

# Kroniek statutair bestuurder medio 2020 - medio 2022

## ArbeidsRecht 2022/51

Er zijn opnieuw twee jaren verstreken sinds de chroniqueur zijn laatste kroniek<sup>2</sup> over de statutair bestuurder voor dit blad schreef. Tijd voor hem om te kijken of de afgelopen twee jaren meer van hetzelfde of echt nieuws hebben gebracht.

### 1. Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Per 1 juli 2021 is de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR)<sup>3</sup> in werking getreden. De WBTR poogt te komen tot een uniformering van regelingen voor bestuur en toezicht bij de stichting, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en vereniging enerzijds en de bv en nv anderzijds. De WBTR bepaalt onder meer dat bestuurders en commissarissen zich dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. De WBTR introduceert een kapstokartikel voor de raad van commissarissen bij de vereniging en de stichting. Ook kent de WBTR een nieuwe wettelijke grondslag voor een *one-tier board* bij de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting. De WBTR onderstreept dat bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen die een algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) hebben ingesteld, een adviserende stem hebben. Daarnaast is de tegenstrijdig-belangregeling (zoals die al voor de bv en nv gold) thans van toepassing op alle rechtspersonen. Voor de arbeidsrechtspraktijk brengt de WBTR belangrijke wijzigingen op het terrein van het ontslag van een stichtingsbestuurder. Artikel 2:298 lid 1 BW verruimt de ontslaggronden voor een stichtingsbestuurder. Thans kan een stichtingsbestuurder door de rechtbank worden ontslagen indien sprake is van a) verwaarlozing van de bestuurstaken, b) andere gewichtige redenen, c) een ingrijpende wijziging van omstandigheden op basis waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet geveerd kan worden en d) het niet of onvoldoende voldoen aan een bevel tot beschikbaarstelling van informatie aan het openbaar ministerie. Artikel 2:298a lid 1 BW bepaalt dat herstel van de arbeidsovereenkomst van de stichtingsbestuurder door de rechter, niet mogelijk is. Een dergelijke bepaling gold al voor de nv (artikel 2:134 lid 3 BW), de bv (artikel 2:244 lid 3 BW), de vereniging (artikel 2:37 lid 6 BW) en voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (artikel 2:37 lid 6

en 2:53a lid 1 BW). Hiermee zet de "rise" van de 15-april-arresten onverminderd door.<sup>4</sup>

### 2. 15 april

In mijn vorige kroniek was ik er al van uitgegaan dat de leer van de 15-april-arresten<sup>5</sup> ook zou gaan gelden voor de stichtingsbestuurder met de inwerkingtreding van de WBTR. Blijkens deze arresten was het oordeel van de Hoge Raad voor een aanzienlijk deel gebaseerd op artikel 2:134 en 2:244 BW (die net als thans artikel 2:298a lid 1 BW bepalen dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet kan herstellen). Voor de stichtingsbestuurder geldt daarom ook artikel 7:682 lid 3 BW op basis waarvan een billijke vergoeding kan worden toegekend indien geen sprake is van een redelijke grond nu de stichtingsbestuurder onder de reikwijdte van artikel 7:671 lid 1 sub e BW (de bestuurder ten aanzien van wie herstel van dienstbetrekking niet mogelijk is) is gebracht. Onder het pre-WBTR-regime werd aangenomen dat de 15-april-arresten niet naar analogie konden worden toegepast op de stichtingsbestuurder.<sup>6</sup> De Rechtbank Rotterdam kwam in november 2021 tot het oordeel dat met de introductie van de WBTR de stichtingsbestuurder onder de reikwijdte van de 15-april-arresten valt.<sup>7</sup> Uit de memorie van toelichting bij de WBTR<sup>8</sup> met betrekking tot artikel 2:298a BW leidt de rechtbank af dat artikel 7:671 lid 1 sub 1 sub e BW (de arbeidsovereenkomst van bestuurder kan zonder schriftelijke instemming worden beëindigd) ook heeft te gelden voor de stichtingsbestuurder op basis waarvan de rechtbank het onderdeel van de Hoge Raad in de 15-april-arresten analoog van toepassing acht. Ik teken hierbij aan dat, anders dan voor de nv, de bv en de vereniging, Boek 2 geen bepaling kent dat de stichtingsbestuurder te allen tijde mag worden ontslagen door het daartoe bevoegde orgaan. Op grond van artikel 2:286 lid 4 sub c BW geldt dat de statuten van een stichting de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders dienen in te houden. Het zal dus van de statuten afhangen of er beperkingen gelden ten aanzien van de ontslagbevoegdheid.

### 3. Bedenktijd

Op 1 mei 2021 is de wet in verband met het invoeren van een bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap, in

1 Mr. E.S. (Edward) de Bock is advocaat bij Houthoff in Amsterdam.

2 E.S. de Bock, 'Kroniek statutair bestuurder medio 2018 - medio 2020', *ArbeidsRecht* 2020/36.

3 Wet van 11 november 2020, *Stb.* 2020, 507. Zie over de WBTR uitgebreid M.A. van Haelst, 'Toezicht op en ontslag van de Stichtingsbestuurder na invoering van de WBTR', *TAP* 2021/5, E.C.H.J. Lokin, 'De rechtspositie van de bestuurder en commissaris vanaf 1 juli 2021', *Ondernemingsrecht* 2021/74 en S.R. Sewnath & K. Wiersma, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en gevolgen voor de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2021/42.

4 HR 15 april 2005, *NJ* 2005/483; HR 15 april 2005, *NJ* 2005/484.

5 HR 15 april 2005, *JOR* 2005/144 en *JOR* 2005/145, m.nt. Witteveen (*Bartelink/Ciris* en *Eggenhuizen/Unidek*).

6 Zie bijvoorbeeld Rb. Roermond 22 april 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BI3032 en Ktr. Amsterdam 7 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3835.

7 Rb. Rotterdam 26 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11703.

8 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 18.

werking getreden.<sup>9,10</sup> Artikel 2:129 lid 1 BW bepaalt thans voor een beursvennootschap dat het besturen van de vennootschap in elk geval omvat het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap. Ten tweede wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om een bedenktijd van maximaal 250 dagen in te roepen a) indien een of meer aandeelhouders een verzoek indienen voor een AvA tot benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris, en b) indien zonder overeenstemming met het bestuur een (vijandig) openbaar bod wordt gedaan. Een besluit tot het inroepen van bedenktijd moet met redenen zijn omkleed, worden goedgekeurd door de raad van commissarissen en als laatste waarborg geldt dat er een bijzondere rechtsgang bij de ondernemingskamer mogelijk is om de bedenktijd te beëindigen (zie artikel 2:114 BW).<sup>11</sup>

