



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder

Bennaars, J.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Bennaars, J. H. (2015). *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

HOOFDSTUK 6

Ontslag

6.1 Inleiding

Over het ontslag van de bestuurder is – anders dan over de benoeming of bezoldiging – veel geschreven. Ook de Hoge Raad heeft zich over het ontslag van de bestuurder en de daarmee gepaard gaande rechtsvragen met regelmaat uitgelaten. Enerzijds is dat niet opmerkelijk omdat in ontslagsituaties vaak sprake is van een geschil en de (financiële) belangen doorgaans groot zijn zodat procederen voor de hand ligt. Anderzijds is dat wel opmerkelijk omdat – anders dan bij benoeming en beloning – in ieder geval één van de beëindigingswijzen, de opzegging, evenals het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit, een eenzijdige rechtshandeling is. Ook het verzoeken om rechterlijke ontbinding van de (arbeids)overeenkomst vereist – uiteraard – geen wilsovereenstemming van partijen. Bij de opzegging kan dus een samenvaal van rechtsmomenten plaatsvinden en volgens de Hoge Raad gebeurt dat ook. De Hoge Raad heeft in de *15 april*-arresten duidelijk gemaakt dat het eenzijdige ontslagbesluit ook de (eenzijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst met zich brengt. Het vennootschapsrechtelijke ontslag en het arbeidsrechtelijke ontslag hebben dus juridisch meer met elkaar gemeen dan de benoeming en het aangaan van de contractuele verhouding of de bezoldiging versus het loon. Dit ligt anders indien partijen met wederzijds goedvinden uit elkaar gaan. Dan wordt – veelal – een vaststellingsovereenkomst gesloten ter beëindiging van het geschil dat tussen partijen is ontstaan over de beëindiging van de rechtsbetrekking. Het vennootschapsrechtelijke ontslag (via een ontslagbesluit, maar vaker doordat de bestuurder simpelweg zijn functie neerlegt) is dan onderdeel van de afspraken en is niet meer dan de uitvoering van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Dat ook in dat geval de regels van het (arbeids)overeenkomstenrecht en het vennootschapsrecht kunnen botsen blijkt bijvoorbeeld uit de praktijk dat bij beëindiging met de bestuurder wordt overeengekomen dat hem *décharge* zal worden verleend. De vennootschap wordt bij de onderhandelingen over de beëindiging vaak vertegenwoordigd door de raad van commissarissen, terwijl het verlenen van *décharge* is voorbehouden aan de algemene vergadering.

Bij het ontslag van de bestuurder komen de twee wezenlijk verschillende benaderingen van het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht het scherpst tot uitdrukking: vrijheid van de vennootschap die bestuurder te kiezen die haar goeddunkt tegenover bescherming van de werknemer tegen onvrijwillig ontslag. In de interne rechtsorde

van de vennootschap is het uiteindelijk de algemene vergadering (of in voorkomend geval de raad van commissarissen) die bepaalt wie bestuurder is en wanneer dat bestuurderschap dient te eindigen. Op grond van Boek 2 BW kan de bestuurder dan ook te allen tijde worden ontslagen (artikel 2:134 en 2:244 BW). Met uitzondering van de algemene redelijkheid en billijkheidseis van artikel 2:8 BW bevat Boek 2 BW uitsluitend procedurele regels over het ontslagbesluit. Het ontslagbesluit moet door het daartoe bevoegde orgaan worden genomen en het ontslagbesluit moet aan een aantal formele vereisten voor besluitvorming voldoen. Dit staat in contrast met de uitgebreide regels omtrent beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hoewel het oorspronkelijke uitgangspunt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook was dat partijen te allen tijde van elkaar verlost moeten kunnen worden (vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.2), is de werknemer in de loop der tijd steeds meer beschermd geraakt tegen het (onvrijwillige) einde van de arbeidsovereenkomst. De werkgever die de arbeidsovereenkomst wenst te beëindigen, heeft zich te houden aan opzegtermijnen en opzegverboden. Bovendien wordt de reden voor en de redelijkheid van de beëindiging inhoudelijk vooraf en achteraf getoetst door een rechter of overheidsinstelling. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid¹ wijzigt het ontslagrecht ingrijpend. Het ook nu al bestaande uitgangspunt dat een werknemer niet zonder redelijke grond kan worden ontslagen, wordt in de wet verankerd. De werkgever kan niet meer vrijelijk kiezen tussen opzegging en ontbinding. De wet schrijft dwingend voor bij welke ontslaggronden ontbinding door de kantonrechter de aangewezen route is en bij welke gronden de opzegging. De beschermingsgedachte is niet gewijzigd.

De in de voorgaande hoofdstukken beschreven divergenties tussen het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht zijn vrijwel allemaal van juridisch-technische aard. De vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke/vermogensrechtelijke regels sluiten onvoldoende op elkaar aan, in de meeste gevallen omdat de wetgever onvoldoende aandacht heeft besteed aan de impact van (wijzigingen in) regelgeving in het ene rechtsgebied op het andere rechtsgebied. In de praktijk geeft het aangaan van de overeenkomst of de benoeming zelden een probleem.² De steeds verdergaande regelgeving over bestuurdersbeloning maakt dat daar iets meer aandacht komt voor de verhouding tussen de contractuele band en de vennootschapsrechtelijke besluitvorming, bijvoorbeeld in verband met de vraag welk orgaan bevoegd is om te besluiten over de beloning die de bestuurder ontvangt voor zijn werkzaamheden.³

Bij het ontslag van de bestuurder spelen deze 'afstemmingsproblemen' ook, maar daarnaast speelt de botsing van de hiervoor beschreven uitgangspunten: ontslag te allen tijde vs ontslagbescherming. Een aantal knelpunten lijkt te zijn opgelost door

1 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 en besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (*Stb.* 2014, 274). Het grootste deel van de wijzigingen treedt in werking per 1 juli 2015. Enkele bepalingen zijn in werking getreden per 1 januari 2015.

2 Zie voor een geval waarin dat wel zo was de *AHOLD*-zaak, beschreven in hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.2.1 en hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.3.

3 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.

de bestuurder uit te zonderen van enkele beschermende arbeidsrechtelijke regelingen: opzeggen mag zonder toestemming van het UWV en herstel van het dienstverband als sanctie op een kennelijk onredelijk ontslag is uitgesloten. Daarbij heeft de Hoge Raad in de 15 april-arresten (en in enkele voorgaande arresten) de verhouding vennootschapsrecht/arbeidsrecht geduid. Ten slotte wordt de contractuele band tussen de bestuurder en een beursgenoteerde vennootschappen sinds 1 januari 2013 niet meer geduid als arbeidsovereenkomst.⁴ Toch blijven nog vele rechtsvragen openstaan⁵ en lijkt nog geen bevredigend antwoord gevonden te zijn op de vraag welke mate van ontslagbescherming de (niet beursgenoteerde) bestuurder verdient.

In deze paragraaf wordt per deelonderwerp van het ontslag beschreven waar beide stelsels botsen, of de samenloopregels een oplossing bieden. Waar relevant wordt uiteraard het ontslagrecht zoals dat luidt na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid behandeld. Verwijzingen naar artikelen uit Boek 7 BW zien op het recht zoals dat luidt voor inwerkingtreding van de Wwz. Wordt verwezen naar het recht zoals dat luidt na inwerkingtreding van de Wwz, dan staat achter het artikel '(nieuw)'.

6.1.1 Bevoegd orgaan bij ontslag

Ontslag uit vennootschapsrechtelijke positie

De eerste vraag die zich voordoet is welk orgaan van de vennootschap bevoegd is tot ontslag. De vennootschapsrechtelijke hoofdregel is helder: het orgaan dat bevoegd is tot benoeming (artikel 2:134 lid 1 en 244 lid 1 BW). Bij een gewone vennootschap is dat de algemene vergadering, bij een structuurvennootschap de raad van commissarissen tenzij het structuurregime vrijwillig wordt toegepast en de vennootschap er voor heeft gekozen in de statuten op te nemen dat de algemene vergadering bevoegd blijft. Is sprake van een BV, dan kan de benoemingsbevoegdheid (en daarmee de ontslagbevoegdheid) ook statutair zijn toegekend aan een groep houders van aandelen van een bepaalde soort (artikel 2:242 lid 1 BW).⁶

Deze regeling is voor de naamloze vennootschap van dwingend recht. Is sprake van een besloten vennootschap *zonder* structuurregime, dan kan bij statuten tevens een ander orgaan dan het tot benoeming bevoegde orgaan worden aangewezen als tot ontslag bevoegd orgaan, zo blijkt uit artikel 2:244 lid 1 BW.⁷

4 Artikel 2:132 lid 3, wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275.

5 Vgl. Duk 2006.

6 Vgl. De Bock 2013, Boschma & Kuijers-Tollenaar 2013 en Stokkermans 2013 over de versoepelde formele vereisten aan besluitvorming in het BV-recht.

7 Deze mogelijkheid is ingevoerd per 1 oktober 2012 met de inwerkingtreding van de Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299, inwerkingtreding: Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 301.

In het hiernavolgende zal omwille van de leesbaarheid zoveel mogelijk over de algemene vergadering worden gesproken. Voor een structuurvennootschap moet dat worden gelezen als raad van commissarissen, voor de besloten vennootschap als het tot ontslag bevoegde orgaan. Een ontslagbesluit genomen door een niet-bevoegd orgaan is nietig.⁸

Beëindiging contractuele relatie

In hoofdstuk 4, paragraaf 4.2 is geconstateerd dat de bevoegdheid te benoemen en de (vertegenwoordigings)bevoegdheid om een (arbeids)overeenkomst aan te gaan niet altijd bij hetzelfde orgaan berusten. Kan hetzelfde worden geconstateerd voor de beëindiging van de contractuele relatie? Het antwoord luidt ontkennend. Artikel 2:134 (244) lid 1 BW in samenhang met de *15 april*-arresten⁹ leidt tot de conclusie dat de algemene vergadering ook het bevoegde orgaan is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Tot de *15 april*-arresten bestaan in de literatuur twee stromingen ten aanzien van dit vraagpunt. De eerste stroming¹⁰ is van oordeel dat de artikelen 2:134 en 244 BW alleen zien op de rechtspositionele (functionele) kant van de rechtsbetrekking en geen vertegenwoordigingsbepalingen zijn die derogeren aan de algemene regel dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt. De tweede stroming is van oordeel dat de artikelen 2:134 en 244 BW ook zien op de bevoegdheid met betrekking tot de contractuele kant. Sommigen menen dit omdat op grond van de tegenstrijdigbelangregeling¹¹ het bestuur niet bevoegd kan zijn de vennootschap te vertegenwoordigen bij het contracteren met een medebestuurder, anderen stellen dat de artikelen 2:134 en 244 BW vertegenwoordigingsbepalingen zijn.¹²

Eggenhuizen/Unidek

De strijd is beslist in *Eggenhuizen/Unidek*.¹³ Bestuurder Eggenhuizen heeft onder meer aan de orde gesteld dat het ontslagbesluit van de algemene vergadering niet de arbeidsrechtelijke opzegging kon zijn omdat alleen het bestuur daartoe bevoegd zou zijn. De Hoge Raad overweegt daaromtrent als volgt:

“Het onderdeel miskent dat de algemene vergadering van aandeelhouders als het orgaan dat te dezen bevoegd is de statutair directeur te benoemen in gevolge art. 2:244 lid 1 BW ook de bevoegdheid heeft hem te ontslaan en dat, naar uit het onder 3.4.3 overwogene voortvloeit, die bevoegdheid tevens ziet op beëindiging van de dienstbetrekking’ (r.o. 3.5.1).”

8 Dit is immers een besluit in strijd met de wet, zodat op grond van artikel 2:14 lid 1 BW sprake is van nietigheid. Zie HR 17 september 1982, *NJ* 1983, 195 m.nt. Ma (*Sterk Baksteenmuur/Richters*). Vgl. ook HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139 m.nt. Ma (*Kuijpers/Kuijpers*). Dit laatste arrest ziet op een bezoldigingsbesluit, maar het oordeel gaat evenzeer op voor een ontslag- of benoemingsbesluit.

9 HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 484 m.nt. GHvV, *JAR* 2005/117, *JOR* 2005, 145 m.nt. P.A.M. Witteveen.

10 Huizink 1989, p. 55 en 69; en oudere drukken van *Losbladige Arbeidsovereenkomst*, Huizink, artikel 2:134, aant. 7. Huizink zelf geeft overigens aan dat deze nuance (ontslagbesluit ziet slechts op functionele band) in de juridische praktijk niet wordt aangebracht.

11 Verburg 2002 b, p. 192 r.k.

12 O.m. Timmerman 1985, De Bock 2002, p. 507 l.k. en r.k.

13 HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 484 m.nt. GHvV, *JAR* 2005/117 *JOR* 2005/145 m.nt. P.A.M. Witteveen. Het arrest wordt uitgebreid besproken in paragraaf 6.2.1.

De Hoge Raad maakt niet expliciet duidelijk of deze bevoegdheid bestaat omdat de artikelen 2:134 en 244 BW moeten worden gezien als een vertegenwoordigingsbepaling of omdat anders sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang. Nu de Hoge Raad uitsluitend verwijst naar de betreffende artikelen en niet naar de bepalingen over tegenstrijdig belang, houd ik het ervoor dat sprake is van een vertegenwoordigingsbepaling. Voor deze opvatting vind ik ook steun in de conclusie van A-G Timmerman (randnr. 2.10).¹⁴

Uit het arrest valt niet met zekerheid af te leiden of de algemene vergadering *exclusief* bevoegd is. In oudere rechtspraak van de Hoge Raad¹⁵ en in lagere rechtspraak¹⁶ wordt ook nog wel aanvaard dat andere organen ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen verzoeken en zo de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te kunnen bewerkstelligen. Ik meen dat die rechtspraak achterhaald is. Ik kom hierop uitgebreider terug in paragraaf 6.2.6.

Uit het arrest valt evenmin met zekerheid af te leiden of de algemene vergadering ook bevoegd is om een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Bijvoorbeeld een opdrachtovereenkomst indien partijen een managementovereenkomst (zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2.2) hebben gesloten. Ik meen dat dit het geval is. Ook indien partijen in een andere contractuele betrekking tot elkaar staan geldt immers dat sprake is van een vertegenwoordigingsbepaling. Zie over de vraag of de andere rechtsregel uit de *15 april*-arresten – het ontslagbesluit ziet zowel op het einde van de vennootschapsrechtelijke relatie als op het einde van de arbeidsovereenkomst – ook geldt als sprake is van een opdrachtovereenkomst paragraaf 6.2.5 en het arrest van het Hof Amsterdam van 12 november 2013.¹⁷

“De dienstbetrekking beëindigen”

Bedacht moet worden dat de arbeidsovereenkomst op een aantal verschillende wijze kan eindigen: door opzegging, door rechterlijke ontbinding, met wederzijds goedvinden of van rechtswege. Het vennootschapsrecht kent niet hetzelfde onderscheid. Het bestuurderschap kan eindigen via een ontslagbesluit door het bevoegde orgaan,¹⁸ van rechtswege als sprake is van een benoeming voor bepaalde tijd of door een uitspraak van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam in het kader van een enquêteprocedure.¹⁹ Artikel 2:134 (244) BW spreekt van “*ontslag*”, de Hoge Raad in *Eggenhuizen/Unidek*²⁰ van “*de dienstbetrekking beëindigen*”. Beide termen komen niet overeen met de arbeidsrechtelijke termen opzegging en ontbinding.

14 Vgl. Berendsen & Wiersma 2007 die eveneens concluderen dat sprake is van een vertegenwoordigingsbepaling alsook De Bock 2006, p. 69.

15 HR 5 november 1954, NJ 1956, 321 (*Tactor/Ritz Lounge*).

16 Rb. Utrecht, 16 april 1997, JAR 1997/131 en JOR 1997/90 m.nt. Loesberg (*Van Wijnen*); Rb. Den Bosch 7 april 1999, JAR 1999/190 (*Duvedec BV/Hubben*).

