbare handelen van de werkgever. In r.o. 3.4.4 bepaalt de Hoge Raad dat daarbij rekening mag worden gehouden met het loon dat bij vernietiging van de opzegging zou worden ontvangen, zij het dat tegelijkertijd rekening moet worden gehouden met inkomsten uit een nieuwe baan, inkomsten die in de toekomst kunnen worden verworven, de transitievergoeding, de mate van verwijtbaarheid aan beide zijden en de redenen waarom is afgezien van vernietiging. Het probleem bij de bestuurder is nu juist dat de bestuurder niet kan kiezen tussen de arbeidsrechtelijke vernietiging en de billijke vergoeding. Van Waegeningh en De Jong wijzen erop dat ook voor de bestuurder het verlies van loondoorbetaling het rechtstreekse gevolg is van de verwijten die aan het adres van de werkgever gemaakt kunnen worden. Dat is op zichzelf juist, maar nu de Parlementaire Geschiedenis geen concrete aanknopingspunten biedt is het afwachten of deze lijn in de rechtspraak echt gevolgd gaat worden. Vooralsnog lijkt dat het geval, gegeven de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam en Amsterdam uit 2017 inzake *Energol*^[44] en *Kijkshop*.^[45] In de *Energol*-zaak werd overigens beroep gedaan op de vroegere rekentool "hoe lang werkeloos.nl". Die tool was gebaseerd op gegevens tot en met 2011. Dat is de reden dat de rechtbank geen ruimte zag voor het hanteren van deze tool. Zowel in de *Energol*-zaak als in de *Kijkshop*-zaak wordt expliciet aangesloten bij *New Hairstyle* en wordt het feit dat de bestuurder niet de mogelijkheid heeft de opzegging te vernietigen (behoudens toepasselijkheid van het opzegverbod) kennelijk niet relevant gevonden om af te wijken van de *New Hairstyle*-leer. In de *Kijkshop*-zaak werd overigens subsidiair ook nog beroep gedaan op artikel 2:8 BW om de beweerdelijk redelijke grond onderuit te halen, maar helaas werd daar niet op ingegaan. Een geval waarin ook geen sprake was van de mogelijkheid tot vernietiging van de opzegging zoals bedoeld in het *New Hairstyle*-arrest in r.o. 3.4.4 van de Hoge Raad is de zaak van de *Stichting Insula*.^[46] De kantonrechter overwoog letterlijk dat eenzelfde benadering als bedoeld in artikel 7:681 BW en in het *New Hairstyle*-arrest op zijn plaats is indien de arbeidsovereenkomst eindigt door ontbinding ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Ook in de *Peperzaken* uitspraken wordt de billijke vergoeding gegrond op artikel 7:682 lid 3 onder a BW, vergelijkbaar geacht met de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW en wordt de lijn van het *New Hairstyle*-arrest een op een gevolgd.^[47]

Het ging hier echter om een voorwaardelijke ontbinding waarbij aansluiting werd gezocht met de tijd dat de arbeidsovereenkomst zou hebben voortgeduurd indien een behoorlijk verbeter-traject zou hebben plaatsgevonden. De billijke vergoeding in het kader van deze ontbindingsprocedure viel wel lager uit dan op grond van artikel 7:683 lid 3 BW, omdat de inkomensschade gedeeltelijk zag op de periode gelegen tussen het einde van de arbeidsovereenkomst op basis van de eerdere opzegging en de latere einddatum bij een voorwaardelijke ontbinding. Ik vind dat vreemd omdat hier bij het begroten van de billijke vergoeding (die juist ziet op toekomstige inkomensschade) kennelijk rekening wordt gehouden met het loon over een periode gelegen in het verleden.