#### 4. Reikwijdte 15-april-arresten

Ook in deze kroniekperiode was er een aantal uitspraken waarin de reikwijdte van de 15-april-arresten aan de orde kwam. Algemeen wordt aangenomen dat de 15-april-arresten van toepassing zijn als het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst samenvallen bij een en dezelfde vennootschap. In de *MSPD*-zaak<sup>12</sup> was werknemer via een personal holding statutair bestuurder van twee besloten vennootschappen in de groep van MSPD, waarbij het bestuurderschap door werknemer was beëindigd. De loonkosten van werknemer werden door MSPD (die een personeelsvennootschap was) doorbelast aan het concern A behorende tot MSPD-groep waarvoor werknemer als bestuurder verantwoordelijk was. Terecht kwam de rechtbank tot het oordeel dat de 15-april-arresten niet een-op-een van toepassing zijn, nu het bestuurderschap en het werknemerschap niet samenvallen bij een en dezelfde rechtspersoon. De rechtbank meende echter dat er geen onderscheid viel te maken tussen de bestuurderstaken en de werknemers-taken zodat de positie van statutair bestuurder en die van werknemer toch “onsplitsbaar” was, op basis waarvan de 15-april-arresten analoog werden toegepast. De rechtbank meende dat de arbeidsovereenkomst tussen MSPD en de werknemer met zijn ontslagname als bestuurder bij twee andere vennootschappen, reeds was geëindigd. Dat standpunt komt mij onjuist voor. Datzelfde geldt voor het tweede oordeel van de rechtbank dat voor zover de arbeidsovereenkomst niet reeds zou zijn geëindigd, sprake is van een “inhoudsloze arbeidsovereenkomst”. In mijn ‘Kroniek statutair bestuurder medio 2018 - medio 2020’<sup>13</sup> liet ik me al kritisch uit over de lege-huls-theorie. Ik bevind mij in

goed gezelschap van Bennaars, Ruizeveld en Wiersma.<sup>14</sup> Als wordt aangenomen dat door het vennootschapsrechtelijke ontslag dan wel de vennootschapsrechtelijke ontslagname, de arbeidsovereenkomst – zelfs indien deze met een geheel andere vennootschap is gesloten – een lege huls wordt, dan komt van een inhoudelijke toets van redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 BW niets meer terecht. Gegeven het feit dat vooralsnog wordt aangenomen dat er voor een inhoudelijke toetsing van de ontslaggronden in de Boek 2-procedure geen ruimte is,<sup>15</sup> (hetgeen ik onjuist en achterhaald vind) wordt als deze lijn wordt gevolgd niet alleen de arbeidsovereenkomst een lege huls, maar vooral de ontslagbescherming.

De *Floriade*-zaak ging over de reikwijdte van de 15-april-arresten bij een managementovereenkomst. Eerder waren het Hof Amsterdam en het Hof Den Haag bijvoorbeeld al tot het oordeel gekomen dat voor beëindiging van de managementovereenkomst niet de 15-april-arresten doorslaggevend zijn, maar hetgeen overeengekomen is in de overeenkomst van opdracht en de daarom van toepassing zijnde wettelijke bepalingen.<sup>16</sup> De rechtspraak blijkt echter enigszins verdeeld, omdat de Rechtbanken Haarlem, Limburg en Midden-Nederland bij tijd en wijle tot een ander oordeel zijn gekomen.<sup>17</sup>

In de *Floriade*-zaak was A in privé benoemd tot statutair bestuurder en was de managementovereenkomst aangegaan met een door A gecontroleerde vennootschap. Omdat derhalve het bestuurderschap en de overeenkomst van opdracht niet samenvielen, konden de 15-april-arresten in geen geval rechtstreeks worden toegepast, zoals hiervoor al uiteengezet. Bovendien mocht A als directeur van zijn vennootschap nog aanblijven als manager en de opdracht van *Floriade* voltooien na het ontslag in vennootschapsrechtelijke zin. Dat lijkt op een van de twee bekende uitzonderingen onder de 15-april-arresten.

#### 5. Kwalificatie en de Volksbank

In de kroniekperiode zijn interessante uitspraken geweest over de vraag wanneer een bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft en wanneer niet. Allereerst was er de *Ghosn*-zaak.<sup>18</sup> De zaak tussen Nissan-Renault en haar vroegere topman leek bij tijd en wijle voor een buitenstaander op een spannende schelmenroman. Ghosn was CEO en chairman, werd gearresteerd, op borgtocht vrijgelaten en ontsnapte

9 Wet van 24 maart 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het inroepen van bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap, *Stb.* 2021, 185.

10 Het betreft hier kwalificatie van reeds bestaande jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970.

11 Zie over de wettelijke bedenktijd onder meer: M. van Olfen, ‘Wettelijke bedenktijd beursvennootschappen definitief’, *Ondernemingsrecht* 2021/37 en H. Koster, ‘De regeling van de wettelijke bedenktijd beursvennootschappen’, *Bb* 2021/58.

12 Rb. Rotterdam 27 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8905.

13 E.S. de Bock, ‘Kroniek statutair bestuurder medio 2018 - medio 2020’, *ArbeidsRecht* 2020/36.

14 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 12 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3960, *TRA* 2014/35, m.nt. M.D. Ruizeveld en *JAR* 2014/66, m.nt. Wiersma, alsmede J.P.H. Bennaars, ‘14 jaar na de 15 april-arresten’, *Ondernemingsrecht* 2019/62, p. 324. Zie ook uitgebreid S.J. Sterk, ‘De arbeidsovereenkomst van de bestuurder na een statutair ontslag, een lege huls met uitgeholde ontslagbescherming?’, *MvO* 2017/8.

15 Zie HR 26 oktober 2019, *NJ* 1985/375 (*Sjardin/Sjartec*) en bijvoorbeeld Rb. Gelderland 19 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2627 (*Avantes*).

16 Rb. Rotterdam 3 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1004.

17 Rb. Haarlem 16 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7745; Rb. Limburg 10 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:150; Rb. Midden-Nederland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2798.

18 Rb. Amsterdam 20 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2559.

in een instrumentenkist (Hugo de Groot zou er jaloers op zijn). De procedure bij de Rechtbank Amsterdam was maar iets minder spannend. Ghosn behoorde tot het bestuur van NMBV, en de board (bestaande uit drie bestuurders waaronder Ghosn) verstrekte een volmacht enerzijds aan Ghosn om rechtshandelingen te verrichten tot een hoog bedrag en anderzijds aan een derde om rechtshandelingen te verrichten ter uitvoering van een *shareholders agreement*. Deze derde was vervolgens een arbeidsovereenkomst aangegaan met werknemer Ghosn en de board had Ghosn een hoog salaris toegekend. De rechtbank onderstreepte dat aan de hand van de maatstaven van artikel 3:33 en 3:35 BW moet worden bepaald wat de inhoud en omvang van een volmacht is, en kwam tot de conclusie dat NMBV bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig was vertegenwoordigd en dat tussen NMBV en werknemer geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.

Opmerkelijk in deze zaak, en naar Nederlandse maatstaven ook volstrekt ongebruikelijk, is het idee dat de bestuurders van NMBV de hoogte van hun eigen remuneratie mochten vaststellen. De rechtbank maakte terecht korte metten met het beroep van Ghosn op de schijn van volmachtverlening van artikel 3:61 lid 2 BW. Hier geldt “trompeur trompue”, omdat het natuurlijk niet aangaat dat een werknemer een beroep toekomt op de schijn van volmachtverlening nu de overige bestuurders van het vehikel zich niet echt hadden uitgelaten over de reikwijdte van de volmacht en het er in feite op neerkwam dat Ghosn beroep deed op de schijn van de volmachtverlening aan zichzelf.<sup>19</sup> Terecht heeft Wiersma in zijn noot onder deze uitspraak erop gewezen dat de hele situatie op zeer gespannen voet staat met artikel 2:239 lid 6 BW. Weliswaar nam werknemer zelf niet deel aan de besluitvorming zodat niet direct kon worden tegengeworpen dat het persoonlijk belang strijdig was met het belang van de vennootschap, maar het was allemaal wel erg op het randje.