17 Hof Amsterdam 12 november 2013, JAR 2014/66 (*H.W. Holding/RDH Beheer*).

18 Dat ontslagbesluit heeft direct externe werking: HR 20 maart 1941, NJ 1941, 524, m.nt. EMM (*Paanakker's Schoenhandel*).

19 Zie hierover en over de gevolgen daarvan voor de arbeidsovereenkomst verder paragraaf 6.2.5.

20 HR 15 april 2005, NJ 2005, 484 m.nt. GHvV, JAR 2005/117 en JOR 2005/145 m.nt. P.A.M. Witteveen.

Ik meen dat op grond van *Eggenhuizen/Unidek* geconcludeerd moet worden dat de algemene vergadering (vertegenwoordigings)bevoegd is de arbeidsrechtelijke relatie eenzijdig te beëindigen, ongeacht de wijze waarop.²¹ Het zou onlogisch zijn deze vertegenwoordigingsbevoegdheid alleen aan te nemen voor één wijze van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, te weten de opzegging en niet voor de ontbinding.

In twee gevallen kan toch nog de vraag opkomen of niet – ook – een ander orgaan opdracht kan geven tot het indienen van het verzoekschrift tot ontbinding:

- i) de algemene vergadering heeft al een ontslagbesluit genomen, maar dat besluit heeft niet tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst eindigt, omdat sprake is van één van de twee uitzonderingen van de *15 april*-arresten, of
- ii) er is in het geheel nog geen ontslagbesluit genomen. Dat kan zijn omdat het tot ontslag bevoegde orgaan helemaal niet van zins is de bestuurder te ontslaan of omdat er vanwege de stemverhoudingen in de algemene vergadering een patstelling is ontstaan. Deze laatste situatie komt regelmatig voor indien de bestuurder (of meerdere bestuurders) ook aandeelhouder zijn.

Is sprake van geval (i) en eindigt de arbeidsovereenkomst niet omdat een opzegverbod geldt, dan is de vraag welk orgaan opdracht mag geven tot het indienen van een ontbindingsverzoek slechts van ondergeschikt juridisch-technisch belang. Het tot ontslag bevoegde orgaan heeft immers besloten dat de relatie moet eindigen en de rest is naar mijn oordeel slechts uitvoering van dat besluit. De algemene vergadering kan die uitvoering overlaten aan andere organen.

Dit is anders indien sprake is van de tweede uitzondering uit de *15 april*-arresten: er is anders overeengekomen. Is met de bestuurder overeengekomen dat het einde van het bestuurderschap niet het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt, is de vraag welk orgaan van de vennootschap vervolgens wél bevoegd is de arbeidsrechtelijke band te slaken. Enerzijds kan worden betoogd dat de wil van het bevoegd orgaan niet doorkruist mag worden en geen ander orgaan bevoegd is met betrekking tot de (gewezen) bestuurder. Anderzijds kan worden betoogd dat met het verlies van het bestuurderschap de gewone vertegenwoordigingsregels op de voormalige bestuurder van toepassing worden. Deze laatste invalshoek lijkt mij niet juist. Zolang het bestuurderschap de laatste actieve functie is geweest, lijkt mij dat het tot ontslag bevoegde orgaan ook bevoegd blijft de arbeids- of opdracht-overeenkomst af te wikkelen. De laatste invulling van de arbeidsovereenkomst is immers het bestuurderschap geweest.

In geval het ontslagbesluit de vennootschapsrechtelijke aanstelling onmiddellijk beëindigt, maar de arbeidsrechtelijke verhouding pas na ommekomst van de opzegtermijn, kan men zich nog afvragen of een ander orgaan voor ommekomst van de opzegtermijn ontbinding kan vragen. Ontbinding vragen tijdens de opzegtermijn is

²¹ Zie paragraaf 6.9 voor de beëindigingsovereenkomst.

vanuit arbeidsrechtelijk perspectief op zichzelf mogelijk.²² Heeft het bevoegd orgaan besloten dat de opzegtermijn in acht wordt genomen, dan kan mijns inziens ook alleen dat orgaan opdracht geven tot het indienen van een ontbindingsverzoek. Zou een ander orgaan dat kunnen doen, dan wordt het bevoegd orgaan gepasseerd.

In geval (ii) speelt in feite de vraag of de contractuele band verbroken kan worden terwijl de vennootschapsrechtelijke band in stand blijft. De 15 april-arresten staan daar op zichzelf niet aan in de weg. Ook uit oudere jurisprudentie kan worden afgeleid dat dit mogelijk is. Toch meen ik dat de contractuele beëindiging niet zonder vennootschapsrechtelijke beëindiging zou moeten kunnen. Zie hierover uitgebreider paragraaf 6.2.6. Zou de enkele contractuele beëindiging wel kunnen, dan zou ook daarvoor moeten gelden dat de algemene vergadering (raad van commissarissen) bij uitsluiting bevoegd is die beëindiging te bewerkstelligen.

De rechtszekerheid wordt gediend indien de algemene vergadering (of in voorkomend geval de raad van commissarissen) altijd *bij uitsluiting* bevoegd is eenzijdig de vennootschapsrechtelijke én de arbeidsrechtelijke verhouding te verbreken. Dit laat onverlet dat het bevoegde orgaan een ander orgaan kan aanwijzen om uitvoering te geven aan dat besluit (bijvoorbeeld door een ontbindingsverzoek in te dienen). Bij de vraag welk orgaan bevoegd is de contractuele band te verbreken, speelt samenloop geen rol. Net zoals de algemene vertegenwoordigingsregels uit Boek 3 BW gelden, gelden ook de vertegenwoordigingsbepalingen van Boek 2 BW. De regels vullen elkaar aan.

Dit ligt genuanceerder bij een beëindiging met wederzijds goedvinden, zie hierover paragraaf 6.9.2.

Is sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van langer dan zes maanden, dan geldt vanaf 1 januari 2015 de zogenoemde aanzeggingsverplichting (artikel 7:668 lid 1 BW nieuw).²³ Een maand voordat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt is de werkgever verplicht de werknemer te informeren over het al dan niet voortzetten van de overeenkomst en, bij voortzetting, over de voorwaarden waaronder. Bij niet informeren is een maandsalaris verschuldigd. Het is de vraag

22 HR 11 december 2009, JAR 2010/17 (*Van Hooff Elektra/Oldenburg*). Zie voor voorbeelden waarin de werknemer/bestuurder om ontbinding tijdens de opzegtermijn vraagt: Rb. Amsterdam 11 juli 2001, JAR 2001/154 (*Vorst/Fiat*). De rechtbank ontbindt en kent een vergoeding toe op basis van de kantonrechttersformule met een c-factor van 1,5; Rb. Amsterdam 29 november 2005, RAR 2006/31 (*De Koff/Weka*). De rechtbank ontbindt met een c-factor van 1 en Rb. Almelo 30 oktober 2006, JIN 2007/53 m.nt. W.A. Zondag, JAR 2006/297 (*Pril/Bulthaup*), die ontbindt onder toekenning van een vergoeding c=1,25. Rb. Utrecht 29 augustus 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BE9621 (*Spitzke Spoorbouw*). De rechtbank ontbindt en kent een vergoeding conform de kantonrechttersformule. Anders: Rb. Breda 9 december 2005, RAR 2006/32 (*Ter Horst/Morres Wonen*) die niet ontbindt wegens oneigenlijke oprekking van 7:685 BW. Ik merk op dat met de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht uit de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 er nauwelijks meer een praktisch belang lijkt te zijn voor een ontbinding tijdens de opzegtermijn. Enerzijds kan één grond niet tot zowel opzegging als ontbinding leiden, er zou dus sprake moeten zijn van een nieuwe grond. Anderzijds leiden de verschillende routes als het goed is niet meer tot verschillende uitkomsten, zowel qua beëindigingstermijn als qua vergoeding.

23 Zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.5.

welk orgaan namens de vennootschap bevoegd is de aanzegging te doen. Het is het tot benoeming bevoegde orgaan dat beslist over herbenoeming. Dat besluit zal niet altijd een maand voor afloop van het contract vallen. In de praktijk kan dit worden opgelost door al direct bij aanvang van het contract op te nemen dat geen verlenging zal plaatsvinden. Blijkens de parlementaire geschiedenis is dit mogelijk.²⁴ Ik zou menen dat het tot benoeming en ontslag bevoegde orgaan het orgaan is dat de aanzegging moet doen.

6.1.2 Tussenconclusie

Het tot benoeming bevoegde orgaan is bevoegd zowel de vennootschapsrechtelijke als de contractuele band met de bestuurder eenzijdig te beëindigen. Dit geldt ongeacht de wijze van beëindiging (opzegging of ontbinding). Dit volgt uit artikel 2:134 (244) BW in samenhang met de 15 april-arresten. Of dat orgaan *exclusief* bevoegd is tot beëindiging van de contractuele band valt op basis van de huidige stand van de wetgeving en jurisprudentie niet met zekerheid te zeggen. Ligt er een ontslagbesluit, dan zal dat doorgaans ook de opzeggingshandeling zijn. Sorteert de arbeidsrechtelijke opzegging geen effect, dan is het verbreken van de contractuele band uitsluitend nog de uitvoering van de bedoeling van het bevoegde orgaan. Andere organen kunnen naar mijn oordeel in dat geval een ontbindingsverzoek indienen. Dat is alleen anders als de overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap ondanks het ontslagbesluit blijft bestaan omdat partijen dat hebben afgesproken (en de arbeidsovereenkomst dus niet voortduurt vanwege een opzegverbod maar vanwege een andersluidende afspraak).

Is er geen ontslagbesluit van het bevoegde orgaan, dan is de aanvraag die beantwoord moet worden of de contractuele band kan worden beëindigd onder instandhouding van het bestuurderschap. Zou dat kunnen (zie hierover paragraaf 6.2.6), dan is het tot benoeming bevoegde orgaan bij uitsluiting bevoegd die beëindiging te bewerkstelligen.

6.2 Ondeelbaarheid ontslag

6.2.1 De 15 april-arresten²⁵

Inleiding

In de 15 april-arresten²⁶ wordt niet alleen beslist welk orgaan bevoegd is de arbeidsovereenkomst te beëindigen, ook spreekt de Hoge Raad zich uit over de reikwijdte van de besluitvorming door de vennootschap-werkgeefster in geval van ontslag, alsmede over de reikwijdte van de ontslagname door de bestuurder-werknemer. 'Ontslag is

²⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 35.

²⁵ Deze paragraaf is grotendeels gelijklopend aan mijn artikel 'De ondeelbaarheid van het ontslag van een bestuurder-werknemer', *SR* 2006, p. 153-161.

²⁶ *Eggenhuizen/Unidek*, *NJ* 2005, 484, *JAR* 2005/177, *JOR* 2005/145 en *Bartelink/Ciris*, *NJ* 2005, 838 m.nt. GHvV, *JAR* 2005/153, *JOR* 2005/144 en *AA* 2005/54 m.nt. Kortmann.

ontslag²⁷ zo kan het oordeel van de Hoge Raad worden samengevat. Een ontslag als bestuurder (door de vennootschap of de bestuurder) betekent tevens het einde van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst, tenzij anders is overeengekomen of sprake is van een wettelijk ontslagverbod, overweegt de Hoge Raad. In de vele commentaren die over deze uitspraken zijn verschenen wordt de Hoge Raad enerzijds geprezen om de duidelijkheid die hij de praktijk met deze arresten verschaft. Anderzijds wordt vrijwel zonder uitzondering gewezen op de vragen die de arresten onbeantwoord laten of oproepen.²⁸

Eggenhuizen/Unidek

Het geschil in de al eerder kort besproken zaak *Eggenhuizen/Unidek* betrof een statutair bestuurder van een besloten vennootschap die als zodanig vanaf 1 november 1997 in dienst was bij zijn werkgever Unidek Volumebouw B.V. Bij gelegenheid van een buitengewone algemene aandeelhoudersvergadering op 25 maart 1999 is, in aanwezigheid van de betreffende bestuurder, besloten om hem te ontslaan.²⁹ Tussen partijen staat vast dat het onderscheid tussen het vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk ontslag op de vergadering niet aan de orde is geweest. Na de vergadering heeft de bestuurder zich ziek gemeld en zich – bij herstel – beschikbaar gehouden voor zijn werkzaamheden. Unidek heeft de bestuurder vervolgens bij brief van 26 maart 1999 medegedeeld dat op de aandeelhoudersvergadering is besloten hem ontslag aan te zeggen en dat, nadat het besluit was genomen, ook daadwerkelijk het ontslag is aangezegd met inachtneming van de opzegtermijn zodat de dienstbetrekking op 26 april 1999 eindigt. De bestuurder heeft zich eerst verzet tegen het niet doorbetalen van het loon omdat naar zijn oordeel geen rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst had plaatsgevonden. Dit heeft geleid tot een kort geding naar aanleiding waarvan Unidek de bestuurder opnieuw ontslag heeft aangezegd, nu tegen 27 februari 2000.

Het arrest betreft een vervolgens door de gewezen bestuurder aanhangig gemaakte kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Unidek heeft zich verweerd met een beroep op verjaring van de vordering tot schadevergoeding wegens de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. De rechtbank heeft dit beroep gehonoreerd en geoordeeld dat de vordering inderdaad was verjaard. De rechtbank is er hierbij vanuit gegaan dat op 25 maart 1999 de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is opgezegd. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. In cassatie wordt zowel het oordeel van het hof dat het op 25 maart 1999 door de algemene vergadering van aandeelhouders genomen besluit ook een ontslag in arbeidsrechtelijke zin inhoudt als het oordeel dat de vordering verjaard is, aangevallen.

²⁷ Pel 2005.

²⁸ P.A.M. Witteveen, *JOR*-annotatie onder HR 15 april 2005, *JOR* 2005/144 en 145; Visser 2005; Beltzer 2005; Pel 2005; Ruizeveld 2005; Kortmann 2005; Grapperhaus 2005; Nekeman 2005; Ten Have 2005; Van Stigt-Thans 2005, De Bock 2006, Duk 2006.

²⁹ Er zijn op de betreffende aandeelhoudersvergadering twee bestuurders ontslagen. Beide bestuurders hebben op gelijke wijze hun ontslag aangevochten. In een arrest van dezelfde datum (ECLI:NL:PHR:2005:AS2032) heeft de Hoge Raad beslist in de andere zaak. Beide zaken zijn identiek, met uitzondering van de datum van het opnieuw aangezegde ontslag.

De bestuurder voert drie cassatiemiddelen aan tegen het eerste oordeel van het hof. Ten eerste is hij van mening dat de bevoegdheid om hem in arbeidsrechtelijke zin te ontslaan niet berust bij de algemene vergadering van aandeelhouders maar bij het bestuur. Deze rechtsvraag is hiervoor besproken in paragraaf 6.1.1. Voorts is de bestuurder van oordeel dat het door de algemene vergadering van aandeelhouders gegeven ontslag slechts een vennootschappelijk ontslag betreft omdat in het ontslagbesluit niet is opgenomen dat ook de dienstbetrekking wordt opgezegd. In het verlengde hiervan wordt door de bestuurder geklaagd dat het hof voorbij is gegaan aan het aanbod om te bewijzen dat op 25 maart 1999 geen sprake is geweest van een arbeidsrechtelijk ontslag.

Geen van de middelen heeft tot cassatie geleid. Kern van de beslissing van de Hoge Raad is dat *“heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (...) of indien partijen anders zijn overeengekomen.”*

Op grond hiervan faalt het tweede middel. De klacht over het door het hof gepasseerde bewijsaanbod leidt evenmin tot cassatie. Het hof heeft terecht geoordeeld dat er onvoldoende feitelijke aanknopingspunten waren om tot de conclusie te komen dat in afwijking van de hoofdregel het ontslag niet mede het ontslag in arbeidsrechtelijke zin betrof, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft zijn beslissing, in navolging van de advocaat-generaal Timmerman, gestoeld op de wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 2:244 BW.