9. Vervaltermijnen

De vervaltermijn van artikel 7:686 onder a BW is kort. Een vordering over het loon over de opzegtermijn of de billijke vergoeding kan tot twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd worden ingediend. Als bij een bestuurder de opzegtermijn niet in acht wordt genomen geldt dit onverkort, aldus de Rechtbank Overijssel.^[48]

In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch in de zaak *Intersand* ging het om een tardief beroep op de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit in vennootschapsrechtelijke zin. Zoals bekend is de vervaltermijn van artikel 2:15 lid 5 BW een jaar. Hier had de bestuurder zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat hij geen statutair bestuurder was en eerst bij memorie van Grieven aangevoerd dat hij dat wel was, maar dat het ontslagbesluit niet aan de te stellen eisen voldeed. In de praktijk is deze problematiek goed oplosbaar door 1) tijdig binnen twee maanden na het ontslagbesluit een verzoek in te dienen in arbeidsrechtelijke zin; en 2) tijdig, dat wil zeggen binnen een jaar, te dagvaarden uit hoofde van Boek 2 waarbij de verschillende vorderingen al dan niet een voorwaardelijk karakter kunnen hebben. Het is goed mogelijk een voorwaardelijk verzoek tot vernietiging van een ontslagbesluit in te dienen, namelijk voor het geval komt vast te staan dat een werknemer statutair bestuurder is. In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in zake *Pipeline Raffinery*^[49] ging het om een bestuurder die switchte van een verzoek tot vernietiging van een opzegging naar een verzoek om een billijke vergoeding in appel. Het oorspronkelijke verzoekschrift was gebaseerd op de gedachte dat het ontslag van een bestuurder vernietigbaar was wegens strijd met artikel 7:671 BW. Echter op grond van artikel 7:671 lid 1 onder e BW geldt dat de werkgever geen schriftelijke toestemming van de werknemer voor opzegging nodig heeft voor zover sprake is van een bestuurder. Blijkens het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden is het niet mogelijk om na het verstrijken van de vervaltermijn in appel (ondanks de devolutieve werking van het appel) alsnog een verzoek in te dienen voor een billijke vergoeding. Dat komt mij als juist voor.

10. Ontslag op staande voet

Een ontslag op staande voet van een statutair bestuurder waarbij de AvA niet alleen plaatsvindt met inachtneming van de statutaire opzegtermijn van 15 dagen, maar zelfs nog negen dagen nadien is nog steeds "onverwijld". Wel gold hier dat een aantal betrokken bestuurders en de aandeelhouder van de werkgever woonachtig waren in Spanje, zodat nog steeds kon worden volgehouden dat er voldoende voortvarend was gehandeld.^[50]

11. Teleurstellend én geruststellend

Maatgevende rechtspraak van de Hoge Raad onder het regime van de Wwz is nog betrekkelijk schaars, maar ontbreekt op het terrein van de statutair bestuurder onder de Wwz nog ten ene male. Er is ook nauwelijks Hof jurisprudentie beschikbaar. Met Bennaars kan ik concluderen dat er vooralsnog weinig nieuws onder de zon is. Dat is misschien teleurstellend maar tegelijkertijd ook wel geruststellend.

Voetnoten

[1]

Eerder had Bennaars al hetzelfde moeten constateren: zie J.H. Bennaars, 'De bestuurder en zijn ontslag post Wwz – anything new?', *TAP* 2017/3.

[2]

Mr. E.S. de Bock is advocaat bij Houthoff.

[3]

Hoge Raad 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133.

[4]

Zie hierover uitgebreid E.S. de Bock, 'De bijzondere positie van de bestuurder van de NV of de BV', in: *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom 2016.

[5]

Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:253.

[6]

Rb. Overijssel 8 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4096.

[7]

Rb. Den Haag 6 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16048.

[8]

Rb. Oost-Brabant 7 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2074.

[9]

Ik beveel nog steeds lezing aan van het zeer leeswaardige overzicht artikel van K. Wiersma & Y.L. Harchaoui, 'Het benoemingsbesluit en de bestuurder: 2 communicerende vaten', *TAP* 2014/5.

[10]

Hoge Raad 15 april 2005, *JAR* 2005/119 en 153.

[11]

Zie E.S. de Bock, 'Kroniek statutair bestuurder medio 2014 – medio 2016', *AR* 2016/53, alsmede mijn bedrage, 'De bijzondere positie van de Bestuurder van de NV of BV', in: *Arbeidsrechtelijk Themata*, Den Haag: Boom 2016.

[12]

Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150.

[13]

Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9834.

[14]

Zie E.S. de Bock, 'Schermerlicht in de duisternis: vennootschapsrechtelijk ontslag/ontslagname impliceert in beginsel beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de bestuurder', *ARA* 2006/1 en in gelijke zin S.J.H.M. Berendsen & K. Wiersma, 'Vier vragen over het ontslag van de bestuurder', *TVO* 2007/3.