In de Volksbank-saga zijn maar liefs vier uitspraken geweest.<sup>20</sup> In deze zaken komen meerdere interessante vragen uitgebreid aan bod. Het gaat daarbij om a) de reikwijdte van artikel 2:132 lid 3 BW, b) de kwalificatie van de opdracht-overeenkomst als overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst en c) de reikwijdte van de Van Kalmthout-leer bij ziekte.

De CFO van de Volksbank was begin 2020 benoemd tot bestuurder van de Volksbank. In augustus 2020 werd medegedeeld dat de raad van commissarissen besloten had de CFO te ontslaan. In dat kader ontving de CFO een conceptvaststellingsovereenkomst waarin ook een ontslagbesluit was

opgenomen. De dag nadien meldde de bestuurder zich ziek waarna de bestuurder op 5 september 2020 werd ontslagen.

In de eerste zaak (kort geding) vorderde de CFO (doorbetaling van) loon. De appelzaak van 2021 is het hoger beroep van dit kort geding. In de bodemprocedure in de zomer van 2021, is verzocht de overeenkomst te duiden als arbeidsovereenkomst, voor recht te verklaren dat het ontslag nietig zou zijn en is subsidiair verzocht om de transitievergoeding, de contractuele beëindigingsvergoeding en om een billijke vergoeding. In de bodemprocedure vond in 2022 het hoger beroep plaats.

Allereerst de reikwijdte van artikel 2:132 lid 3 BW. Daarin is bepaald dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursvennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Afspraken in strijd met dit wettelijke verbod zijn nietig. Tussen partijen was een overeenkomst van opdracht gesloten. De CFO had het standpunt ingenomen dat eigenlijk sprake was van een arbeidsovereenkomst teneinde ontslagbescherming te genieten. In kort geding kwam de kantonrechter nog met een extensieve uitleg van artikel 2:132 lid 3 BW. De Volksbank was immers de vierde bank van Nederland met een balanstotaal van meer dan € 65 miljard, paste de *Corporate Governance Code* toe en de ratio achter artikel 2:132 lid 3 BW was dat de bestuurder van een beursvennootschap een gelijkwaardige machtspositie zou hebben ten opzichte van de vennootschap. De kantonrechter meende dat er geen reden was waarom de rechtsverhouding tussen de CFO en de nv aangemerkt zou moeten worden als arbeidsovereenkomst als bestuurders van kleinere ondernemingen geen arbeidsrechtelijke bescherming genieten.

Alhoewel dit natuurlijk een creatieve trouvaille was van de bestuurder, maakte het hof hiermee in de zomer van 2021 mijns inziens terecht korte metten. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR), leidde het hof terecht af dat de wetgever met de invoering van artikel 2:132 lid 3 BW (mede vanwege de weerstand tegen een breder toepassingsbereik) een welbewuste keuze heeft gemaakt om alleen voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen te bepalen dat de rechtsverhouding niet als een arbeidsovereenkomst kwalificeert, zoals ook uit de tekst van het artikel blijkt.<sup>21</sup> Verburg heeft er terecht op gewezen dat de methode van kwalificatie van de overeenkomst met de bestuurder, “meebeweegt” met het antwoord op de vraag of sprake is van een contract met een beursvennootschap.<sup>22</sup> In de bodemprocedure kwam de Rechtbank Midden-Nederland in de zomer van 2021 tot de conclusie dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en hoefde zich derhalve niet uit te spreken over de reikwijdte van artikel 2:132 BW.

19 Rb. Amsterdam 20 mei 2021, JAR 2021/145.

20 Rb. Midden-Nederland (Ktr. Utrecht) 16 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2021:550, JAR 2021/77; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5770, JAR 2021/168; Rb. Midden-Nederland (Utrecht) 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3667, JAR 2021/206; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4294, JAR 2022/154.

21 Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 10 en *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, nr. C, p. 12.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5770, JOR 2021/268, m.nt. L.G. Verburg.

De tweede centrale vraag hier is of de overeenkomst kwalificeert als overeenkomst van opdracht of als arbeidsovereenkomst.<sup>23</sup>

Het hof in de bodemprocedure volgde het spoorboekje van de Hoge Raad in het *X/Gemeente Amsterdam*-arrest<sup>24</sup> nauwgezet. Het hof maakte eerst duidelijk dat artikel 2:132 BW de rechtspositie van bestuurders van niet-genoteerde beursvennootschappen onverlet laat, zodat kwalificatie van de overeenkomst essentieel is. In de eerste fase is nauwkeurig onderzocht welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen, waarbij rekening wordt gehouden met de gedragingen over en weer en met de maatschappelijke positie van partijen. De werkweek van veertig uur, de acceptatie van de instructiebevoegdheid van bevoegde organen, het na moeten leven van instructies op het terrein van *compliance*, het bestaan van een beoordelingsgesprek met de raad van commissarissen, de aanspraak van een managementvergoeding in maandelijkse termijnen onder inhouding van loonbelasting en premies gegeven het fictief dienstverband, de aanspraak op vakantiegeld en een dertiende maand en de deelname aan een pensioenregeling, de loondoorbetalingsverplichting, dertig vakantiedagen op jaarbasis, de tussentijdse opzegmogelijkheid van twee respectievelijk vier maanden en de beëindigingsvergoeding ter hoogte van een jaarlijkse managementvergoeding, de verplichting om aanwijzingen van de raad van commissarissen op te volgen en zijn adviezen ter harte te nemen, de maandelijkse loonstroken, de werkgeversverklaring (die nota bene vermeldde dat sprake was van een arbeidsovereenkomst), zijn allemaal in ogenschouw genomen. Het hof constateerde dat de raad van commissarissen instructiebevoegdheid had en dat ook feitelijk aanwijzingen zijn gegeven, de CFO geen ondernemersrisico droeg, niet declareerde en er geen btw werd afgedragen. De toepasselijke WGA-hiaatverzekering en de vrijheid het werk zelf in te delen, leidden ertoe dat het geheel moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst.

Mijns inziens overwoog het hof terecht dat niet veel nodig is voor het aannemen van gezag (r.o. 3.43):

(...) ook al blijkt niet van bijzonder veel factoren voor het “gezag” van de Volksbank. Maar dat is ook niet nodig, een bestuur heeft nu eenmaal autonome functie-uitoefening.”

Specifiek voor vennootschapbestuurders wordt aan de factor gezag in de juridische literatuur dan ook niet zwaar getild en toch ook een arbeidsovereenkomst aangenomen.<sup>25</sup> Iets zwaarder woog voor het hof dat het (gelet op de overeengekomen rechten en verplichtingen) geen overtuigende

onderbouwing heeft kunnen vinden voor de kwalificatie als “opdracht”, met name door het ontbreken van commerciële risico's voor de CFO en het feit dat de functie behoort tot het vaste functiehuis van de Volksbank.