Advocaat-generaal Timmerman betoogt in zijn conclusie dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft gewild dat het vennootschapsrechtelijk ontslag en het arbeidsrechtelijk ontslag samenvallen. De advocaat-generaal wijst erop dat, lang voordat in 1953 het matigingsrecht van de rechter bij schadeloosstellingen zijn intrede deed in het arbeidsrecht, de wetgever in 1928 in artikel 48 K (de voorloper van artikel 2:244 lid 1 BW) een matigingsrecht voor de arbeidsrechtelijke schadeloosstelling bij het ontslag van een bestuurder heeft opgenomen. Reden hiervoor was dat anders de bepaling dat de bestuurder te allen tijd zou kunnen worden ontslagen niet tot zijn recht zou komen. Een overdreven schadeloosstelling zou dan een beletsel vormen voor de vennootschap om tot ontslag over te gaan. Advocaat-generaal Timmerman haalt vervolgens ook de wetsgeschiedenis uit 1910 aan waarin wordt benadrukt dat de bepaling om de bestuurder te allen tijde te kunnen ontslaan onmisbaar is (onderdeel 2.5 van de conclusie). Dat in de toelichting vervolgens is opgenomen dat dit uitgangspunt strookt met de gedachte die destijds gold voor de arbeidsovereenkomst (ook de werkgever moest zich te allen tijde van de arbeider kunnen ontdoen, weliswaar onder toekenning van een schadeloosstelling), wordt door de advocaat-generaal niet gebruikt als argument voor de stelling dat de bestuurder dus geen bijzondere positie heeft, maar hij leest hierin juist dat de wetgever de vennootschapsrechtelijke regels vooropstelt.

Timmerman verwijst op dit punt naar een artikel van Honée uit 1998.³⁰ Honée betoogt in dit artikel aan de hand van een uitgebreide wetshistorische beschouwing dat de wijze waarop de rechtspraak tot dan toe de functionele en de arbeidsrechtelijke betrekking van de bestuurder uit elkaar heeft getrokken, niet strookt met de bedoeling van de wetgever. Volgens Honée wordt met de term 'ontslag' in artikel 2:134 en 2:244 lid 1 BW zowel het arbeidsrechtelijk als het vennootschapsrechtelijke ontslag bedoeld. Consequentie is volgens hem dat 'te allen tijde' in dat artikellid betekent dat sprake is van een uitzondering op de arbeidsrechtelijke ontslagverboden en de bijbehorende nietigheidssancties. Hoewel de Hoge Raad in zijn meest recente arresten over dit onderwerp de advocaat-generaal en Honée volgt in de gedachte dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de gehele rechtsbetrekking van de statutair bestuurder te laten eindigen, wil de Hoge Raad niet zover gaan dat de arbeidsrechtelijke ontslagverboden (en bijbehorende sancties) niet gelden voor de statutair bestuurder.

Bartelink/Ciris

Het oordeel van de Hoge Raad in de zaak *Bartelink/Ciris* is vrijwel identiek is aan het oordeel in *Eggenhuizen/Unidek*; de casus is echter een gehele andere. Bartelink is al anderhalf jaar werkzaam bij (de rechtsvoorgangster van) Ciris als hij wordt benoemd tot statutair bestuurder. Een half jaar later wordt een interimmanager aangesteld die vervolgens eveneens tot statutair bestuurder wordt benoemd. Kennelijk kunnen beide bestuurders moeilijk met elkaar door één deur want kort na deze laatste benoeming vindt een gesprek plaats tussen Bartelink en de aandeelhouder van Ciris over de samenwerking tussen beide directeurs. Bij gelegenheid van dat gesprek wordt aan Bartelink een schorsingsbesluit uitgereikt. Twee dagen na het gesprek meldt Bartelink zich ziek, wordt hij door Ciris uitgenodigd voor het bijwonen van een algemene vergadering van aandeelhouders in verband met een voorgenomen ontslag als directeur/bestuurder én neemt Bartelink (bij brief van zijn advocaat) ontslag als bestuurder van de vennootschap. Hierbij is uitdrukkelijk vermeld: "*met instandhouding van de arbeidsrechtelijke relatie*". Met ingang van de volgende dag staakt Ciris de loon- doorbetaling en kort daarop dient zij een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de Rechtbank Amsterdam in.

Bartelink kan zich niet vinden in het stopzetten van de loon- doorbetaling en dagvaardt Ciris in kort geding voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam en vordert loon- doorbetaling en toelating tot zijn werkzaamheden. De voorzieningen- rechter wijst de vorderingen van Bartelink toe. Zijn overweging kan als volgt worden geparafraseerd: het ontslag van een bestuurder brengt mee dat hij de hoedanigheid van bestuurder verliest en dus geen aan deze hoedanigheid verbonden bevoegd- heden meer kan uitoefenen. Dit hoeft niet mee te brengen dat ook de dienstbetrek- king eindigt. Dit geldt ook in het (niet zo vaak voorkomende geval) dat de bestuurder zelf zijn functie als statutair bestuurder neerlegt. Het verweer van Ciris dat het

³⁰ Honée 1998.

neerleggen van de statutaire functie automatisch het einde van de arbeidsovereenkomst betekent, gaat volgens de voorzieningenrechter niet op. Ook omdat (de raadsman van) Bartelink expliciet te kennen heeft gegeven dit niet te beogen. Het verweer van Ciris dat Bartelink zijn bedongen werkzaamheden niet meer kan verrichten omdat hij zijn bestuurderschap heeft neergelegd en dat Ciris daarom geen loon is verschuldigd, overtuigt de voorzieningenrechter evenmin. Ciris heeft de stellingen van Bartelink dat hij de normale werkzaamheden van een manager kan blijven uitvoeren, onvoldoende weerlegd. De voorzieningenrechter veegt ten slotte ook de schorsing van tafel omdat de toepasselijke cao slechts een schorsing voor 10 dagen toestaat en er geen reden voor verlenging was.³¹

Deze duidelijke scheiding van de vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke band door de voorzieningenrechter valt niet in goede aarde bij advocaat-generaal Timmerman die in deze zaak aanleiding ziet cassatie in het belang der wet in te stellen. Hierbij wijst hij op het maatschappelijk belang van de vraag of de arbeidsrechtelijke verhouding tussen een directeur en de vennootschap kan voortbestaan nadat hij zijn vennootschapsrechtelijke band heeft verbroken en op de onzekerheid die over deze vraag bestaat in de rechtspraak. Advocaat-generaal Timmerman voert één cassatiemiddel aan: het oordeel dat wanneer een statutair directeur van een BV zijn functie van statutair directeur neerlegt, dit niet tevens het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft, is een schending van het recht, in het bijzonder van artikel 2:244 BW. Het betoog van de advocaat-generaal is grotendeels gelijkloidend aan zijn betoog in de zaak *Eggenhuizen/Unidek*. Uit de parlementaire geschiedenis volgt volgens de advocaat-generaal dat de opzet van de vennootschapsrechtelijke regeling is dat de vennootschap zich te allen tijde van een bestuurder kan ontdoen. Opnieuw wordt gewezen op het matigingsrecht bij schadeloosstelling. Een ander argument – naar mijn idee overtuigender dan het beroep op de wetsgeschiedenis – is dat de arbeidsovereenkomst vaak bestaat vanwege het bestuurderschap. Het bestuurderschap is de bedongen arbeid en als die niet meer kan worden verricht, is de arbeidsovereenkomst een lege huls. Het eenzijdig neerleggen van de functie door de bestuurder is dan volgens de advocaat-generaal een eenzijdige wijziging van de werkzaamheden die niet door de beugel kan. Ook wijst hij op de onwenselijke gevolgen van het eenzijdig afsplitsen van de arbeidsovereenkomst van de bestuurstaak door de bestuurder, zoals de discrepantie tussen het salaris (geënt op het bestuurderschap) en de functie die overblijft.

Het oordeel van de Hoge Raad kent dezelfde opbouw als in *Eggenhuis/Unidek*: eerst een verwijzing naar het arrest *Levison/MAB*, dan naar de wetsgeschiedenis en het arrest *Atlantic Nominees*. Hiermee strookt volgens de Hoge Raad dat ook de ontslagneming door de statutair bestuurder in beginsel tot gevolg heeft dat zijn dienstbetrekking eindigt. Ook kan niet worden aanvaard dat de bestuurder die zijn functie neerlegt dit eenzijdig kan beperken tot het verlies van de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap met instandhouding van de dienstbetrekking.

31 Rb. Amsterdam (vzr.) 9 oktober 2003, JAR 2003/275, JOR 2004/6 (*Bartelink/Ciris*).

Rechtsvinding door de Hoge Raad

In rechtsoverweging 3.4.3 overweegt de Hoge Raad:

“Naar mede blijkt uit de wetsgeschiedenis van (de voorloper van) de art. 2:134 en 2:244 BW (...), strekken deze bepalingen ertoe dat ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Daarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (...) of indien partijen anders zijn overeengekomen.”

Uit de wetsgeschiedenis³² volgt naar mijn oordeel niet zo onomstotelijk dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de arbeidsovereenkomst altijd gelijktijdig met het bestuurderschap te doen eindigen, als advocaat-generaal Timmerman en in zijn kielzog de Hoge Raad overweegt. Het is weliswaar in het begin van de vorige eeuw de bedoeling van de wetgever geweest dat de arbeidsovereenkomst met een bestuurder te allen tijde kan eindigen, maar de bestuurder-werknemer was daarin niet anders dan de gewone werknemer.³³ Het lijkt mij eerder dat de wetgever bewust ook aan de bestuurder arbeidsrechtelijke bescherming heeft willen toekennen en van oordeel is geweest dat dit niet interfereert met de (noodzakelijke) bevoegdheid van de vennootschap om zich te allen tijde te kunnen ontdoen van de bestuurder. Het veelbesproken matigingsrecht is eerder een omissie geweest van de (arbeidsrechtelijke) wetgever in 1907 die voor de bestuurder voortvarend is rechtgezet door de (vennootschapsrechtelijke) wetgever in 1929 en pas later door de (arbeidsrechtelijke) wetgever in 1954. Ook de onmogelijkheid van herstel van de dienstbetrekking voor een bestuurder is naar mijn oordeel geen absoluut teken van de wetgever dat een arbeidsovereenkomst altijd moet eindigen met het ontslagbesluit van de vennootschap. Daarvoor is de toelichting van de wetgever te summier. Gelet hierop kan de kernoverweging van de Hoge Raad zijn oordeel nauwelijks dragen. Wat het meerdere is waarop de Hoge Raad zijn oordeel baseert (“naar mede blijkt uit de wetsgeschiedenis”), wordt niet duidelijk. Het – in mijn ogen – meer steekhoudende argument van de advocaat-generaal dat de arbeidsovereenkomst vaak bestaat vanwege het bestuurderschap en dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst zonder het bestuurderschap een ongeoorloofde eenzijdige wijziging van de werkzaamheden is, komt in de motivering van de Hoge Raad niet terug. A-G Timmerman heeft dit argument nader uitgewerkt en gepleit voor een extra uitzondering op de algemene regel ‘ontslag is ontslag’ in zijn conclusie voor het arrest *Seebregts/NH Corporate BV*, maar deze zaak is door de Hoge Raad afgedaan op grond van 81 RO.³⁴

32 Zie hoofdstuk 2 en Bennaars 2006 voor een uitgebreide analyse van de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke wetsgeschiedenis.

33 Ook Heerma van Voss wijst er in zijn annotatie op dat in de periode waarop de A-G en de Hoge Raad zich baseren, het arbeidsrecht nog in de kinderschoenen stond: NJ 2005, 484.

34 HR 3 februari 2006, JAR 2006/66 (*Seebregts/NH Corporate BV*). Zie over deze derde uitzondering paragraaf 6.2.4 van dit hoofdstuk.

Dubbele rechtsbetrekking of gemengde rechtsbetrekking?

In hoofdstuk 1 (1.4.3) is uiteengezet dat de 15 april-arresten aansluiten bij de oudere arresten over het ontslag van de bestuurder: *Levison/MAB*,³⁵ *Atlantic Nominees*³⁶ en *Sjardin/Sjartec*.³⁷ De arrestenreeks laat zien dat de Hoge Raad uitgaat van een dubbele rechtsbetrekking en die steeds verder verfijnt. Zou de Hoge Raad daadwerkelijk zijn opgeschoven richting een gemengde rechtsbetrekking, dan had het voor de hand gelegen dat juist het arbeidsrecht voorrang krijgt. Hoewel geen sprake is van een gemengde *overeenkomst* zou naar analogie van artikel 7:610 lid 2 BW het arbeidsrecht moeten voorgaan op andere regels (zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.4). Hiervan is geen sprake. Wel is sprake van samenloop volgens de definitie van Boukema: samenloop van wetsnormen: één rechtsfeit op grond waarvan verschillende wetsnormen een rechtsbetrekking tussen dezelfde personen in het leven roepen.³⁸ Het (vennootschapsrechtelijke) ontslagbesluit is een rechtshandeling. Met die rechtshandeling wordt zowel de vennootschapsrechtelijke band beëindigd als de arbeidsovereenkomst opgezegd. De beide regelstelsels cumuleren. De vennootschapsrechtelijke regels voor besluitvorming gelden onverkort (met als gevolg dat de arbeidsrechtelijke opzegging ook vormvereisten heeft, terwijl dat bij gewone werknemers niet zo is). De arbeidsrechtelijke regels gelden eveneens. De Hoge Raad noemt expliciet de ontslagverboden, maar ook de regels omtrent opzegtermijnen³⁹ en kennelijk onredelijk ontslag gelden onverkort. In de 15 april-arresten is dus beslist dat het ontslagbesluit één rechtshandeling is op grond waarvan zowel arbeidsrechtelijke als vennootschapsrechtelijke normen de rechtsbetrekking tussen vennootschap en bestuurder vormgeven. Dit is in lijn met eerdere arresten van de Hoge Raad. De Hoge Raad doet in feite niet meer dan duiden dat de op het ontslag gerichte wil van de vennootschap zoals die via het ontslagbesluit aan de bestuurder tot uiting is gebracht,⁴⁰ ook ziet op het einde van de arbeidsovereenkomst.

6.2.2 Opzegverboden

De eerste uitzondering op het uitgangspunt 'ontslag is ontslag' die de Hoge Raad aanvaardt, betreft de toepasselijkheid van een "*wettelijk ontslagverbod*". Gedoeld wordt op de arbeidsrechtelijke bijzondere opzegverboden. Het algemene opzegverbod, vanaf 1 juli 2015 neergelegd in artikel 7:671 lid 1 sub a jo 671a lid 1 BW (nieuw) en tot dat moment in artikel 6 BBA,⁴¹ is zoals bekend niet van toepassing op de bestuurder. Zie hierover het tweede deel van deze paragraaf.

35 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265, m.nt. PAS.

36 HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 142.

37 HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985, 375 m.nt. Ma.

38 Boukema 1966, p. 41 en hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.2.

39 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:518 (*BV X/Y*) waarin wordt overwogen dat de opzegtermijn gewoon van toepassing is en dat het ontslagbesluit dus niet ook per direct een einde aan de arbeidsovereenkomst maakt.

40 Deze formulering is ontleend aan het arrest HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*), r.o. 3.2, tweede volzin.

41 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 (Wet werk en zekerheid).

Bijzondere opzegverboden

Inleiding

De bijzondere opzegverboden zijn te vinden in Boek 7 titel 10 BW, de Pensioenwet (artikel 108), gelijkebehandelingswetgeving (artikel 8 AWGB, artikel 12f WGB M/V, artikel 11 WGB/LA en artikel 9 WGB/CZ) en de Wet aanpassing arbeidsduur (artikel 3). Een opzegging in strijd met een opzegverbod is vernietigbaar.