[15]

Hoge Raad 5 november 1954, *NJ* 1956/321.

[16]

R.A.A. Duk, 'De directeur-werknemer: wat ervoor en met de arresten van 15 april 2005 beslist is, en wat er nog open is', *TvOB* 2006/3, p. 82-90. In dezelfde zin S.J.H.M. Berendsen & K. Wiersma, 'Vier vragen over het ontslag van de bestuurder', *TVO* 2007/3.

[17]

Rb. Overijssel 22 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1419.

[18]

Rb. Rotterdam 5 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2979.

[19]

Zie Rb. Breda (pres.) 15 februari 2000, *JAR* 2000/76, Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2000, *JAR* 2000/207, Rb. Haarlem (pres.) 3 oktober 2001, *JAR* 2001/231, Rb. Rotterdam (pres.) 1 september 2014, *ARUpdate* 2014/0796, Rb. Rotterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1698.

[20]

Rb. Rotterdam 5 april 2017, *JAR* 2017/164.

[21]

Zie in gelijke zin M.W.A.M. van Kempen, 'De billijke vergoeding bij ontslag van de statutaire bestuurder nader beschouwd', *TAO* 2016/1.

[22]

Hof Den Haag 7 februari 2017, ECLI:NL:GDHDA:2017:182.

[23]

Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1027.

[24]

Zie E.S. de Bock, 'De statutair bestuurder onder werk en zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/53.

[25]

Hoge Raad 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375.

[26]

J.H. Bennaars, 'De bestuurder en zijn ontslag, post Wwz – anything new?', *TAP* 2017/3 en N.W.A.M. van Kempen, 'De billijke vergoeding bij ontslag

van de statutair bestuurder nader beschouwd', *TAO* 2016/1.

[27]

[Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 46/99.

[28]

Hof Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2957.

[29]

C. Muradin, 'De h-grond voor managers en directeuren: For better or for worse?', *TVO* april 2017/2.

[30]

Ktr. Zutphen 22 september 2015, zaaknummer 4339711 HA 15-85; Rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963; Ktr. Nijmegen 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86; Ktr. Utrechts 21 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:357; Ktr. Rotterdam 24 februari 2016, ECLI:RBROT:2016:1322; Rb. Zeeland-West-Brabant 10 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3449; Ktr. Leeuwarden 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3277; Hof Den Haag 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2441; Ktr. Maastricht 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8914; Rb. Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7113 en Ktr. Haarlem 6 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2016:291.

[31]

Rb. Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7113.

[32]

Ktr. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600, Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316 en Rb. Limburg 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8114.

[33]

Zie Ktr. Amsterdam 22 juni 2016, zaaknummer EA – 16-375 en EA – 16-453, Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5666, Rb. Gelderland 1 november 2016 ECLI:NL:RBGEL:2016:6853.

[34]

Rb. Overijssel 21 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1908.

[35]

Zie Bennaars, 'De rechtspositie van de bestuurder', Deventer: Wolters Kluwer 2015.

[36]

Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 10 augustus 2006, ECLI:NL:RBHAA:2016:AY6060.

[37]

Zie voor dat laatste betreft in gelijke zin S.J. Sterk, 'De arbeidsovereenkomst van de bestuurder na een statutair ontslag: een lege huls met uitgeholde ontslagbescherming?', *MVO* 2017/8 en 9.

[38]

Rb. Gelderland 6 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5917.

[39]

Rb. Oost Brabant 4 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6931.

[40]

J.H. Bennaars, 'De bestuurder en zijn ontslag post Wwz – anything new?', *TAP* 2017/3 en M.W.A.M. van Kempen, 'De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd', *TAO* 2016, nr. 1.

[41]

S. van Waegeningh & A. de Jong, 'De billijke vergoeding voor de statutair bestuurder na New Hairstyle', *ArbeidsRecht* 2018/24.

[42]

Hoge Raad 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

[43]

Zie [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 80.

[44]

Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137.

[45]

Rb. Amsterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9104.

[46]

Rb. Gelderland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:353.

[\[47\]](#)

Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.

[\[48\]](#)

Rb. Overijssel 16 maart 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1411.

[\[49\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2283.

[\[50\]](#)

Hof Amsterdam 18 juli 2017, *ARUpdates* 2017/1270.