Interessant is nog dat het hof de vergelijking trekt met de *Deloitte partner*-zaak.<sup>26</sup> Wiersma heeft er in zijn noot<sup>27</sup> al op gewezen dat bij de Volksbank de managementvergoeding een-op-een aan de CFO werd betaald, terwijl er bij de *Deloitte*-zaak sprake was van een tussengeschoven vennootschap en dat het feit dat hier door de Volksbank loonbelasting en premies werd ingehouden, geen rol speelde nu die verplichting voortvloeide uit het feit dat sprake is van een fictief dienstverband, terwijl dit bij Deloitte niet het geval was. Met de overweging dat de functie behoorde tot het vaste functiehuis, lijkt het hof toch vooral te doelen op de organisatorische inbedding. De commissie-Borstlap had dit al als uitgangspunt genomen<sup>28</sup> voor een arbeidsovereenkomst. De relativering van het gezagselement zoals gehanteerd door het Hof Arnhem-Leeuwarden, spreekt mij aan. Ook vind ik de benadering dat er de facto geen contradicties zijn om een overeenkomst van opdracht aan te nemen, verhelderend. De CFO hoefde geen investeringen te doen, liep geen commerciële risico's et cetera. Dat met het oog op een beursgang gekozen was voor een overeenkomst van opdracht, maakt natuurlijk niet dat de overeenkomst daarmee ook zo kwalificeerde. Dat lijkt juist eerder te wijzen op de bedoeling van partijen, althans van een der partijen (de Volksbank), hetgeen, zoals bekend, bij kwalificatie geen rol mag spelen.

Dan nog het leerstuk van de arbeidsongeschiktheid. Al lang wordt aangenomen dat het opzegverbod van artikel 7:670 lid 1 sub b BW analoog moet worden toegepast op bestuurders.<sup>29</sup> In mijn vorige kroniek schreef ik al over de *Wave International*-zaak.<sup>30</sup> Daar ontbeerde de bestuurder beroep op het opzegverbod, omdat het ontslag “voorzienbaar” was. Die lijn is niet gevolgd in de *MEA*-zaak,<sup>31</sup> en – anders dan wellicht Wiersma<sup>32</sup> – meen ik nog steeds dat het moment van ontvangst van de uitnodiging voor het bijwonen van de algemene vergadering, waarbij het voorgenomen ontslag aan de orde is, het objectief betrouwbare moment geeft voor de omslag of al dan niet beroep kan worden gedaan op analoge toepassing van artikel 7:670 lid 1 sub b BW.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden kwam in het hoger beroep van het kort geding terecht tot het oordeel dat het ontslag

23 Zie M.W.A.M. van Kempen & P. de Ruiter, 'De gezagsverhouding van de statutair bestuurder nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2022/30.

24 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746; F. Laagland & S. Said, 'Rechtszekerheid en de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: twee stappen vooruit en een kleine stap terug', *ArA* 2021/2.

25 Zie Van Solinge & Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak, T. Saleminck), *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/171.

26 Hof Den Haag 29 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:449.

27 *JAR* 2022/154.

28 Commissie Regulering van Werk, *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* (eindrapport), 23 januari 2020, p. 41. Zie ook de conclusie van A-G De Bock in HR 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578, r.o. 8.10 (*Deliveroo*).

29 De zogenaamde Van Kalmthout-leer, Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2000, *JAR* 2000/207.

30 Rb. Rotterdam 5 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2979, *JAR* 2017/164, m.nt. S.J. Sterk.

31 Rb. Noord-Holland 17 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264; Rb. Rotterdam 5 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2979, *JAR* 2017/164, m.nt. S.J. Sterk.

32 Zie Rb. Midden-Nederland (Ktr. Utrecht) 16 februari 2021, *JAR* 2021/77.

van de CFO (nu sprake was van een arbeidsovereenkomst) in strijd was met het opzegverbod bij ziekte, nu de ziekmelding dateerde van voor de ontvangst van de uitnodiging. Dat de bestuurder wel al anderszins op de hoogte was van het ontslagvoornemen, maakt dit niet anders. De eerdere mondelinge en/of schriftelijke mededeling van een nakend ontslag wordt als onvoldoende aangemerkt. De lijn van Wiersma in zijn noot bij *JAR* 2021/77, lijkt iets milder te zijn. Wiersma sluit wel aan bij een objectief vast te stellen moment, maar kiest voor het moment dat de bestuurder kennisnam van het voorgenomen ontslag ten tijde van ontvangst van de conceptvaststellingsovereenkomst. Het hof is iets strenger en sluit aan bij het moment van ontvangst van de uitnodiging voor de AvA. Ik denk dat het hof het dit keer bij het juiste eind heeft. De mededeling dat er een verzoek moet worden ingediend bij het UWV, is niet voldoende om de antimisbruikbepaling van artikel 7:670 lid 1 sub b BW te triggeren. Waarom zou er voor een bestuurder een strengere maatstaf moeten gelden nu toch al sprake is van analoge toepassing van de antimisbruikbepaling, terwijl de wetgever meerdere malen de kans heeft gehad een soortgelijke voorziening als artikel 7:670 lid 1 sub b BW te introduceren en men zelfs zou kunnen stellen dat de wetgever dat bewust niet heeft gedaan.

Interessant in dit kader is de door Wiersma aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 17 mei 2022.<sup>33</sup> Met een hele kromme redenering meende deze rechtbank dat, indien sprake is van een opzegverbod bij ziekte waardoor het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit niet de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft en de verzochte ontbinding geen verband houdt met arbeidsongeschiktheid, het opzegverbod daarmee niet aan ontbinding in de weg staat, zodat het einde van de rechtspersoonlijke relatie toch het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt. Dat kan niet de bedoeling zijn.<sup>34</sup>

## 6. Benoemingsperikelen

De zaak *Investinfuture* heeft tot twee arresten bij de Hoge Raad geleid.<sup>35</sup> In de eerste zaak heeft de Hoge Raad bepaald dat voor ontslag op de e-grond niet is vereist dat dit het laatste redmiddel is en dat de werkgever met minder ingrijpende middelen had kunnen volstaan. In de tweede zaak speelde in volle omvang de vraag of de betrokken "bestuurder" wel rechtsgeldig was benoemd. De aandeelhouder van de Stichting *Investinfuture* had betrokkene in 2016 als statutair bestuurder van *Investinfuture Holding* ontslagen. De vraag was of de betrokkene op dat moment wel statutair bestuurder van *Investinfuture Holding* was en als zodanig kon worden ontslagen. Deze zaak werd door de Hoge Raad ex artikel 81 lid 1 RO afgedaan maar de conclusie van A-G Hartlief<sup>36</sup> is lezenswaardig. Hartlief brengt in herinnering

dat uit een oud arrest van de Hoge Raad, *Prisma Shoes*,<sup>37</sup> blijkt dat een benoemingsbesluit ook besloten kan liggen in een door alle aandeelhouders ondertekende arbeidsovereenkomst.