De bijzondere opzegverboden⁴² zijn niet allemaal tegelijk geïntroduceerd. In 1954 zijn de eerste opzegverboden in de wet opgenomen: tijdens ziekte en of militaire dienst mag niet worden opgezegd (thans opgenomen in artikel 7:670 lid 1 en 3 BW).⁴³ De sanctie op overtreding van dit verbod was tot 1976 schadeplichtigheid. In dat jaar wordt de nietigheidssanctie ingevoerd, alsmede twee nieuwe opzegverboden: wegens huwelijk en wegens zwangerschap en bevalling.⁴⁴ De opzegverboden wegens huwelijk en bevalling zijn bij de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid⁴⁵ weer geschrapt omdat deze verboden dan al gelden op grond van de AWGB en artikel 7:646 BW.⁴⁶ Opzegverboden die buiten het BW bestonden⁴⁷ zijn vervolgens overgebracht naar het BW. Bij de Wet flexibiliteit en zekerheid gaat dat om de volgende verboden: opzeggen is verboden als een werknemer lid is van de centrale, groeps- of ondernemingsraad, een (onderdeels)commissie daarvan of een personeelsvertegenwoordiging (artikel 7:670 lid 4 sub 1 BW), van een Europese ondernemingsraad, bijzondere onderhandelingsgroep of vertegenwoordiger krachtens de WEOR (artikel 7:670 lid 4 sub 2 BW) of van een orgaan van een SE of SCE (artikel 7:670 lid 4 sub 3 en 4 BW). Voor kandidaat-leden van de ondernemingsraad (of vergelijkbare medezeggenschapsorganen) of werknemers die lid zijn van een voorbereidingscommissie geldt eveneens een opzegverbod (artikel 7:670 lid 10 sub a en b (nieuw) BW).⁴⁸ De arbeidsovereenkomst met een deskundige werknemer of persoon als bedoeld in de Arbeidsomstandighedenwet kan evenmin worden opgezegd (artikel 7:670 lid 10 sub c (nieuw) BW).⁴⁹ Hetzelfde geldt voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met een functionaris als bedoeld in artikel 62 WBP (artikel 7:670 lid 10 sub d BW).⁵⁰ Bij de invoering

42 Zie voor de (parlementaire) geschiedenis van de opzegverboden hoofdstuk 2, 2.2.2.1 en 2.2.2.3.

43 Ingevoerd bij wet van 15 december 1953, *Stb.* 1953, 619, inwerkingtreding 1 juli 1954.

44 Ingevoerd bij wet van 6 mei 1976, *Stb.* 1976, 295.

45 *Stb.* 1998, 300.

46 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 236, nr. 3, p. 27. Zie over dit argument kritisch Van der Grinten/Van der Grinten & Bouwens 2005, p. 335. In de recentere drukken komt deze kritiek niet meer terug.

47 Het betreft verboden die waren opgenomen in de WOR, de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet op de Europese Ondernemingsraden.

48 Tot de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is opzegging alleen mogelijk met toestemming van de kantonrechter: artikel 7:670a lid 1 sub a en b BW. De regering acht het onwenselijk dat deze derde route (naast opzegging en ontbinding) blijft bestaan en heeft er een regulier opzegverbod van gemaakt: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 101.

49 Dit opzegverbod was eerst opgenomen in de Arbeidsomstandighedenwet zelf en bij Wet van 5 april 2001, *Stb.* 2001, 180 verplaatst artikel naar 7:670a lid 1 sub c BW. Alleen met toestemming van de kantonrechter kon worden opgezegd. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is het een regulier opzegverbod geworden.

50 Dit opzegverbod was eerst opgenomen in de Wet bescherming persoonsgegevens zelf en bij Wet van 7 april 2005, *Stb.* 2005, 202 verplaatst naar artikel 7:670a lid 1 sub d BW. Alleen met toestemming van de kantonrechter kon worden opgezegd. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is het een regulier opzegverbod geworden.

van de Wet flexibiliteit en zekerheid zijn de volgende opzegverboden toegevoegd: voor de secretaris van de ondernemingsraad (artikel 7:670 lid 4 BW), wegens het lidmaatschap van een vakbond of het verrichten van dan wel deelnemen aan vakbondsactiviteiten (artikel 7:670 lid 5 BW). Per 1 juli 2002 is lid 8 van artikel 7:670 BW ingevoerd: het is de werkgever verboden op te zeggen wegens overgang van onderneming. Een werknemer die niet instemt met arbeid op zondag wordt tegen opzegging beschermd door artikel 7:670 lid 9 BW. Ook het doen van een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur op grond van de WAA mag geen reden zijn voor opzegging (artikel 3 WAA). Hetzelfde geldt voor het geldend maken van het recht op verlof op grond van de WAZ (artikel 7:670 lid 7 BW). Ten slotte geldt op grond van artikel 108 PW een opzegverbod voor de arbeidsovereenkomst met een werknemer die lid is van het bestuur van een pensioenfonds, een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan.

In eerder behandelde arrest *Levison/MAB*⁵¹ is uitgemaakt dat de ontslagverboden ex artikel 7:670, 647 en 648 BW onverkort van toepassing zijn op de bestuurder. In de 15 april-arresten wordt meer algemeen verwezen naar de “wettelijke ontslagverboden”. Ook gelden bij overtreding van een opzegverbod onverkort de daaraan verbonden sancties (vernietigbaarheid).⁵² Is sprake van een opzegverbod dan duurt de arbeidsovereenkomst voort. Wordt in het ontslagbesluit desalniettemin uitdrukkelijk overwogen dat beide rechtsbetrekkingen eindigen, dan geldt dat sprake is van een vernietigbare opzegging. Beroept de bestuurder/werknemer zich niet – tijdig – op die vernietigbaarheid, dan is de arbeidsovereenkomst wel geëindigd. Net als een gewone werknemer kan de bestuurder er voor kiezen het einde van de arbeidsovereenkomst te accepteren, maar zich te beroepen op de kennelijk onredelijkheid van het ontslag ex artikel 7:681 BW. Vanaf 1 juli 2015 bestaat die mogelijkheid niet meer (niet voor gewone werknemers en niet voor bestuurders). De kennelijkonredelijkontslagroute wordt met de Wet werk en zekerheid afgeschaft. Daarvoor in de plaats komt de mogelijkheid een billijke vergoeding te vragen. Dit kan als sprake is van schending van een opzegverbod (artikel 7:681 lid 1 sub a en b (nieuw) BW, maar ook als andere voorschriften zijn geschonden (artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW).⁵³

In datzelfde *Levison/MAB*-arrest is ook de discussie over de vraag of de nietigheids-sanctie wel verenigbaar is met het verbod op herstel van de dienstbetrekking ex artikel 2:134 lid 3 BW beslecht. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4 dat de wetgever geen aandacht heeft besteed aan de positie van de statutair bestuurder bij het invoeren van de nietigheids-sanctie en er dus geen aanknopingspunten zijn die sanctie niet toe te passen. Dat herstel van de dienstbetrekking niet is toegestaan en het BBA niet van toepassing is, doet daaraan niet af. Dat betreft specifieke uitzonderingen op beschermende regelingen die restrictief moeten worden uitgelegd. Ook de omstandigheid dat de bestuurder zijn taak als bestuurder niet meer kan uitoefenen vindt de

51 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS.

52 Met ingang van 1 juli 2015 is een vernietiging buiten rechte niet meer mogelijk (Wet werk en zekerheid). De werknemer kan de rechter verzoeken de opzegging in strijd met het opzegverbod te vernietigen, art. 7:681 lid 1 sub a en b (nieuw) BW.

53 Zie hierover verder paragraaf 6.4.3.

Hoge Raad niet van doorslaggevend belang. De sanctie lost zich op in het doorbetalen van het salaris terwijl de bestuurder de bedongen arbeid niet kan verrichten, aldus nog steeds de Hoge Raad. Bij de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid verandert dit uitgangspunt niet. Ook de statutair bestuurder kan de rechter vragen op grond van artikel 7:681 lid 1 (nieuw) BW de opzegging te vernietigen als sprake is van een opzegverbod en de uitzonderingen van 7:670a (nieuw) BW geen toepassing vinden.

Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid is expliciet in de wet opgenomen dat de werknemer kan instemmen met de opzegging als sprake is van een 'tijdens'-verbod (artikel 7:670a lid 1 (nieuw) BW). De werknemer kan op deze instemming binnen 14 dagen terugkomen. Doet hij dat, dan wordt de opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden (artikel 7:670a lid 5 en 6 (nieuw) j^o 671 lid 3 t/m 6 (nieuw) BW). Deze bedenkmogelijkheid geldt niet voor de bestuurder. Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.5.

Niet alle opzegverboden zijn even relevant voor de bestuurder. Zo zullen opzegverboden die bescherming bieden aan werknemers die een kwetsbare positie innemen omdat zij opkomen voor werknemersrechten (vakbond, ondernemingsraad) niet snel aan de orde zijn bij een bestuurder. Het opzegverbod tijdens ziekte, het opzegverbod ex artikel 108 lid 4 PW en het opzegverbod wegens discriminatie komen in de praktijk sneller aan de orde. Deze worden hieronder nader besproken.

Het opzegverbod tijdens ziekte

De bescherming van het opzegverbod tijdens ziekte komt ook de bestuurder toe. Net als gewone werknemers zet de bestuurder ziekte met regelmaat strategisch in. Doet hij dat nadat hij oproeping heeft ontvangen voor een algemene vergadering waarin zijn ontslag op de agenda staat, dan baat hem dat op basis van de huidige, lagere, jurisprudentie niet. Het Hof Den Bosch⁵⁴ heeft geoordeeld dat analoog aan artikel 7:670 lid 1 BW, de ziekmelding na een oproeping geen effect sorteert. Artikel 7:670 lid 1 BW bepaalt dat een werknemer zich niet op het opzegverbod tijdens ziekte kan beroepen indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het UWV het verzoek om een ontslagvergunning heeft ontvangen.

Het hof komt tot dit oordeel door te verwijzen naar het arrest *Levison/MAB* en overweegt dat het voor de hand ligt dat een met artikel 7:670 lid 1 aanhef en sub b BW overeenstemmende regeling zou zijn getroffen voor degenen op wie het BBA niet van toepassing is, indien de wetgever daarbij stil zou hebben gestaan. Dat de wetgever daar niet bij heeft stilgestaan, brengt het hof niet tot een andere conclusie. Het hof wijst erop dat bij de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid wel is gesignaleerd dat voor personeel van de arbeidsvoorzieningsorganisatie een ontslagprocedure geldt waarin het toestemmingsvereiste van de Regionaal Directeur van de arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) ontbreekt. Dit heeft tot gevolg gehad dat artikel 42 van de Arbeidsvoorzieningswet 1996 is gewijzigd in

⁵⁴ Hof Den Bosch 22 augustus 2000, JAR 2000/207 (*Van Kalmthout*).

die zin, dat voor dat personeel het algemene ontslagverbod tijdens ziekte niet geldt indien de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het voornemen tot opzegging ter toetsing aan de ontslagcommissie, bedoeld in art 43, eerste lid, is voorgelegd en door die commissie is ontvangen.⁵⁵ Nu de ratio voor invoering van lid 1 aanhef en sub b van artikel 7:670 BW is geweest te voorkomen dat ziekmelding nadat de werknemer heeft kennis genomen van het voornemen hem te ontslaan, vertraging voor de ontslagprocedure meebrengt, is analoge toepassing bij het ontslag van bestuurders van vennootschappen op zijn plaats, aldus het hof.

De zaak betrof een hoger beroep van een kort geding vonnis en kent dus een voorlopig karakter. In de lagere rechtspraak is deze lijn sindsdien steeds gevolgd.⁵⁶ Mij zijn geen afwijkende uitspraken bekend.⁵⁷ De redenering van het Hof Den Bosch is naar mijn oordeel volledig in lijn met de geest en bedoeling van de wet. Vraagt de vennootschap ontbinding, dan geldt de reflexwerking van het opzegverbod voor de bestuurder op gelijke wijze als voor de werknemer.⁵⁸

Helaas is deze jurisprudentie niet gecodificeerd door de Wet werk en zekerheid, dat is een gemiste kans. De wetgever heeft in het geheel niet stilgestaan bij de positie van bestuurders op dit punt. Het is de vraag of dit een bewuste keuze van de wetgever is geweest, of dat nog steeds sprake is van een omissie. Ik zou menen dat dat laatste het geval is. Er zijn geen argumenten te bedenken waarom de bestuurder op dit punt een andere behandeling verdient, gelet op de ratio van de bepaling. Het oordeel van het Hof Den Bosch dat sprake is geweest van een omissie, blijft daarmee mijns inziens zijn waarde behouden.

Het opzegverbod ex artikel 108 lid 4 Pensioenwet

De achtergrond van sommige opzegverboden is het beschermen van werknemers die een bijzondere positie innemen in verband met werkgeversvertegenwoordiging. Gedacht kan worden aan (aspirant- en gewezen) leden van de ondernemingsraad en vakbondsleden op grond van artikel 7:670 lid 4 en lid 10 (nieuw) BW. Deze opzegverboden zullen niet snel op bestuurders van toepassing zijn. Meer voor de hand liggend is het dat de bestuurder een rol vervult in het bestuur van een pensioenfonds, een deelnemersraad of een verantwoordingsorgaan. In dat geval geldt het opzegverbod ex artikel 108 lid 4 Pensioenwet.⁵⁹

55 Het hof verwijst naar de volgende vindplaats in de parlementaire geschiedenis: *Kamerstukken II* 26 257 nr. 7, p. 2 en nr. 110, p. 8-9.

56 Vgl. Rb. Haarlem 3 oktober 2001, *JAR* 2001/231 (*Van Ravenswaaij/Aespen Futuresi*) en in een iets andere casus: Rb. Den Haag (vzr.) 3 maart 2008, *JAR* 2008/87 (*SnowWorld*). De voorzieningenrechter concludeert dat van arbeidsongeschiktheid ten tijde van de algemene vergadering geen sprake is.

57 Zie over deze jurisprudentie kritisch: De Bock 2002 p. 508 l.k. In 2006 is De Bock hier weer wat positiever over, De Bock 2006.

58 Rb. Arnhem 29 oktober 2001, *JAR* 2001/252 (*Simmer Europe*).

59 Tot 1 juli 2014 opgenomen in artikel 104 PW (verplaatst bij Wet van 10 juli 2013 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met versterking van het bestuur bij pensioenfondsen en enige andere wijzigingen (Wet versterking bestuur pensioenfondsen), *Stb.* 2013, 302).

De redactie van artikel 108 lid 4 PW maakt geen onderscheid tussen werknemers- en werkgeversvertegenwoordigers:

“De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen met de werknemer die lid is van het bestuur van een pensioenfonds, een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan. Indien de werkgever aan het bestuur van een pensioenfonds, een verantwoordingsorgaan of een belanghebbendenorgaan een secretaris heeft toegevoegd, is de eerste zin op die secretaris van overeenkomstige toepassing.”

Niet zelden zal een statutair bestuurder namens de werkgever in het ondernemingspensioenfonds zitten. Dit betekent dat, indien die bestuurder ook werknemer is, hij een beroep kan doen op het opzegverbod ex artikel 108 lid 4 PW. De vraag kan worden gesteld of deze bescherming ook voor statutair bestuurders is bedoeld. De positie als vertegenwoordiger van de werkgever in het pensioenfondsbestuur is niet één op één vergelijkbaar met de positie van leden van de ondernemingsraad en vakbondsleden. Toch wordt geen uitzondering gemaakt voor de statutair bestuurder. In de memorie van toelichting⁶⁰ is met betrekking tot deze bepaling het volgende opgenomen:

“De regering is van mening dat het voor een goede uitoefening van de taken van besturen van pensioenfondsen en van deelnemersraden van belang is dat de leden van het bestuur en de deelnemersraad onafhankelijk van de werkgever kunnen optreden. Leden van het bestuur of een deelnemersraad moeten zich op geen enkele wijze geremd voelen in de uitoefening van hun functie. Door de uitoefening van hun taak als werknemers- of werkgeversvertegenwoordiger in het bestuur of als werknemersvertegenwoordiger in de deelnemersraad zijn zij als werknemer kwetsbaarder dan andere werknemers. Daarom is voor deze werknemer een extra rechtsbescherming nodig, als aanvulling op de gewone arbeidsrechtelijke bescherming van elke werknemer. Voor leden van de ondernemingsraad bestaat een dergelijke extra rechtsbescherming al. Die is in de vorm van een algemene benadelingsbescherming en een ontslagbescherming opgenomen in artikel 21 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) en de artikelen 7:670, 7: 670a en 7:670b van het BW.”
(onderstreping JHB)

De statutair bestuurder is hiervan niet uitgezonderd, wel de directeur-groootaandeelhouder die krachtens artikel 1 Pensioenwet niet valt onder de definitie van ‘werknemer’. Dat is opvallend omdat wel een duidelijk parallel getrokken wordt met ondernemingsraadleden die ontslagbescherming genieten. Van die extra ontslagbescherming is de statutair bestuurder echter uitgezonderd doordat hij niet valt onder het werknemersbegrip in de WOR, daardoor geen lid van de ondernemingsraad kan worden en dus niet onder het opzegverbod van artikel 7:670 lid 4 BW valt.