Noch de opstelling noch het gedrag van een persoon noch het feit dat iemand zich voordoet als statutair bestuurder door bevoegdheden te pretenderen die aan het bestuur toekomen, creëert een benoemingsbesluit. Deze gedachtegang is te vinden in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2020 inzake *Stergro*.<sup>38</sup> *Stergro* was enig aandeelhouder en bestuurder van *Groveco*. Alle activiteiten werden bedreven binnen *Groveco*. De vraag rijst of de werknemer bestuurder van *Stergro* was dan wel de CEO van de handelsmaatschappij *Groveco*. Ook in dit arrest wordt nog eens herhaald dat noch de wet (artikel 2:242 BW) noch de statuten in dit geval bijzondere vormvereisten stellen waaraan een benoemingsbesluit moet voldoen. Sinds het arrest *Van Ekelenburg/Squamish*<sup>39</sup> weten wij dat de aanwezigheid van een benoemingsbesluit essentieel is. De schijn van het zijn van bestuurder maakt een persoon nog geen bestuurder. Het hof achtte relevant dat er hier een intentieovereenkomst bestond waaruit bleek dat het de bedoeling van partijen was dat de directeur de positie van de vroegere statutair bestuurder zou overnemen. Die bedoeling bleek ook uit een opvolgende aandeelhoudersovereenkomst waarin afspraken uit de intentieovereenkomst waren uitgewerkt en uit de arbeidsovereenkomst met de directeur waarin werd gerefereerd aan een "benoeming" in een algemene vergadering. Ook waren notulen opgesteld ter uitvoering van een intentie- en aandeelhoudersovereenkomst waarin de benoeming van de directeur werd opgenomen. Niet van belang ontbloeit dat de betrokkene zichzelf had aangeduid als bestuurder. Eerder had de Rechtbank Gelderland juist aangenomen dat geen sprake was van een rechtsgeldige benoeming.<sup>40</sup> Daar hechtte de kantonrechter veel waarde aan het feit dat er geen stukken waren overgelegd waaruit van een aandeelhoudersvergadering was gebleken, noch een benoemingsbesluit, en dat de aandeelhoudersovereenkomst niet als zodanig kwalificeerde omdat onduidelijk was of alle aandeelhouders met deze wijze van besluitvorming hadden ingestemd, maar vooral omdat zelfs bij dergelijke instemming onduidelijk was of het ging om een statutaire benoeming of niet.

Ook *Avantes* kwam opnieuw langs in de rechtspraak met een zaak waarbij de rechtsgeldigheid van een benoemingsbesluit speelde.<sup>41</sup> In zijn uitvoerige noot bij deze uitspraak in de *JAR* zet Wiersma een en ander onder verwijzing naar lagere rechtspraak nog eens uiteen. Een benoemingsbesluit dient er te zijn, maar schriftelijkheid is, tenzij de statuten andere vereisten voor de geldigheid bevatten, geen vereiste

33 Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 17 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2463.  
 34 Zie hierover uitgebreid: J.H. Bennaars, 'Antimisbruikbepaling opzegverbod tijdens ziekte en de vennootschapsbestuurder', *ArbeidsRecht* 2021/47.  
 35 HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:781 en HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817.  
 36 Parket bij HR 14 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:31, is lezenswaardig.

37 HR 12 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4589.  
 38 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10269.  
 39 HR 15 december 2000, *JOR* 2001/1.  
 40 Rb. Gelderland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3999.  
 41 Rb. Gelderland (vzr.) 19 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2627, *JAR* 2020/231, m.nt. Wiersma.

(tenzij sprake is van een besluit buiten vergadering). In deze zaak meende de rechtbank dat er voldoende omstandigheden waren die aannemelijk maakten dat een benoemingsbesluit was genomen. Daarbij werd waarde gehecht aan notulen waarin nu juist stond dat de werknemer was benoemd tot *general manager*, een memo waarin dat ook stond, de notulen van een mt-vergadering waarin werd gesproken over “directieleden” en nog zo wat stukken. Terecht wijst Wiersma daarop dat het allemaal nogal mager is. Voorne mens tot benoemen zijn iets anders dan een benoemingsbesluit. De titel “general manager” lijkt eerder te wijzen op het niet-statutair bestuurderschap dan op een rechtsgeldig benoemde statutair bestuurder. Wat echter een belangrijke rol speelde is dat de AvA van de werkmaatschappij en van de holding, werden gecombineerd en dat daar het bedoelde besluit met algemene stemmen was genomen, zij het op holdingniveau. Van belang was hier ook dat de bestuurder nota bene de notulen van de AvA had opgesteld en ook het verzoek tot inschrijving bij de Kamer van Koophandel had ondertekend.

Bij de benoemingsperikelen mag ook de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 9 oktober 2020 over de Stichting Omroep Limburg niet onvermeld blijven.<sup>42</sup> Het ging hier om een benoeming van een statutair bestuurder zonder dat de ondernemingsraad daarover voldoende zou hebben kunnen adviseren. Interessant is dat de ondernemingsraad schorsing van het benoemingsbesluit in kort geding vorderde en dat de rechtbank overwoog dat vernietiging van het benoemingsbesluit in een bodemprocedure mogelijk zou zijn, omdat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon vernietigbaar is wegens strijd met de wettelijke en statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen. Kennelijk meent de Rechtbank Limburg dat een besluit genomen in weerwil van artikel 30 WOR, vatbaar is voor vernietiging ex artikel 2:14 en 2:15 BW. Eerder heeft de ondernemingskamer wel eens aangenomen dat een bestuurder juist geen beroep kon doen op vernietiging van een ontslagbesluit wegens schending van artikel 30 WOR. Dat maakt het mijns inziens niet erg aannemelijk dat een benoemingsbesluit in strijd met artikel 30 WOR wel vatbaar zou zijn voor dergelijke vernietiging.<sup>43</sup>

## 7. Vernietiging ontslagbesluit

In mijn vorige kroniek heb ik een pleidooi gehouden dat *Sjardin/Sjartec* achterhaald was en dat er ruimte zou kunnen zijn voor vernietiging van ontslagbesluiten bij een volstrekt onredelijke opstelling van de aandeelhouder, althans heb ik een voorzichtige poging gedaan om de inhoudelijke ontslaggronden onder de reikwijdte van artikel 14 en 15 van Boek 2 te brengen. Dat standpunt vond geen genade in de *Avantes*-zaak van 19 mei 2020.<sup>44</sup> Ik put nochtans voorzichtig hoop uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van

de Rechtbank Amsterdam over de “founding partners”.<sup>45</sup> De eerste kanttekening is dat het echter niet om statutair bestuurders ging, maar om “founding partners” in de wereld van private equity. De verhouding tussen deze partners werd geregeerd door een aandeelhoudersovereenkomst waarover geen finale overeenstemming was bereikt. Een eventueel ontslagbesluit kon worden genomen in een AvA waarin ten minste vijftig procent van het geplaatste kapitaal aanwezig was. In de visie van de voorzieningenrechter was weliswaar geen overeenstemming bereikt over de aandeelhoudersovereenkomst, maar stond artikel 2:8 lid 2 BW eraan in de weg dat de “founding partner” op ieder willekeurig moment kon worden ontslagen. Volgens de voorzieningenrechter was het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om een partner te ontslaan zonder dat er inspanningen waren verricht om afspraken te maken over de financiële gevolgen van het ontslag. Dat geldt temeer nu er geen inhoudelijk gesprek heeft plaatsgevonden over de verwijten aan het adres van de “founding partner”. Bennaars heeft terecht erop gewezen dat de voorzieningenrechter hier verder gaat dan op grond van *Sjardin/Sjartec* verwacht zou mogen worden. Sinds *Sjardin/Sjartec* is bekend dat het ontslagbesluit alleen in de Boek 2-procedure kan worden getoetst aan de regels voor totstandkoming. Hier lijkt de voorzieningenrechter op het spoor te zitten dat duidelijk moet zijn waar het aan schort en waar de mogelijkheid tot verbetering zou moeten liggen bij gebreke waarvan vernietiging aan de orde kan zijn. Bennaars werpt terecht de vraag op of het dan nog gaat om de wijze van totstandkoming van het besluit of dat het gaat om de inhoud van het besluit. Wat er ook van zij: het gaat hier niet om een arbeidsrelatie en bovendien wees Bennaars er ook nog terecht op dat het hier (indirect) naar binnen trekken van een “verbetertraject buiten het arbeidsrecht langs de route van artikel 8 van Boek 2 op een gespannen voet staat met ontslagbevoegdheid van artikel 2:244 BW”.