De Voorzieningenrechter in Utrecht⁶¹ heeft in een uitgebreid gemotiveerd vonnis en onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis geoordeeld dat het opzegverbod inderdaad ook geldt voor de statutair bestuurder. De argumenten van de vennootschap om te betogen dat de statutair bestuurder door dat opzegverbod niet beschermd wordt, luiden dat (i) de statutair bestuurder niet onder het begrip

60 *Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 77.*

61 Rb. Utrecht (vzr.) 19 december 2008, JAR 2009/49 (*Cuijpers/Albermarle*).

werknemer van de Pensioenwet valt, (ii) de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis artikel 108 (voorheen 104) Pensioenwet expliciet heeft aangemerkt als equivalent van artikel 21 WOR zodat die niet voor bestuurders geldt en (iii) dat de wetgever niet heeft gedacht aan de statutair bestuurder omdat het gelet op de 15 april-arresten niet voor de hand ligt dat de wetgever zonder expliciete overwegingen daartoe een nieuw opzegverbod heeft willen introduceren. De voorzieningenrechter gaat in geen van deze argumenten mee.

Een argument dat niet aan de orde is geweest in deze zaak, althans daarvan blijkt niet uit de gepubliceerde uitspraak, is dat een 'inhoudelijk' opzegverbod niet past bij de ruime ontslagbevoegdheid van de algemene vergadering (of raad van commissarissen). Het opzegverbod ex artikel 108 PW zou naar mijn oordeel niet van toepassing moeten zijn op de statutair bestuurder die als werkgeversvertegenwoordiger in het bestuur van een ondernemingspensioenfonds zit. Naar de huidige stand van de literatuur en wetgeving is dit echter wel het geval.

De opzegverboden wegens discriminatie

De bestuurder die zijn werkzaamheden op basis van een opdrachtovereenkomst verricht, zoals vanaf 1 juli 2012 de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap, kan niet rekenen op de bescherming van opzegverboden zoals neergelegd in Boek 7 BW. Het arbeidsrecht is op hem immers niet van toepassing.

Uit het *Danosa*-arrest⁶² van het Europese Hof volgt dat er desalniettemin opzegverboden zijn die ook een rol spelen bij de beëindiging van een opdrachtovereenkomst. Het gaat in die zaak om werknemersbescherming voor de bestuurder-opdrachtnemer: de bescherming tegen ontslag tijdens of wegens zwangerschap. Mevrouw Dita Danosa is bestuurder van een Letse vennootschap. De aandeelhoudersvergadering neemt een ontslagbesluit. Danosa verzet zich tegen dat ontslag wegens strijd met het Letse ontslagverbod tijdens zwangerschap. Dat ontslagverbod, vergelijkbaar met ons opzegverbod, geldt voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De vennootschap stelt zich op het standpunt dat nu Danosa bestuurder is, geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een lastgeving.⁶³ De Letse wetgeving kent bepalingen vergelijkbaar met artikel 2:134 en 244 BW; ontslag van een bestuurder kan te allen tijde. De hoogste Letse rechter stelt twee prejudiciële vragen aan het Hof: is een lid van een directiecomité van een kapitaalvennootschap een werknemer in de zin van richtlijn 92/85 EG,⁶⁴ en zo ja, verzet artikel 10 van die richtlijn zich tegen een nationale regeling die zonder beperking toestaat dat een bestuurder wordt ontslagen, ongeacht of zij zwanger is.

62 HvJ EU 11 november 2010, JAR 2011/24 (*Danosa/LKB*).

63 In Nederland werd de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap tot de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst ook beschouwd als lastgeving, vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.2.

64 Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG), *PbEU* 1992 L 348 p. 1-7.

Het Europese Hof oordeelt dat een lid van het directiecomité werknemer in de zin van de richtlijn is als dat comité (vergelijkbaar met onze raad van bestuur) (i) diensten voor die vennootschap verricht, (ii) er integrerend deel van uitmaakt, (iii) de activiteiten gedurende een bepaalde tijd onder het gezag of toezicht van een ander orgaan van de vennootschap uitoefent en (iv) een vergoeding ontvangt. Of dit in het geval van Danosa zo is, moet de nationale rechter bepalen. Wel geeft het Europese Hof een toelichting op het gezagscriterium. Van belang is dat Danosa verantwoording moet afleggen aan de raad van toezicht en door diezelfde raad ontslagen kan worden zonder dat zij daar zeggenschap over heeft.⁶⁵

Op de tweede vraag antwoordt het Europese Hof dat indien het ontslag voornamelijk gebaseerd is op haar zwangerschap, sprake is van strijd met artikel 10 van de richtlijn. Een dergelijk ontslag is eveneens in strijd met richtlijn 67/207⁶⁶ (verbod op discriminatie wegens geslacht), ook als de zwangere bestuurder niet als werknemer in de zin van de richtlijn zou kwalificeren.

Het Nederlands arbeidsrecht kent een opzegverbod wegens zwangerschap (7:646 lid 1 jo lid 5 BW) en een opzegverbod tijdens zwangerschap (artikel 7:670 lid 2 BW) voor werknemers. Is de *Danosa*-uitspraak op beide opzegverboden van toepassing en kan een bestuurder werknemster die werkt op basis van een opdrachtovereenkomst zich beroepen op 'tijdens'- en 'wegens'-bescherming? Peters⁶⁷ gaat er in haar annotatie van het arrest van uit dat dat het geval is. Ik meen dat het opzegverbod *tijdens* zwangerschap niet onder de Europese bescherming valt. Artikel 10 van de richtlijn luidt – voor zover relevant – als volgt:

1. de Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om ontslag van werknemers in de zin van artikel 2 te verbieden gedurende de periode vanaf het begin van hun zwangerschap tot het einde van het in artikel 8, lid 1, bedoelde zwangerschapsverlof, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met hun toestand en overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken zijn toegestaan en, in voorkomend geval, voor zover de bevoegde instantie hiermee heeft ingestemd;

65 Dit lijkt op het criterium dat onze Centrale Raad van Beroep in socialezekerheidszaken aanneemt om te beoordelen of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het geeft ook een inkleuring van het bredere gezagscriterium dat wel wordt gebruikt om het bestaan van een arbeidsovereenkomst te bepalen (vgl. hoofdstuk 1 paragraaf 1.3.1). Het Hof van Justitie EU heeft ook ten aanzien van Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (*PbEU* L 225 van 12/08/1998 p. 0016 – 0021) bepaald dat het werknemersbegrip in die richtlijn de bestuurder omvat, onder verwijzing naar het criterium zoals opgenomen in het *Danosa*-arrest: HvJ EU 13 februari 2014, *JIN* 2014/53, m.nt. Faber (*Commissie/Italië*). Faber wijst er in zijn noot terecht op dat de uitsluiting van de statutair bestuurder in de WMCO in strijd is met richtlijn 98/59. Dit wordt aangepast bij de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (artikel 2 (nieuw) WMCO).

66 Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEU* 1976 L 39 p. 40-42.

67 Annotatie van S.S.M. Peters bij Hof van Justitie EU 11 november 2010, *TRA* 2011/31.

2. wanneer een werknemster in de zin van artikel 2 wordt ontslagen gedurende de in punt 1 bedoelde periode, dient de werkgever schriftelijk gegronde redenen op te geven voor het ontslag;

De richtlijn schrijft dus géén zuiver ‘tijdens’ verbod voor: ontslag gedurende de zwangerschap of het zwangerschapsverlof is verboden, tenzij het ontslag geen verband houdt met de toestand van de werknemster. Of een bestuurder-werknemer met een opdrachtovereenkomst via het *Danosa*-arrest een beroep toekomt op artikel 7:670 lid 2 BW valt daarmee te bezien. Vast staat dat haar een beroep toekomt op artikel 7:646 BW. Ook andere gelijke behandelingsregelgeving zal in het verlengde van het *Danosa*-arrest toepassing vinden bij een opdrachtovereenkomst. Gedacht kan worden aan het verbod op onderscheid naar leeftijd of chronische zieke/handicap. Dit is overigens in lijn met de reikwijdte van de Algemene wet gelijke behandeling. In die wet wordt immers gesproken van ‘arbeidsverhouding’ en niet van het engere begrip ‘arbeidsovereenkomst’.⁶⁸

Algemeen opzegverbod

Naast de hierboven besproken bijzondere opzegverboden, kent het arbeidsrecht een algemeen opzegverbod: zonder toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (‘UWV’)⁶⁹ mag de arbeidsovereenkomst niet worden opgezegd. Tot 1 juli 2015 is dat verbod neergelegd in het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen (‘BBA’). Op grond van artikel 6 BBA is een opzegging zonder toestemming van het UWV vernietigbaar. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid wordt het algemene opzegverbod overgeheveld naar artikel 7:671 (nieuw) BW. Op grond van artikel 7:681 lid 1 (nieuw) BW kan een opzegging zonder toestemming vanaf 1 juli 2015 leiden tot vernietiging door de rechter of tot de verplichting van de werkgever een billijke vergoeding te betalen.

Het algemene opzegverbod geldt niet voor bestuurders. Tot 1 juli 2015 is sprake van een ontheffing op basis van het BBA. Artikel 6 BBA opent de mogelijkheid bij ministeriële regeling bepaalde (groepen van) werknemers ontheffing te verlenen van toepassing van dat artikel. Op grond hiervan zijn directeuren van naamloze vennootschappen vanaf 1954 uitgezonderd van de toepassing van het BBA.⁷⁰ De enige motivering voor dit besluit is dat bestuurders van een NV een bijzondere positie innemen. Deze motivering is in 1972, toen de uitzondering werd uitgebreid naar bestuurders van besloten vennootschappen, gelijk gebleven.⁷¹ In 2008 is het besluit abusievelijk enige tijd ingetrokken geweest. Ook het herstelbesluit kent geen nadere motivering, maar herhaalt slechts de motivering uit 1972.⁷² Vanaf 1 juli 2015 is niet meer zozeer sprake van een ontheffing, maar is direct in artikel 7:671 lid 1 (nieuw)

68 Vgl. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6 en 16; *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 79.

69 Voorheen directeur RBA, RDA en Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI) en UWV Werkbedrijf.

70 Besluit van 10 december 1954, *Stcrt.* 242.

71 Besluit van 21 november 1972, *Stcrt.* 234.

72 Dit is hersteld bij besluit van 9 oktober 2008, *Stcrt.* 199. Het herstel werkt terug tot 25 september 2008, de datum per wanneer abusievelijk was ingetrokken.

BW opgenomen dat de arbeidsovereenkomst van de bestuurder zonder toestemming (en zonder zijn instemming) kan worden opgezegd. Zag het ontheffingsbesluit nog uitsluitend op bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen, met ingang van 1 juli 2015 is evenmin toestemming nodig voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder van een vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij of een corporatie (rechtspersonen ten aanzien waarvan de rechter op grond van Boek 2 BW geen veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking kan uitspreken). Hetzelfde geldt voor bestuurders van vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen.⁷³

Artikel 6 BBA heeft voornamelijk een beschermingskarakter zo weten we inmiddels uit het *NUON/Olbrych*-arrest⁷⁴ en uitzonderingen moeten restrictief worden uitgelegd. De Hoge Raad heeft in het arrest *Levison/MAB*⁷⁵ geoordeeld dat “specifieke uitzonderingen op de voor werknemers in dienstbetrekking geldende regels met betrekking tot de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag, [...] strikt moeten worden uitgelegd.” Deze overweging zag specifiek op het BBA en het verbod op het herstel van de dienstbetrekking. Ook nu de uitzonderingen met de Wet werk en zekerheid voor meer bestuurders aan de orde zijn, blijft gelden dat de uitzonderingen restrictief moeten worden uitgelegd. Nergens blijkt uit dat de wetgever een breuk met het *Levison/MAB*- arrest heeft beoogd.

Bestuurder van een vennootschap naar vreemd recht

In 1995 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het ontheffingsbesluit ook van toepassing is op de beëindiging van de arbeidsverhouding van de bestuurder van een vennootschap naar vreemd recht.⁷⁶ Bestuurder Bennenbroek had een arbeidsverhouding met een Belgische vennootschap, Scia, en is van oordeel dat die verhouding niet had kunnen worden beëindigd zonder vergunning van – toen nog – de RDA. De ontheffing geldt volgens Bennenbroek uitsluitend voor bestuurder van Nederlandse naamloze en besloten vennootschappen. De Hoge Raad oordeelt, net als het hof, dat het BBA op de arbeidsverhouding van toepassing is ook al is Scia geen Nederlandse vennootschap. Omdat het ontheffingsbesluit strekt tot uitvoering van het BBA, is er geen reden aan te nemen dat het een beperkter toepassingsgebied zou hebben dan het BBA zelf. Uit het besluit blijkt niet dat het de bedoeling is geweest de reikwijdte te beperken tot *Nederlandse* naamloze en besloten vennootschappen. Het ontheffingsbesluit is dus ook van toepassing op de beëindiging van arbeidsverhoudingen van bestuurders met vennootschappen naar vreemd recht. Als uitzondering neemt de Hoge Raad aan dat het ontheffingsbesluit niet van toepassing is als de positie van een bestuurder van een buitenlandse vennootschap zo wezenlijk verschilt van de positie van een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap naar Nederlands recht, dat dat verschil zich tegen de toepassing van het besluit verzet.

73 Dit betreft codificatie van HR 15 september 1995, NJ 1996, 234, JAR 1995/213 (*Bennenbroek/Scia*), zie hierover verder in deze paragraaf.

74 HR 24 februari 2012, JAR 2012/93 (*NUON/Olbrych*).

75 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*).

76 HR 15 september 1995, NJ 1996, 234, JAR 1995/213 (*Bennenbroek/Scia*).

De Hoge Raad verwijst in dat licht naar het doel en de strekking van het ontheffingsbesluit. Deze verwijzing helpt de praktijk niet veel verder, gelet op de summiere toelichting. De *Bennenbroek/Scia*-jurisprudentie wordt met de Wet werk en zekerheid zonder nadere toelichting gecodificeerd.⁷⁷ Zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.5 al is omschreven, is de codificatie niet heel nauwkeurig. In *Bennenbroek/Scia* gaat het om bestuurders van een buitenlandse vennootschap wier positie niet wezenlijk verschilt van bestuurders van Nederlandse vennootschappen. In artikel 7:671 lid 1 sub e (nieuw) BW is opgenomen dat sprake moet zijn van een bestuurder van een “*vergelijkbare buitenlandse rechtspersoon*”.

Bestuurder andere rechtspersoon

Tot de Wet werk en zekerheid is met enige regelmaat de vraag opgekomen of op basis van het arrest *Bennenbroek/Scia* ook kan worden betoogd dat bestuurders/werknemers van andere rechtspersonen zoals de stichting of vereniging ook onder het ontheffingsbesluit vallen. Ook van die bestuurders kan in voorkomend geval immers worden gezegd dat hun positie niet wezenlijk verschilt van die van bestuurders een vennootschap. Met name Van der Ham heeft hiervoor gepleit.⁷⁸ Hoewel ik het met hem eens ben dat er weinig verschil is tussen een stichtingsbestuurder van een groot academisch ziekenhuis en de bestuurder van een farmacieconcern met een vennootschapsstructuur, meen ik toch dat het ontheffingsbesluit niet (te) extensief moet worden uitgelegd, mede gelet op het eerder aangehaalde *Levison/MAB*-arrest. Een extensieve uitleg zou eraan voorbij gaan dat uitzonderingen op werknemersbescherming strikt moet worden uitgelegd. Verburg⁷⁹ rekt de mogelijke werking van het *Bennenbroek/Scia*-arrest nog verder op dan Van der Ham door in het oordeel van de Hoge Raad te lezen dat het ontheffingsbesluit ook van toepassing is op een *leidinggevende* die zich in een vergelijkbare positie bevindt als de bestuurder van de NV of BV. Die lezing is (veel) te extensief gelet op het beschermingskarakter van het BBA en de *Levison/MAB*-uitspraak. In lagere rechtspraak wordt aangenomen dat artikel 6 BBA gewoon geldt voor stichtings- en verenigingsbestuurders.⁸⁰

Inmiddels heeft de Wet werk en zekerheid het pleit beslecht. Toestemming van het UWV is niet nodig voor bestuurders van rechtspersonen van wie herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 BW niet mogelijk is. Het gaat om de NV, de BV, de vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij en de coöperatie.⁸¹ De ratio is dat het niet aan de overheid is te oordelen voor de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd als het bevoegde orgaan heeft besloten dat de bestuurder niet kan aanblijven. Deze ratio is niet terug te vinden in toelichtingen op het de

77 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 2 (het in te voegen art. 7:671 lid 1 sub e BW).

78 Van der Ham 2008a en de aldaar genoemde literatuur. Zijn analyse van het *Bennenbroek/Scia*-arrest is grondig, maar de conclusie deel ik niet.

79 Verburg 2008 en Verburg 2013. Hij betoogt dit met name in het kader van het afsplitsen van functies. Zie hierover onder 6.2.4.

80 Vgl. Ktr. Dordrecht 12 februari 2009, *JOR* 2009/155 (*t Hellegat/X.*) en Rb. Venlo (ktr) 22 april 2009, *JOR* 2009/ 156 m.nt. Witteveen, *JAR* 2009/138, *JOR* 2009/156 (*St. Wel.Kom.*).

81 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8 (nota van wijziging), p. 16.

ontheffingsbesluiten (vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.1 en 2.2.2.5). Voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de stichtingsbestuurder is dus nog steeds toestemming van het UWV nodig.

De gewezen bestuurder

Een andere regelmatig terugkerende vraag is of voor het arbeidsrechtelijk ontslag van de gewezen bestuurder een vergunning van het UWV nodig is. Het ontheffingsbesluit noch de Wet werk en zekerheid geeft hierover uitsluitel. Evenmin is sprake van richtinggevende jurisprudentie. In 1996 heeft De Boode een helder en duidelijk overzicht gegeven van de op dat moment bestaande standpunten in de literatuur.⁸² De voor- en tegenstanders van het handhaven van de ontheffing zijn dan getalsmatig ongeveer gelijk. De Boode concludeert dat een vergunning vereist is als partijen na het vennootschapsrechtelijk ontslag een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan. In andere gevallen blijft het ontheffingsbesluit gelden. In recentere literatuur wordt dat standpunt met enige nuancering nog steeds gevolgd.

Naar de huidige stand van de literatuur geldt dat er géén vergunning voor de gewezen bestuurder nodig is als na het vennootschapsrechtelijk ontslag geen andere invulling is gegeven aan de arbeidsovereenkomst.⁸³ Of anders gezegd: als de arbeidsrechtelijke beëindiging nog samenhangt met de vennootschapsrechtelijke beëindiging.⁸⁴ Vrijwel alle auteurs verwijzen ter onderbouwing van hun standpunt naar het in paragraaf 6.10.1 nader te bespreken *Atlantic Nominees*-arrest waarin is beslist dat de rechtbank ook de bevoegde rechter blijft als de vennootschapsrechtelijke band al is geslaakt. Alleen Van der Ploeg & Van den Heuvel⁸⁵ stellen zich op een afwijkend standpunt: na een vennootschapsrechtelijk ontslag is een vergunning nodig om op te zeggen. Dat is de consequentie van de dubbele rechtsbetrekking. Hun standpunt overtuigt niet, mede gelet op het *Atlantic Nominees*-arrest.

Ook in, schaarse, lagere uitspraak komt de rechter tot het oordeel dat de gewezen bestuurder nog steeds onder het ontheffingsbesluit valt en er dus geen ontslagvergunning nodig is.⁸⁶ Een Rotterdamse uitspraak is illustratief. Het gaat om een bestuurder die zelf zijn positie neerlegt onder uitdrukkelijke handhaving van het dienstverband. Vervolgens wordt in een algemene vergadering alsnog een ontslagbesluit genomen dat ziet op zowel de vennootschapsrechtelijke kant als de arbeidsovereenkomst. De

82 De Boode 1996.

83 Verburg 1998a, Duk 2006, De Bock 2002. Zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 3 februari 2006, *JAR* 2006/66 (*Seebregts/NH Corporate Training*), par. 2.3: dat Seebregts tijdens de arbeidsrechtelijke opzegging geen bestuurder meer was doet niet ter zake omdat de betrokken arbeidsovereenkomst in verband stond met het bestuurderschap van Seebregts.

84 Huizink 2001.

85 Van der Ploeg & Van den Heuvel 1999, p. 26.

86 Rb. Haarlem 14 september 2004 (vzr.), *JOR* 2004/295, *RAR* 2005/9 (*Van de Kamp/IFRF Research*) en Rb. Rotterdam (ktr. vzr.) 7 en 14 december 2004, *JOR* 2005/83, *JAR* 2005/39 (*Vorstenburg/Heijmans*). De Voorzieningenrechter Haarlem wijst er met zoveel woorden op dat het anders wel erg makkelijk wordt voor de bestuurder om onder het ontheffingsbesluit uit te komen: hij kan zijn bestuurderschap neerleggen en verkrijgt zo BBA bescherming. Deze redenering gaat na de 15 april-arresten uiteraard niet meer op. Legt de bestuurder zijn bestuurderschap neer, dan heeft hij ook zijn arbeidsovereenkomst beëindigd.

bestuurder/werknemer start vervolgens een kort geding waarin hij loondoorbetaling vordert. Hij wendt zich daartoe tot de kantonrechter als voorzieningenrechter. Kern van zijn stelling is dat hij door het neerleggen van zijn bestuurderschap een gewone werknemer is geworden zodat de kantonrechter bevoegd is en het BBA van toepassing is. De kantonrechter verklaart zich onder verwijzing naar het *Atlantic Nominees* arrest onbevoegd en verwijst de zaak naar de voorzieningenrechter van de sector civiel. Die krijgt vervolgens te oordelen over de toepasselijkheid van het BBA. Onder verwijzing naar 'gezaghebbende literatuur' oordeelt de voorzieningenrechter dat ook de gewezen bestuurder (ongeacht of zij zelf hun functie hebben neergelegd of niet) valt onder het ontheffingsbesluit en dus geen aanspraak kan maken op de bescherming van het BBA. Alleen als de bestuurder tevens een andere functie in de onderneming van de vennootschap (of in de onderneming van een met haar verbonden vennootschap) vervult, dan wel indien partijen na het vennootschapsrechtelijk ontslag de relatie feitelijk gedurende bepaalde tijd hebben gecontinueerd, kan dit anders zijn.⁸⁷

In 2012 oordeelt de Rechtbank Rotterdam anders en neemt tot uitgangspunt dat het BBA wel van toepassing is nadat het bestuurderschap is geëindigd.⁸⁸ Het betreft in die zaak een tijdens de opzegtermijn gegeven ontslag op staande voet. Het bestuurderschap was al geëindigd door het ontslagbesluit, de arbeidsovereenkomst zou eindigen na ommekomst van de opzegtermijn. De aangevoerde dringende reden houdt geen stand en de rechtbank oordeelt dat het ontslag op staande voet vernietigbaar is vanwege het ontbreken van een dringende reden. De vennootschap heeft evenwel de toepasselijkheid van het BBA niet weersproken en heeft – desgevraagd – eveneens verklaard dat voor haar de al dan niet toepasselijkheid van het BBA niet uitmaakte. De rechtbank gaat daarmee uit van vernietigbaarheid. Gelet op deze proceshouding van partijen, zou ik deze uitspraak niet willen zien als een aanwijzing dat gewezen bestuurders na het ontslagbesluit op grond van het algemene opzegverbod ontslagbescherming genieten.

De vraag of een ontslagvergunning nodig is zal zich met name voordoen als de arbeidsrechtelijke relatie in stand is gebleven vanwege een bijzonder opzegverbod. Vervalt het opzegverbod, dan kan de arbeidsrechtelijke relatie alsnog worden beëindigd. Naar de heersende leer is er dan dus geen ontslagvergunning nodig, tenzij partijen na het bestuurderschap een andere invulling aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven. Dit zal in geval van een opzegverbod niet snel aan de orde zijn, wel indien partijen zijn overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst voortduurt, bijvoorbeeld omdat de gewezen bestuurder een andere functie binnen het bedrijf of concern gaat bekleden. Wat nu te denken van het geval waarin de arbeidsovereenkomst voortduurt in verband met een opzegverbod wegens ziekte en in het kader

87 Vgl. Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, *JAR* 2011/314 (*Kers/De Heks*). Het ging hier niet om de toepasselijkheid van het BBA, maar om de bevoegde rechter. Omdat de arbeidsovereenkomst na het ontslag als bestuurder nog 6,5 jaar heeft voortgeduurd en partijen andere afspraken hadden gemaakt over de werkzaamheden oordeelde het hof dat er geen rechtens relevant band meer was tussen het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst.

88 Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *JAR* 2012/237 (*Vermeer/DPW*).

van de re-integratieverplichtingen die op partijen rusten, de gewezen bestuurder andere werkzaamheden verricht.⁸⁹ Ik zou menen dat zolang de passende werkzaamheden die de bestuurder verricht in het kader van de re-integratie, niet de bedongen arbeid is geworden, géén ontslagvergunning nodig is.⁹⁰

Overigens geldt wel dat een gewezen bestuurder onder de werkingssfeer van een algemeen verbindend verklaarde cao kan komen te vallen door het eindigen van het bestuurderschap.⁹¹ Hetzelfde geldt voor de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds. Hier zit een zekere logica in. Cao's kennen doorgaans een werkingssfeerbepaling. Vaak worden bestuurders, andere hoge managementfunctionarissen of werknemers met een salaris boven een bepaalde grens uitgesloten van de werking van de cao. Vervalt de hoedanigheid van de betreffende werknemer (bijvoorbeeld doordat het bestuurderschap eindigt) en is voor het overige voldaan aan de vereisten van toepasselijkheid van de cao, dan gaat de cao gelden.⁹² Vanuit het oogpunt van het cao-recht is dit juist en consistent. Gelet op de rechtspraak die de gewezen bestuurder als bestuurder blijft behandelen waar het gaat om zijn rechtspositie, vind ik het minder voor de hand liggen dat door het ontslag als bestuurder een cao van toepassing wordt. Zeker indien sprake is van een standaard-cao kan dit leiden tot (voor de bestuurder) ongewenste gevolgen omdat de bepalingen in de individuele arbeids-overeenkomst die afwijken van de cao nietig zijn en vervangen worden door de cao-bepaling. Ik zou dan ook menen dat hier niet de systematiek van het cao-recht bepalend moet zijn, maar de rechtspraak over de positie van de gewezen bestuurder.

Bovenstaande analyse verandert niet door de overbrenging van het algemeen opzegverbod van het BBA naar het BW per 1 juli 2015.

Bestuurder in dienst van een groepsvennootschap

Ook is het de vraag of het ontheffingsbesluit geldt als de bestuurder in dienst is bij een andere vennootschap dan waar hij bestuurder is, bijvoorbeeld bij een dochter of een andere groepsmaatschappij. In het ontheffingsbesluit staat dat ontheffing wordt verleend voor “*de bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen*”. Het besluit specificeert niet dat de ontheffing alleen geldig is als er de arbeidsverhouding bestaat met de betreffende vennootschap. Aangezien sprake is van een uitzondering op een beschermende regeling (het algemene opzegverbod), moet deze restrictief worden uitgelegd.⁹³ Het kan niet de bedoeling zijn dat de ontheffing geldt voor elke werknemer

89 Ik ga uit van een geval van ‘echte ziekte’.

90 De vraag wanneer passende arbeid bedongen arbeid is geworden is overigens niet eenvoudig te beantwoorden, ook niet voor ‘gewone’ werknemers. Zie Kruit & Van Vliet 2011 en Van der Ham & Zaman 2011, HR 30 september 2011, JAR 2011/274 (*Kummeling/Oskam*) en Van Slooten 2013.

91 Hof Den Bosch 14 februari 2012, JAR 2012/89 (*Chantal Trans*).

92 Een vergelijkbare situatie ontstaat als op enig moment blijkt dat er nooit een (geldig) benoemingsbesluit is geweest en de bestuurder dus nooit daadwerkelijk bestuurder is geweest. Vgl. hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1.

93 HR 24 februari 2012, JAR 2012/93 (*NUON/Olbrych*) en HR 13 november 1002, NJ 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*).

die waar dan ook (binnen het concern) een bestuurderschap heeft. Als het de bedoeling zou zijn geweest dat de ontheffing geldt voor elke bestuurder die een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap of een groepsvennootschap, dan had dat in het ontheffingsbesluit moeten staan. Bij het opnieuw vaststellen van het ontheffingsbesluit in 2008 is géén wijziging in de reikwijdte opgenomen.⁹⁴ De Wet werk en zekerheid wijzigt de reikwijdte evenmin in deze zin. In de literatuur en jurisprudentie is hierover ook weinig onduidelijkheid.⁹⁵

Arbeidsverhouding

Volledigheidshalve merk ik op dat het ontheffingsbesluit, net als het BBA zelf, verwijst naar *arbeidsverhouding*, en niet naar arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat ook een (beurs)bestuurder die zijn werkzaamheden verricht op basis van een opdracht-overeenkomst valt onder het ontheffingsbesluit zodat geen vergunning van het UWV nodig is. Zodra het algemene opzegverbod is opgenomen in het BW geldt dat het verbod alleen geldt voor *arbeidsovereenkomsten*. De bestuurder die zijn werkzaamheden op basis van een opdrachtovereenkomst verricht heeft daarmee dus niets te maken.

6.2.3 Anders overeengekomen

De arbeidsovereenkomst tussen bestuurder en vennootschap duurt ondanks een ontslagbesluit voort als partijen dat zijn overeengekomen. Deze uitzondering spreekt voor zich. Als partijen met elkaar verder willen maar om wat voor reden het bestuurderschap niet meer aan de orde is, dan staat het hun vrij dat overeen te komen. Ik meen dat ook aan de start van de relatie partijen kunnen overeenkomen dat een toekomstig vennootschapsrechtelijk ontslag niet het arbeidsrechtelijk ontslag meebrengt.⁹⁶ Niet veel vennootschappen zullen tot zo'n afspraak zijn genegen. In sommige gevallen kan het echter wel aan de orde zijn, bijvoorbeeld in het geval van een concernwerknemer. Soms is het statutair bestuurderschap van een vennootschap één van de functies die de werknemer gedurende een langer dienstverband bekleedt. Een enkele keer komt het in de praktijk voor dat een 'functioneel bestuurder' (zie hierover 6.2.4) wordt benoemd en partijen in het geheel niet wensen de ontslagbescherming te verminderen. Ook dan wordt wel eens vooraf overeengekomen dat het ontslagbesluit niet ook het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt.