Aardig is ook de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over de Stichting tot Instandhouding van Schietbanen te Rotterdam.<sup>46</sup> De rechtbank maakte duidelijk dat het bij het horen van een bestuur voorafgaand aan een te nemen ontslagbesluit, niet erom gaat of het standpunt van de bestuurder over inhoudelijke of bestuurlijke kwesties duidelijk op tafel ligt maar of zijn standpunt over het voorgenomen ontslag zelf en de argumenten daarvoor bekend zijn. In dit geval had de bestuurder duidelijk een andere visie op de inrichting van de stichting dan de bestuursraad en op de samenwerking, maar het standpunt van de bestuurder over zijn eventuele ontslag en welke argumenten hij daartegenin zou kunnen brengen, was onvoldoende duidelijk. De rechtbank onderstreepte ook nog eens dat de hoorplicht niet een sprong door de spreekwoordelijke hoepel dient te zijn, maar serieus moet worden ingevuld. Dit betekent onder meer “dat het orgaan openstaat voor tegenargumenten en

42 Rb. Limburg 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7708.

43 Hof Amsterdam 20 mei 1999, JAR 1999/146.

44 Rb. Gelderland 19 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2627.

45 Rb. Amsterdam (vzr.) 23 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5911, JOR 2021/172, m.nt. J.H. Bennaars.

46 Rb. Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6844.

*onder omstandigheden ook voor het maken van afspraken die gericht zijn op verbetering van de situatie*". Deze uitspraak onderstreept maar weer eens dat verwerpen van de aandeelhouder in de zin dat de werknemer wel weet hoe het zit, in algemene zin eerder is gehoord en schriftelijk is bericht over wat de problemen zijn, nog niet maakt dat een adequate invulling aan de hoorplicht is gegeven.

Een aantal van de perikelen die zich kunnen voordoen rondom een AvA strekkende tot ontslag, komt aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank Gelderland inzake JZ Investments B.V. ("JZI").<sup>47</sup> JZI was de meerderheidsaandeelhouder van Chainpoint B.V. JZI had twee bestuurders, A en B, waarbij bestuurders A en B niet met elkaar door een deur konden en A ook bestuurder was van Chainpoint. Op de relevante AvA zou het gaan om ratificatie door aandeelhouders van de beëindiging van de dienstverlening van bestuurder A en over het ontslag van de aandeelhouder als statutair bestuurder van Chainpoint met de benoeming van bestuurder B tot nieuwe statutair bestuurder. Begrijpelijkerwijs stakten de stemmen in de bestuursvergadering van JZI. Op de AvA brachten A en B een tegengestelde stem uit. De voorzitter verklaarde vervolgens de stem van JZI ongeldig nu deze naar zijn oordeel niet eenduidig was en nam uitsluitend de stem van de andere aandeelhouder mee in de besluitvorming. A betwist de geldigheid van deze besluiten. Allereerst werd het inschakelen door JZI van een advocaat uitsluitend op een instructie van bestuurder A aangevochten. Nu ex artikel 2:130 BW volgt dat de bestuurder de vennootschap vertegenwoordigt en dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan iedere bestuurder toekomt, faalde dit standpunt. JZI stelde vervolgens dat Chainpoint op grond van artikel 2:15 lid 4 BW de rechtbank moet verzoeken om een onafhankelijke procesvertegenwoordiger aan te wijzen. Ook dit beroep faalde, omdat JZI (zolang er niet beslist is over de nietigheid dan wel vernietigbaarheid van het ontslagbesluit) geen bestuurder is. De visie van de voorzitter dat de stem van JZI ongeldig was bij het staken der stemmen, werd naar het oordeel van de rechtbank in strijd met de wet en de statuten geacht. Artikel 2:13 lid 1 BW bepaalt dat een stem nietig is in de gevallen waarin een eenzijdige rechtshandeling nietig is, maar daarvan was niet gebleken. JZI had als aandeelhouder natuurlijk maar één stem, maar bij het staken van de stemmen van de bestuurders was het niet aan de voorzitter om in deze situatie te onderzoeken welke stem als stem van de aandeelhouder diende te worden beschouwd "nu dit een juridische beoordeling meebrengt die niet van de voorzitter van de AvA kan worden gevegd". Gelet echter op de mogelijkheid dat een van de bestuurders namens JZI bevoegd een stem had uitgebracht, stond het de voorzitter evenmin vrij om beide stemmen ongeldig te verklaren en de stem van de meerderheidsaandeelhouder als niet uitgebracht te kwalificeren. In de visie van de rechtbank had de voorzitter bij deze onduidelijkheid de besluitvorming op de AvA moeten schorsen, zodat duidelijkheid over de stem van JZI had kunnen worden verkregen, zo nodig na een gang

naar de ondernemingskamer. Het feit dat artikel 2:13 lid 3 BW bepaalt dat het oordeel van de voorzitter beslissend is, neemt niet weg dat een besluit vernietigbaar kan zijn indien achteraf blijkt dat de wettelijke statutaire bepalingen die de totstandkoming van dat besluit regelen zijn geschonden. Dat komt mij juist voor. Op de achtergrond speelde natuurlijk ook een leerstuk van het tegenstrijdig belang. Los van alle details van deze casus is het goed te zien dat de Rechtbank Gelderland terecht meent dat een voorzittersoordeel niet eerdere gebreken in de besluitvorming kan helen.

Interessant is ook de uitspraak in kort geding van de Rechtbank Noord-Holland (Alkmaar) inzake Stichting Ronduit.<sup>48</sup> Ruzie tussen de raad van toezicht en een stichtingsbestuurder die overigens goed functioneert, leidt tot schorsing en ontslag van de bestuurder. De voorzieningenrechter wees de vordering tot intrekking van het schorsingsbesluit en de vordering tot schorsing van het ontslagbesluit toe, omdat voornamelijk niet vaststaat dat de visie van de bestuurder op het ontslagbesluit (kortgezegd inhoudend dat er geen grond was voor ontslag op staande voet) onjuist is. Terecht overwoog de voorzieningenrechter dat eigenlijk pas aan de orde kan komen wat de gevolgen van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit zijn voor de arbeidsrechtelijke opzegging, als het rechtspersoonlijke ontslagbesluit geldig is. De voorzieningenrechter overwoog vervolgens dat uit de aard van de rechtsbetrekking van de bestuurder tot de rechtspersoon volgt dat een besluit tot ontslag van de bestuurder niet snel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Er was in casu niet voldaan aan de termijn voor de bijeenroeping van de vergadering van de raad van toezicht, terwijl dit in de visie van de voorzieningenrechter toch vooral een bepaling was om de leden van de raad van toezicht in staat te stellen aanwezig te zijn bij de vergadering. Bovendien had de bestuurder uitgebreid verweer gevoerd voorafgaand aan het ontslag door de raad van toezicht. Desalniettemin achtte de voorzieningenrechter het bepaald niet uitgesloten dat toch met succes in een bodemprocedure tegen het ontslagbesluit zou kunnen worden opgekomen op de grond dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn genomen. Het staat er niet, maar het lijkt toch zo te zijn dat de voorzieningenrechter de inhoudelijke ontslaggronden meeweegt. Immers de voorzieningenrechter merkte op dat uit de stukken blijkt dat de bestuurder vakinhoudelijk goed is, dat van een probleem op het terrein van beleid of algemene gang van zaken niet is gebleken, dat als de bestuurder goed functioneert et cetera. In de visie van de voorzieningenrechter was het alleen al daarom zeer de vraag of de raad van toezicht zich gericht heeft naar het belang van de stichting zoals voorgeschreven door de statuten. Interessant is dat in de visie van de voorzieningenrechter een schorsing door de raad van toezicht op grond van artikel 2:298 lid 4 BW niet aan de orde is, omdat dit in beginsel is voorbehouden aan de ondernemingskamer. Dit zou volgen uit artikel 2:349 lid 2 en 3 BW en artikel 2:355 jo. artikel 2:356 sub b BW.

47 Rb. Gelderland 18 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2480.

48 Rb. Noord-Holland (vzr. Alkmaar) 31 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2694.

## 8. Vergoedingen

Bij de bestuurder trekt de billijke vergoeding meer de aandacht dan bij gewone werknemers. Dat is begrijpelijk, omdat op grond van artikel 7:682 lid 3 BW de bestuurder aanspraak kan maken op een billijke vergoeding niet alleen bij ernstige verwijtbaarheid maar juist en ook indien de opzegging in strijd met artikel 7:669 BW heeft plaatsgevonden. Nu op grond van *Sjardin/Sjartec* het aanvechten van een ontslagbesluit in vennootschapsrechtelijke zin in het kader van een Boek 2-procedure geen sinecure is omdat vooralsnog deze toetsing zich beperkt tot “onvolkomenheden” in het vennootschapsrechtelijke traject en herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk is, is het begrijpelijk dat justitiabelen juist hun hoop vestigen op artikel 7:682 lid 3 sub a BW. Sinds *Zinzia*<sup>49</sup> weten wij dat *New Hairstyle*<sup>50</sup> en de daaruit te destilleren gezichtspunten ook van toepassing zijn bij een aanspraak van de bestuurder ex artikel 7:682 lid 3 sub a BW. Sterk en Koenradies hebben in 2021 een mooi en voor de praktijk bruikbaar overzicht gegeven van de rechtspraak rondom de billijke vergoeding voor de statutair bestuurder sinds de Wet werk en zekerheid (Wwz).<sup>51</sup> Zij constateren dat er weinig bestuurderspecifieke elementen in de begroting van de billijke vergoeding worden betrokken. Dat is ook in de rest van de kroniekperiode niet echt anders. Natuurlijk wordt een enkele maal een bestuurderspecifiek aspect genoemd, maar zelden speelt het bestuurderschap een expliciete rol. Wat dat betreft lijkt de nivellering ook ten aanzien van de positie van de statutair bestuurder toe te slaan. Wel lijkt het zo te zijn dat “betrekkelijk vaak” een billijke vergoeding aan de bestuurder wordt toegekend. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat juist nu de bestuurder het ‘lastiger’ heeft (omdat herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk is en vordering ex artikel 2:14 en 2:15 BW, gegeven *Sjardin/Sjartec*, weinig kans van slagen heeft indien de werkgever zijn huiswerk heeft gedaan), rechters de billijke vergoeding bij bestuurders meer in lijn met de vroegere kantonrechttersformule lijken te hanteren dan in lijn met de vroegere rechtspraak over kennelijk onredelijk ontslag. Ik teken daarbij aan dat het aantal uitspraken onvoldoende is om echt een definitieve lijn te herkennen.

Om allerlei redenen interessant is de door Wiersma geannoteerde uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit maart 2022 over een bestuurder en overnameperikelen.<sup>52</sup> In dit geval sloten de moedermaatschappij en een derde een intentieovereenkomst strekkende tot verkoop van een deelneming, waarbij het vertrek van de bestuurder van de deelneming onderdeel uitmaakte van de gemaakte afspraken. Bij het ontslag van de bestuurder van de deelneming speelde een belangrijke rol dat deze bestuurder een voorkeur leek te

hebben voor een private-equitypartij boven een strategische partij en graag “een financiële klapper” wenste te maken. De rechter was hier van oordeel dat het uitgangspunt bij de beoordeling was:

“(…) dat een aandeelhouder erop moet kunnen rekenen dat de bestuurder zich voegt naar wat de moedervennootschap met haar (klein-)dochter(s) voor heeft en dat een bestuurder in hoge mate afhankelijk is van vertrouwen dat aandeelhouder in hem stelt. Dat maakt hem weliswaar kwetsbaarder dan een gewone werknemer (hoge bomen vangen nu eenmaal meer wind) maar daar staat veelal (zo ook hier) een riant financiële beloning tegenover.”

Alleen daarom zou er al een redelijke grond zijn. In mijn vorige kroniek besprak ik reeds de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam uit 2019 waaruit juist volgt dat geen sprake is van een afwijkende toets voor de aanwezigheid van een redelijke grond ten aanzien van een bestuurder.<sup>53</sup> Hoewel de rechtbank van mening was dat er sprake was van een redelijke grond en zonder dat de rechtbank ernstige verwijtbaarheid aannam, kwam de rechtbank toch tot een billijke vergoeding. De billijke vergoeding werd gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en artikel 7:611 BW en vloeit voort uit de kennelijk gerechtvaardigde verwachting van de bestuurder dat een beëindigingsvoorstel zou worden gedaan dat ertoe kon leiden dat de arbeidsovereenkomst bij verkoop aan de private-equitymaatschappij met wederzijds goedvinden zou eindigen. Door desalniettemin de bestuurder nagenoeg rauwelings te ontslaan, was er in strijd met het gebinsel van goed werkgeverschap gehandeld.

Uit een lezenswaardig arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2021 blijkt dat het herplaatsingsvereiste ook bij statutair bestuurders serieus moet worden genomen.<sup>54</sup> Al voor het vervallen van de functie van de bestuurder werd aangekondigd, had er onderzoek moeten worden gedaan naar de mogelijkheid van herplaatsing. De loutere mededeling dat herplaatsing niet aan de orde was, kon niet door de beugel, ook niet als partijen ervan uitgingen dat met een regeling tot een goed einde van de arbeidsovereenkomst zou worden gekomen. Het feit dat zonder aankondiging ontslag werd aangezegd na 27 jaar dienstverband, het feit dat er geen persoonlijk contact daarover plaatsvond en het niet direct verstrekken van aan het ontslag onderliggende en/of aangekondigde stukken, werd door het hof als “niet netjes” afgedaan, maar werd niet als ernstig verwijtbaar aangemerkt (*sic!*). Het hof nam daarbij in aanmerking dat de wijze van ontslagaanzegging en het niet (tijdig) verstrekken van gegevens rond het ontslag, geen handelingen waren die hebben geleid tot het ontslag. Het gebrek aan inspanning om te komen tot herplaatsing werd wel als verwijtbaar gezien, maar niet als zodanig verwijtbaar dat sprake was van ernstige

49 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878.