Wil de werkgever na het vennootschapsrechtelijk ontslag de arbeidsovereenkomst beëindigen, dan gelden de regels voor gewezen bestuurders (rechtbank is bevoegd en het BBA is niet van toepassing), tenzij partijen na het vennootschapsrechtelijk

94 In lagere rechtspraak is wel geoordeeld dat in dit soort gevallen het ontheffingsbesluit niet geldt en een vergunning moet worden aangevraagd, vgl. Hof Den Haag 2 mei 1975, NJ 1976, 566 (*Cyanamid/Kalmbach*).

95 Bij wijze van voorbeeld wijs ik op de uitspraak van de Rb. Gelderland (vzr.) 6 november 2014, JAR 2015/5 (*Langeslag/VSE*). De bestuurder van een aantal vennootschappen heeft een arbeidsovereenkomst met de coöperatie die enig aandeelhouder van de vennootschappen is. Voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst is een vergunning nodig ex art. 6 BBA, aldus de voorzieningenrechter.

96 Anders Boontje & Loonstra 2006 die menen dat het uitsluitend kan gaan om een afspraak in het kader van het naderende ontslag.

ontslag nog een andere inhoud aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven, bijvoorbeeld doordat de gewezen bestuurder daadwerkelijk een andere functie is gaan verrichten.⁹⁷

Deze uitzondering geldt ook voor het geval de bestuurder zijn bestuurderschap neerlegt. In *Bartelink/Ciris* overweegt de Hoge Raad immers:

“ook de ontslagneming door de statutaire bestuurder in beginsel tot gevolg heeft dat zijn dienstbetrekking eindigt. Daaruit vloeit tevens voort dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder, die zijn functie neerlegt, die ontslagneming eenzijdig kan beperken tot het verlies van de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap met instandhouding van de dienstbetrekking.”
(onderstreping JHB)

Hieruit volgt dat ook tussen partijen kan worden *overeengekomen* dat de bestuurder wel uitsluitend het bestuurderschap kan neerleggen. Ook dit kan zowel op voorhand als ten tijde van de ontslagneming kan worden overeengekomen. De Hoge Raad heeft in de *15 april*-arresten er duidelijk voor gekozen ontslag door de bestuurder en ontslag door de vennootschap gelijk te behandelen; er is geen goede reden om aan te nemen dat hetzelfde hier niet voor geldt. Wel moet de afspraak duidelijk zijn gemaakt.⁹⁸

6.2.4 De derde uitzondering?

Seebregts/NH Corporate Training

Na de *15 april*-arresten uit 2005 kreeg de Hoge Raad begin 2006 opnieuw een zaak over de ontslagnaming door een statutair bestuurder voorgelegd.⁹⁹ Hoewel het cassatieberoep onder verwijzing naar de *15 april*-arresten en met toepassing van artikel 81 RO is verworpen, is de conclusie van (opnieuw) advocaat-generaal Timmerman interessant. De casus lijkt op die van *Bartelink/Ciris*: ook Seebregts is een statutair bestuurder die – voordat hij als zodanig is benoemd – al als titulair commercieel directeur werkzaam was bij NH Corporate BV. Op enig moment legt Seebregts zijn functie als statutair bestuurder neer en houdt hij zich beschikbaar voor zijn “*reguliere (bedrijfsmatige) werkzaamheden*”. De werkgever zegt vervolgens op zonder vergunning van het UWV. Partijen procederen over de vraag of de arbeidsovereenkomst nu wel of niet is geëindigd. In het cassatiemiddel voert Seebregts aan dat nadat hij zijn bestuurderschap had neergelegd het BBA van toepassing is geworden en opzegging zonder toestemming van het UWV dus niet aan de orde was. Ten tweede voert hij aan dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de functies van commercieel en statutair directeur onlosmakelijk met elkaar waren verbonden waardoor een aparte

97 Zie voor een voorbeeld de eerder aangehaalde uitspraak van Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, *JAR* 2011/314 (*Kers/De Heks*). Het Hof oordeelde (over de bevoegde rechter) dat de arbeidsovereenkomst na het ontslag als bestuurder nog 6,5 jaar heeft voortgeduurd en partijen andere afspraken hadden gemaakt over de werkzaamheden zodat er geen rechtens relevante band meer was tussen het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst.

98 Vgl. Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6351 (*Arturo/Riva*) waarin de rechtbank oordeelt dat van wilsovereenstemming tot het maken van andersluidende afspraken geen sprake is.

99 HR 3 februari 2006, *JAR* 2006/66 (*Seebregts/NH Corporate Training*).

opzegging van de arbeidsovereenkomst, strekkende tot het uitoefenen van de functie van commercieel directeur, niet was vereist en de vennootschap de arbeidsovereenkomst met Seebregts rechtsgeldig kon opzeggen zonder toestemming als bedoeld in artikel 6 van het BBA.

Advocaat-generaal Timmerman gaat in zijn conclusie in op de vraag naar de (on)splitsbaarheid van de hoedanigheid van bestuurder en werknemer. De advocaat-generaal betoogt dat een onderscheid tussen werkzaamheden die iemand als bestuurder verricht en werkzaamheden die iemand als werknemer verricht niet goed te maken is en tot juridische complicaties en procedures zal leiden. Maar, aldus nog steeds Timmerman, in uitzonderlijke situaties kan er wel degelijk een reden zijn voor splitsing van beide posities. Hij verwijst in dit verband naar de kanttekening die Ten Have bij de 15 april-arresten heeft gemaakt.¹⁰⁰ Ten Have wijst in zijn commentaar op de mogelijkheid dat het statutair bestuurderschap bij de uitoefening van werkzaamheden geen werkelijke rol speelt. In dat geval zou er volgens de advocaat-generaal wel reden voor een splitsing kunnen zijn. Deze overweging helpt Seebregts niet. Het enkele feit dat al een arbeidsovereenkomst bestaat voordat het bestuurderschap om de hoek komt, is onvoldoende om als aanknopingspunt voor splitsing aan te nemen, zo stelt de advocaat-generaal. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep onder verwijzing naar de 15 april-arresten en artikel 81 RO.¹⁰¹

Het lijkt alsof de advocaat-generaal hier nog een uitzondering op de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel 'ontslag is ontslag' voorstelt. Niet alleen een wettelijk ontslagverbod of een andersluidende partijafpraak kan maken dat een ontslagbesluit of een ontslagname niet tevens de arbeidsovereenkomst doet eindigen, ook in het geval het bestuurderschap geen rol van betekenis heeft en het wegvallen daarvan voor de functie, het takenpakket en de arbeidsvoorwaarden geen betekenis heeft, zou splitsing van het arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke ontslag aan de orde kunnen zijn. Deze uitzondering had ook in *Bartelink/Ciris* aan de orde kunnen komen. Ook daar is immers door de bestuurder aangevoerd dat hij na het neerleggen van zijn bestuurderschap nog de 'gewone' management werkzaamheden kon en wilde uitvoeren. Deze – door Ciris onvoldoende weersproken – stelling heeft de voorzieningenrechter immers uitdrukkelijk laten meewegen in zijn oordeel.¹⁰²

Het is de vraag wat met deze 'derde uitzondering' bereikt wordt, zo die al moet worden aangenomen. In de 15 april-arresten is immers niet meer beslist dan dat het ontslagbesluit ook de arbeidsovereenkomst beëindigt. Er is niet beslist dat de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap altijd onsplitbaar is. Er is evenmin beslist dat als de arbeidsovereenkomst in stand blijft (omdat er sprake is van een

100 Ten Have 2005.

101 Zie Duk 2013a over de betekenis van het door de Hoge Raad verwerpen van een cassatieberoep op grond van art. 81 RO.

102 Rb. Amsterdam (vzr.) 9 oktober 2003, JAR 2003/275, JOR 2004/6 (*Bartelink/Ciris*).

uitzondering) de volle ontslagbescherming van toepassing is op de achtergebleven arbeidsovereenkomst (zie hetgeen hiervoor is opgemerkt over de gewezen bestuurder). In de lagere rechtspraak en de literatuur wordt dit onderscheid niet altijd helder gemaakt en lijkt de gedachte te hebben postgevat dat met de derde uitzondering niet alleen kan worden bereikt dat het ontslagbesluit niet meteen ook de beëindigingshandeling voor de arbeidsovereenkomst is, maar ook dat vervolgens volle ontslagbescherming van toepassing is. Dat volgt niet uit de *15 april*-arresten, ook niet als een 'derde uitzondering' wordt aangenomen. Een 'vollere' ontslagbescherming zou pas aan de orde komen als partijen na het vennootschapsrechtelijke ontslag daadwerkelijk invulling geven aan die andere functie en daarna een beëindiging wordt nagestreefd.

Lagere rechtspraak

In de lagere rechtspraak is een enkele keer aangenomen dat de *15 april*-arresten geen toepassing vinden omdat bestuurstaken kunnen worden afgesplitst. De Voorzieningenrechter Amsterdam oordeelde in 2007¹⁰³ dat in het midden kan blijven of betrokkene daadwerkelijk als statutair bestuurder was benoemd omdat het statutair bestuurderschap was beperkt tot enkel formele verantwoordelijkheden en geen sprake was van wezenlijke taken als bestuurder, geen betrokkenheid bestond bij beleidsbeslissingen en gedurende het statutair bestuurderschap het takenpakket veranderd was zonder dat dat invloed had op het bestuurderschap. Slechts 20% van de tijd zou betrokkene hebben besteed aan het statutair bestuurderschap van ongeveer twintig vennootschappen, zodat slechts een zeer klein deel van zijn werkzaamheden zag op het bestuurderschap van de vennootschap waar hij in dienst was. De voorzieningenrechter oordeelt vervolgens dat op grond van deze omstandigheden aan de bestuurder "*op gronden van redelijkheid en billijkheid de aan een werknemer toekomende bescherming bij ontslag niet [kan] worden onthouden, zodat een uitzondering dient te worden gemaakt op voormeld beginsel [de hoofdregel uit de 15 april-arresten, JHB] bij ontslag van een statutair bestuurder.*" De voorzieningenrechter verbindt aan de splitsbaarheid dus de consequentie dat de bestuurder de volledige ontslagbescherming geniet. Naar mijn oordeel is dat onjuist.

Een klein jaar later komt de vraag opnieuw aan de orde bij de Kantonrechter Venlo.¹⁰⁴ De kantonrechter komt niet toe aan een beantwoording van de splitsingsvraag vanwege het ontbreken van een geldig benoemingsbesluit, maar wijdt er wel een aantal overwegingen aan waaruit blijkt dat hij heeft onderzocht of sprake is van een 'echt' bestuurderschap of een 'functioneel' bestuurderschap. De Voorzieningenrechter Amsterdam krijgt in 2010 nogmaals te oordelen over de splitsingsuitsondering.¹⁰⁵ Opnieuw lijkt de Voorzieningenrechter Amsterdam de splitsingsuitsondering te aangaan, maar oordeelt dat niet is gebleken dat de bestuurder geen daadwerkelijke invulling aan het bestuurderschap heeft gegeven. Wat de consequentie zou zijn geweest als dat wel het geval is (volle ontslagbescherming of niet), blijft onuitgesproken.

103 Ktr. Amsterdam (vzr.) 16 mei 2007, *JAR* 2007/176 (*Duijves/Pan European Crossing Networks*).

104 Rb. Roermond (ktr.) 5 februari 2008, *JAR* 2008/85 m.nt. Beltzer (*Verstraaten/Flextronics*).

105 Rb. Amsterdam (vzr.) 2 maart 2010, *JAR* 2010/102 (*Schiet/Bestford*).

De Kantonrechter Groningen (vzr.) overweegt in 2010¹⁰⁶ onder verwijzing naar het *Seebregts*-arrest dat de 15 april-arresten niet meebrengen dat geen andere uitzonderingen mogelijk zijn. Vervolgens overweegt de kantonrechter dat in deze zaak het statutair bestuurderschap bij de uitoefening van de werkzaamheden geen werkelijke rol speelt. De kantonrechter baseert dat onder meer op de omstandigheid dat de werknemer/bestuurder in kwestie verantwoording diende af te leggen aan een business unit director die zelf geen statutaire positie binnen de vennootschap had. De kantonrechter oordeelt dat daarom een gerede kans bestaat dat in een bodemprocedure wordt geoordeeld dat met het ontslagbesluit géén einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst, ook nu geen ontslagvergunning is gevraagd of gekregen. In 2013 heeft de Rechtbank Oost-Nederland¹⁰⁷ het beroep van een bestuurder op de 'derde uitzondering' verworpen en geoordeeld dat deze uitzondering (nog) niet door de Hoge Raad is aanvaard. Ook hier leek de toepasselijkheid van het BBA de inzet te zijn.

'De derde uitzondering' en differentiatie in ontslagbescherming

Ook in de literatuur wordt de 'derde uitzondering' vaak besproken in het kader van differentiatie van ontslagbescherming: sommige bestuurders zijn geen 'echte' bestuurders en is het niet onredelijk op hen andere regels toe te passen dan op gewone werknemers? Deze onredelijkheid kan twee kanten op. Enerzijds is er de casus die Timmerman (in navolging van Ten Have)¹⁰⁸ voor ogen had. Die casus ging niet zozeer over ontslagbescherming, maar eerder over een vennootschap die geconfronteerd zou kunnen worden met een gelukzoekende bestuurder. Een bestuurder die zijn functie prima zonder het statutair bestuurderschap zou kunnen vervullen, maar het ontslag uit de statutaire functie aangrijpt om een (contractuele) ontslagvergoeding te incasseren en hierin wordt gesteund door de onsplitsbaarheid.¹⁰⁹ Dit is naar mijn oordeel een uitzonderingsgeval. Is het ongewenst dat de arbeidsrechtelijke band wordt verbroken, dan kunnen partijen anders overeenkomen (de tweede uitzondering). Wil de bestuurder dat niet en ziet hij zijn kans schoon om met een vergoeding te vertrekken, dan is dat inderdaad in zekere zin onbedoelde 'bijvangst' van de 15 april-arresten, maar wel van een zeer uitzonderlijk karakter. Mijns inziens vormt dit geen rechtvaardiging voor een derde uitzondering.

Anderzijds wordt wel betoogd dat in sommige gevallen het bestuurderschap geen daadwerkelijke invulling kent. De werknemer heeft in dat geval een reguliere functie die hij prima zonder statutair bestuurderschap kan uitoefenen, maar om praktische redenen is hij toch benoemd. In die gevallen is het de vraag of het terecht is dat zo'n bestuurder ook geconfronteerd wordt met verminderde ontslagbescherming (en met de aansprakelijkheden die bij het bestuurderschap horen). Zoals al eerder opgemerkt, Van Uden heeft deze bestuurder de functionele bestuurder genoemd.¹¹⁰ Het gaat mijns

106 Rb. Groningen (ktr. vzr.) 16 september 2010, RAR 2011/139 (Sijs/LPF).

107 Rb. Oost-Nederland 20 maart 2013, JAR 2013/132 m.nt. Wiersma (Sensient/Broekhuis).

108 Vgl. conclusie A.-G. Timmerman voor HR 3 februari 2006, JAR 2006/66, paragraaf 2.7 inclusief verwijzing naar Ten Have 2005.

109 Zie Ten Have 2005 en Verburg 2013.

110 Van Uden 2006.

inziens in die gevallen niet zozeer om de vraag of de 15 april-arresten van toepassing zijn, maar meer om de vraag of de verminderde ontslagbescherming in die gevallen terecht is.

Het rechtsgevoel dat sommige bestuurders dermate weinig verschillen van gewone werknemers dat een uitgekledede bescherming niet terecht is, is begrijpelijk maar staat los van de 15 april-arresten. Voor een onderscheid naar 'soorten bestuurders' is evenmin een grond te vinden in het vennootschapsrecht. Boek 2 BW kent maar één bestuurder. Het arbeidsrecht sluit wat de positie van bestuurders betreft volledig aan bij de in Boek 2 BW gebruikte terminologie en definities. Ik zie daarin geen ruimte tot differentiatie. Alleen voor de bestuurder van een beursvennootschap is expliciet opgenomen dat zijn rechtspositie niet arbeidsrechtelijk is. Niet meer en niet minder.