50 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

51 S.J. Sterk & D.J. Koenradies, ‘De billijke vergoeding van de statutair bestuurder sinds de Wwz: wind in de rug voor de bestuurder?’, *ArbeidsRecht* 2021/16.

52 Rb.Midden-Nederland(Utrecht) 16 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1174, *JAR* 2022/117.

53 Rb. Amsterdam 14 mei 2019, *JAR* 2019/104, m.nt. Wiersma.

54 Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2155.

verwijtbaarheid. Wel werd het ontslag in strijd met artikel 7:669 BW geacht.

Zoals ook vroeger vennootschapsrechtelijke gebreken konden doorwerken in het arbeidsrechtelijke ontslag dan wel in de kennelijk onredelijkheid daarvan, zo geldt dat ook vennootschapsrechtelijke inbreuken en met name het niet honoreren van de raadgevende stem en hoorplicht de kans vergroten op een billijke vergoeding.<sup>55</sup> Hoving en Stenden hebben in navolging van Mouradin<sup>56</sup> gekeken naar de rechtspraak over de periode april 2017 tot en met november 2020. In betrekkelijk weinig gevallen werd een voldragen h-grond aanwezig geacht (zes van de twintig). In hun artikel wordt aangenomen dat de onvoldragen h-grond makkelijk bij een bestuurder kan cumuleren met een van de andere gronden van artikel 7:669 BW. Daarmee zou al snel een i-grond voorhanden zijn. Die gedachte kan ik theoretisch goed volgen en komt mij op zichzelf als juist voor, maar in de rechtspraak ben ik dit nog niet tegengekomen.

Interessant is ook het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. In de Centric-saga<sup>57</sup> hadden de werknemer/(ex-) bestuurder en de eigenaar van de holding naast een zakelijke samenwerking ook enige tijd een affectieve relatie. Na zeventien jaar “eindigt de relatie” en beschuldigen partijen elkaar over en weer. Volgens het hof heeft de bestuurder zonder toestemming zichzelf winstdeling en salaris uitgekeerd en een exitregeling goedgekeurd voor een vertrouweling. Het hof stelde vast dat de bestuurder geen aanspraak kan maken op een transitievergoeding, omdat het handelen van de bestuurder gericht was op het veiligstellen van eigen financiële belangen en er sprake was van een ernstige schending van het vertrouwen. De bestuurder kan echter wel aanspraak maken op een billijke vergoeding, omdat sprake zou zijn geweest van een opzegging in strijd met de wet, het lekken van salarisgegevens aan de pers, het zonder afdoende grond onderzoeken van de zakelijke mailbox et cetera. Van Zanten-Baris heeft er terecht op gewezen dat het hof wat wonderlijk opereert door maar op een paar van de talloze verwijten in te gaan. Ik ben het eens met Van Zanten-Baris waar zij stelt dat in het licht van de felle strijd die tussen partijen hier is gevoerd een dergelijke houding begrijpelijk is maar dat dit niet tot een algemene regel mag worden verheven.<sup>58</sup>

Ik noem nog kort het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 13 augustus 2020 over een 'Nayak-geval'.<sup>59</sup> In deze *Nayak*-uitspraak<sup>60</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat een redelijke wetsuitleg met zich brengt dat bij onregelmatige

opzegging van de arbeidsovereenkomst het recht op en de hoogte van de wettelijke transitievergoeding moet worden bepaald aan de hand van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd bij regelmatige opzegging. In het geval bij het Hof 's-Hertogenbosch ging het om een onregelmatige opzegging van een bestuurder op een dusdanige wijze dat het dienstverband net geen tien jaar had geduurd, waardoor de vroegere overgangsregeling voor vijftigplussers niet kon worden toegepast. Hier had de werkgever de 15-april-arresten extreem doorgetrokken en zich op het standpunt gesteld dat de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang eindigt per de datum waarop het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit inging. Het hof maakte hier terecht korte metten mee. Werkgever werd schadeplichtig, zodat hij verplicht was de gefixeerde schadevergoeding van artikel 7:672 lid 10 oud BW en 7:626 lid 11 BW te voldoen. Die overgangsregeling is natuurlijk vervallen in 2020. Toch kan de *Nayak*-leer wel relevant zijn indien een werkgever besluit tot onregelmatige opzegging, bijvoorbeeld als het gaat om de vraag of en welke bonussen verschuldigd zijn en/of welke long-term-incentiveplannen al dan niet zijn gevestigd et cetera.

Interessant is de uitspraak van de Kantonrechter Almere uit 2021 waarbij een billijke vergoeding wordt toegekend aan een bestuurder die direct op non-actief is gesteld, waarbij de aandeelhouder respectievelijk werkgever alvast een *out of office* had ingesteld en boventallig werd verklaard en enerzijds de bonus wel, maar anderzijds de *restricted stock units* (RSU's) en opties niet werden meegenomen bij de billijke vergoeding.<sup>61</sup> Hier was sprake van aanspraken op opties en RSU's op voorwaarde dat op een bepaalde vestingdatum het dienstverband nog zou bestaan. Daar was niet aan voldaan.<sup>62</sup> Interessant is dat de kantonrechter hier wel het bonusvervalbeding terzijde schoof, maar niet het RSU/optie-vervalbeding. De reden daarvoor is dat het verlies aan aanspraken op RSU en opties “*inherent is aan het einde van de arbeidsovereenkomst en dit alleen anders zou zijn als er geen redelijk ontslaggrond zou zijn*”.

## 9. Behalve WBTR meer van hetzelfde, maar toch

Bij het opmaken van de balans naar aanleiding van het voorgaande, blijkt dat het vooral meer van hetzelfde is. Eigenlijk is alleen de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen echt nieuw. Dat neemt niet weg dat de hier behandelde uitspraken over de positie van de bestuurder en de hiervoor geschetste ontwikkelingen bijdragen aan een verdere verscherping van het inzicht in de positie van de bestuurder. Als dit artikel daar ook enigszins aan bijdraagt, ben ik niet ontevreden.

55 Zie het illustratieve artikel van H.A. Hoving & B.M.C. Stenden, 'Ontslag van de statutair bestuurder: meer kans op billijke vergoeding bij inbreuk op raadgevende stem en hoorplicht, minder kans op billijke vergoeding door cumulatiegroond', *TRA* 2021/23.

56 C. Mouradin, 'De h-grond voor managers en directeuren: for better or for worse', *TvO* april 2017, nr. 2.

57 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1884.

58 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2021, *JAR* 2021/83.

59 Hof 's-Hertogenbosch 13 augustus 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2576.

60 HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1286.

61 Zie Rb. Midden-Nederland (Ktr. Almere) 17 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4614.

62 Zie hierover C.L.C. Reynaers, 'Optieschade na de WWZ: cash me if you can', *TAP* 2021/2.