Een ander aanknopingspunt tegen het aanvaarden van de mogelijkheid dat sommige bestuurders aan een ander ontslagregime zijn ontworpen dan 'echte' bestuurders vind ik in de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid, en dan met name de aansprakelijkheid van trustbestuurders jegens derden (de externe bestuurdersaansprakelijkheid). In 2011 heeft de Hoge Raad bevestigd dat de maatstaf 'ernstig verwijtbaar handelen' bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder zijn taak behoorlijk heeft vervuld voor een trustbestuurder op dezelfde wijze moet worden aangelegd als bij een 'gewone' bestuurder.¹¹¹ Advocaat-generaal Keus wijst er in zijn conclusie (paragraaf 2.21) op dat trustkantoren en -directeuren weinig autonomie hebben en dat het beleid van de vennootschap wordt gevormd door directe of indirecte aandeelhouders. De trustdirecteuren zijn sterk afhankelijk van de vennootschappen die zij beheren en de activiteiten en werkzaamheden zijn beperkt en van administratieve en uitvoerende aard. In paragraaf 2.22 schrijft A-G Keus:

"Doorgaans wordt aangenomen dat voor bestuurders van afhankelijke groepsmaatschappijen, waarin de (in)directe aandeelhouder een instructiemacht heeft, geen zwaardere of juist lichtere aansprakelijkheidsregels gelden, zodat het hiervoor geschetste kader van bestuurdersaansprakelijkheid ook van toepassing is op trustdirecteuren die als statutair bestuurder van een doelvennootschap optreden. Trustkantoren en hun vertegenwoordigende directeuren kunnen zich in de regel niet disculperen met de enkele stelling dat zij slechts formeel, louter instrumenteel bestuurder zijn."

Het hof¹¹² had in deze zaak (r.o. 3.19) er op gewezen dat het niet aanvaardbaar zou zijn dat een bestuurder zich jegens een derde kan beroepen op een bij overeenkomst (de overeenkomst van opdracht op basis waarvan de trustwerkzaamheden worden verricht) aangebrachte beperking van zijn taken of verantwoordelijkheden. Hiermee is direct een argument gegeven waarom analoge toepassing van deze redenering op de 'niet echte' bestuurder niet helemaal opgaat: daar zijn immers geen derden bij betrokken.

111 HR 8 juli 2011, JOR 2011/285 m.nt. Tekstra (*Intertrust/Belastingdienst*).

112 Hof Amsterdam 21 juli 2009, JOR 2009/314 m.nt. Tekstra (*MeesPierson Trust/Belastingdienst*).

Toch ben ik van oordeel dat het niet op basis van feiten en omstandigheden zo kan zijn dat een bestuurder die rechtsgeldig benoemd is, niet als bestuurder wordt behandeld als hij ontslagen wordt. Een 'bestuurder' die nooit rechtsgeldig is benoemd, maar zich wel zo gedraagt, wordt immers ook niet beschouwd als bestuurder. Het omgekeerde kan dan ook niet aan de orde zijn. Daar komt bij dat indien de feiten en omstandigheden bepalen welk ontslagregime van toepassing is, de praktijk wordt opgezaald met een extra dimensie bij het ontslag van een bestuurder die alleen maar tot meer rechtsonzekerheid en procedures kan leiden. Met Verburg ben ik het eens dat dan sprake zou zijn van een glijdende schaal.¹¹³ Voor een ontslagbescherming op maat valt wellicht op rechtspolitieke gronden iets te zeggen, maar dan zou dat wettelijk geregeld moeten worden. Zoals de bestuurder van beursvennootschappen uit het arbeidsrecht is getild, zou bijvoorbeeld wettelijk kunnen worden bepaald dat een bestuurder van een groepsvennootschap arbeidsrechtelijk gezien als 'gewone' werknemer geldt en dus volle ontslagbescherming heeft.

Ik wijs overigens nog op het onderscheid tussen de situatie waarin het bestuurderschap geen echte invulling kent (de functioneel bestuurder van Van Uden) en de bestuurder die wel daadwerkelijk invulling geeft aan het bestuurderschap, maar daarnaast een andere functie bekleedt (de 'Seebregts-bestuurder').¹¹⁴ De laatste situatie lijkt mij iets minder diffuus, toch zal ook daar de rechtszekerheid het moeten winnen van het leveren van maatwerk. Duk¹¹⁵ heeft gesuggereerd de derde uitzondering via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid te vangen in de tweede uitzondering, waarbij partijen als het ware geacht worden impliciet te zijn overeengekomen dat het ontslagbesluit geen einde aan de arbeidsovereenkomst maakt omdat ook nog andere werkzaamheden werden en worden verricht. Dit lijkt mij de zaak nog verder vertroebelen en enigszins gekunsteld.

Ten slotte merk ik nog op dat de Hoge Raad in eerdere arresten heeft aanvaard dat een werknemer niet alleen bestuurder is, maar ook een functie vervult die daar los van staat. Zie in dit verband ook het arrest *Mooij Verf/De Waard*¹¹⁶ waarin de Hoge Raad in het kader van een overgang van onderneming aanneemt dat een splitsing van gewone en bestuurstaken wel kan, alsook het arrest *Atlantic Nominees*¹¹⁷ r.o. 3.2 laatste volzin. De Hoge Raad verwijst expliciet naar de mogelijkheid dat de met de bestuurder gesloten overeenkomst inhoudt dat hij naast zijn functie van bestuurder een andere

113 Vgl. Verburg 2008. Zie ook kritisch over de derde uitzondering Wiersma in zijn noot onder *JAR* 2013/132.

114 Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, *JOR* 2012/139 m.nt. Verburg: naast het bestuurderschap vervulde de bestuurder ook de rol van calculator. Zie voor een nadere bespreking van deze uitspraak paragraaf 6.2.5 *bestuurder in dienst van een groepsvennootschap*. Zie ook Rb. Roermond (ktr.) 5 februari 2008, *JAR* 2008/85 m.nt. Beltzer (*Verstraaten/Flextronics*) waarin wat verwarrend wordt gesproken over een 'functioneel bestuurder' omdat er geen benoemingsbesluit was.

115 Duk 2013a.

116 HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 211 m.nt. PAS, *JAR* 1993/244. Zie hierover ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.3.

117 HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 142.

functie vervult. Uit het feit dat de Hoge Raad in de *15 april*-arresten en in het *Seebregt*-arrest deze splitsingsmogelijkheden niet heeft benoemd in het kader van het ontslagbesluit, leid ik af dat ook de Hoge Raad niet van oordeel is dat voor sommige bestuurders (namelijk die bestuurders die een afsplitsbare functie hebben) een ander ontslagregime zou moeten gelden.

6.2.5 Het toepassingsbereik van de *15 april*-arresten

In een aantal gevallen is het de vraag of de rechtsregels uit de *15 april*-arresten van toepassing zijn. Deze gevallen zijn enigszins vergelijkbaar met de in paragraaf 6.2.2 beschreven situaties waarin het de vraag is of de ontheffing van het algemeen opzegverbod toepassing vindt: de bestuurder is in dienst van een dochter- of groepsvennootschap of er is geen arbeidsovereenkomst maar een opdrachtovereenkomst. Ook is de vraag aan de orde geweest of de *15 april*-arresten analoog kunnen worden toegepast als sprake is van een andere rechtspersoon dan een vennootschap. Ten slotte is het de vraag of de ontsplitsbaarheid van het ontslagbesluit ook toegepast kan worden op andere beëindigingen dan via het ontslagbesluit. Al deze 'grensgevallen' worden in deze paragraaf besproken.

Bestuurder in dienst van een groepsvennootschap

Als een bestuurder in dienst is van een andere (groeps)vennootschap dan waar hij bestuurder is, brengt een vennootschapsrechtelijk ontslag in dat geval de beëindiging van de overeenkomst met de groepsvennootschap met zich? Ik meen van niet.¹¹⁸ Het ontslagbesluit wordt in dat geval genomen door de algemene vergadering (of raad van commissarissen) van de vennootschap waar betrokkene bestuurder is. Dat besluit kan niet tevens gelden als rechtshandeling van de groepsvennootschap waar de werknemer in dienst is.¹¹⁹ Die rechtsbetrekking zal alsnog separaat beëindigd moeten worden. Hierbij gelden de gewone arbeidsrechtelijke regels: de kantonrechter is bevoegd (vgl. paragraaf 6.10; met name de verwijzing naar het *Atlantic Nominees*-arrest¹²⁰) en voor een opzegging is een vergunning van het UWV nodig (vgl. paragraaf 6.2.2). Dat die verhoudingen zo scherp uit elkaar kunnen worden getrokken leid ik ook af uit het volgende. In de parlementaire behandeling van de Wet bestuur en toezicht heeft de minister expliciet gezegd dat bestuurders van beursvennootschappen (nog steeds) een *arbeidsovereenkomst* met een dochtervennootschap kunnen sluiten, ook al bepaalt artikel 2:132 lid 3 BW dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap een *opdrachtovereenkomst* is.¹²¹ Analoog daaraan zouden alle bijzondere regels die gelden voor de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap alleen in die verhouding moeten gelden.¹²²

118 Zie in gelijke zin bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (ktr.) 21 september 2012, *RAR* 2012/162 (*GVB*).

119 Ik laat uitzonderlijke gevallen waarin bijvoorbeeld door een personele unie zo'n besluit wel zou kunnen worden gezien als vertegenwoordigingshandeling van twee verschillende vennootschappen buiten beschouwing.

120 HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 142, r.o. 3.2 laatste volzin.

121 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 12.

122 Zie als voorbeeld van een oudere uitspraak waarin dit aan de orde is Ktr. Amsterdam 21 juni 1994, *JAR* 1994/175 (*Credit Lyonnais*) waarin de kantonrechter oordeelt dat de werknemer die statutair bestuurder bij de dochter was, een 'gewone' werknemer bij de moeder is.

Ik vind tevens steun voor deze opvatting in het arrest *Aeilkema/Omta*.¹²³ In deze zaak is de werknemer enig aandeelhouder en bestuurder van een vennootschap die op haar beurt weer enig aandeelhouder en bestuurder is van de vennootschap die als werkgever fungeert voor de werknemer. De werkgeefster wordt op eigen verzoek failliet verklaard. De werknemer stelt een loonvordering in. De kantonrechter en het hof wijzen de vordering af. De achterliggende gedachte lijkt te zijn dat de werknemer in feite de eigenaar is en dat het niet juist zou zijn dat hij profiteert van de bescherming van artikel 40 FW. De kantonrechter baseert de afwijzing van de vordering op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 7:611 j° 6:248 BW). Het Hof Leeuwarden zoekt het in de 'relativering' van de arbeidsovereenkomst en toepassing van de 15 april-arresten. Nu de bestuurstaken zijn overgenomen door de curator, verliest de werknemer de hoedanigheid van bestuurder en daarmee eindigt ook de arbeidsovereenkomst aldus het hof. De Hoge Raad maakt met deze overweging korte metten in r.o. 3.4:

“Daarbij verdient opmerking dat Aeilkema geen statuair bestuurder was van Aeilfin [*de werkgeefster, JHB*] en die hoedanigheid dus ook niet verloren kan hebben. Reeds daarom doet zich geen situatie voor als in de arresten van de Hoge Raad van 15 april 2005 (...) aan de orde was.”

De Hoge Raad kijkt dus niet door constructies heen, hoewel dat voor het rechtsgevoel soms bevredigend zou zijn.

In de lagere rechtspraak is ook wel anders geoordeeld. Zo prikte de de Voorzieningenrechter Leeuwarden wel door naar de materiële situatie.¹²⁴ De casus is als volgt: A is bestuurder van de Fazantgroep en werknemer van GBE, een dochtervennootschap van de Fazantgroep. De Fazantgroep is bestuurder van GBE, hetgeen A middellijk bestuurder van deze vennootschap maakt. A heeft ontslag genomen als bestuurder van de Fazantgroep. De vraag is of daarmee de arbeidsovereenkomst met GBE wordt beëindigd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter moeten de 15 april-arresten analoog te worden toegepast op deze situatie. De voorzieningenrechter overweegt in dat kader dat de Fazantgroep van meet af aan bestuurder is geweest, het beleid van GBE bepaalt en geen onderscheid te maken valt tussen de bestuurders- en werknemerstaken van A. De voorzieningenrechter knoopt aan bij de onplitsbaarheid tussen de taken van de werknemer en de bestuurder. Deze uitspraak is in lijn met de eerder besproken conclusie van advocaat-generaal Timmermans voor het arrest *Seebregts/NH Corporate BV*¹²⁵ en de eerder besproken jurisprudentie van lagere rechters waarin is geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst van een bestuurder niet eindigt indien de vennootschapsrechtelijke taken splitsbaar zijn van de werknemerstaken. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een persoon bestuurder is van meerdere vennootschappen en daarbij alleen de formele taken uitoefent.¹²⁶ In feite is sprake van een teleologische uitleg van de 15 april-arresten. De GBE-uitspraak

123 HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/210 m.nt. Van der Pijl (*Aeilkema/Omta*).

124 Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 augustus 2010, *RAR* 2010/154 (*GBE*).

125 HR 3 februari 2006, *JAR* 2006/66.

126 Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JAR* 2007/176 (*Duijves/ Pan European Crossing Networks*).

betrof een uitzonderlijke situatie van een middellijk bestuurder en vennootschappen die zeer nauw met elkaar verweven waren. Bovendien was in deze zaak niet geheel duidelijk bij welke vennootschap de bestuurder in dienst was, hetgeen de pragmatische benadering van de voorzieningenrechter kan verklaren en het rechtsgevoel bevredigt. Toch is de uitspraak naar mijn oordeel niet juist omdat de *15 april*-arresten te ruim worden uitgelegd.

Oprichtovereenkomst

Wat nu als de contractuele verhouding is vormgegeven in een opdrachtovereenkomst? Vanaf 1 januari 2013 geldt voor de bestuurder van de beursgenoteerde vennootschap dat sprake is van een opdrachtovereenkomst. Ook in andere gevallen kan sprake zijn van een opdrachtovereenkomst. Het komt met regelmaat voor dat een bestuurder via een management-BV middellijk bestuurder wordt van een vennootschap, of anderszins werkt op basis van een opdrachtovereenkomst. Geldt dan analoog aan de *15 april*-arresten dat het ontslagbesluit ook een einde maakt aan de contractuele verhouding, of niet? De lagere rechtspraak is op dit punt verdeeld. De uitspraken zijn vaak diffuus omdat vaak niet alleen de vraag speelt of de *15 april*-arresten een rol spelen als sprake is van een opdrachtovereenkomst in plaats van een arbeidsovereenkomst, maar vaak ook sprake is van een gecompliceerde (groeps) structuur waarbij de opdrachtovereenkomst niet altijd is gesloten tussen de vennootschap en de bestuurder. Dit was het geval in de zaak waarover het Hof Den Haag in 2013 heeft geoordeeld.¹²⁷ De bestuurder is in persoon benoemd en is geen partij bij de opdrachtovereenkomst tussen de vennootschap en de management BV. Bovendien kent de opdrachtovereenkomst een ruimer bereik dan alleen de directietaken die door de bestuurder worden verricht; er zijn ook distributieafspraken gemaakt. Reeds hierom ziet het hof geen ruimte voor analoge toepassing van de *15 april*-arresten en oordeelt dat het ontslagbesluit niet ook de opdrachtovereenkomst beëindigt. Mijns inziens betekent dit niet dat het Hof Den Haag principieel toepassing van de *15 april*-arresten op opdrachtovereenkomsten afwijst.

Het Hof Amsterdam krijgt in 2013 te oordelen over de volgende casus.¹²⁸ Tussen de vennootschap en de management-BV, die als bestuurder was benoemd, bestaat een opdrachtovereenkomst. Deze opdrachtovereenkomst bepaalt dat de vennootschap de overeenkomst kan opzeggen door een aangetekende brief met een opzegtermijn van zes maanden. Ook komen partijen overeen dat de overeenkomst van rechtswege eindigt als de management BV aftreedt als algemeen directeur van de vennootschap. Op enig moment neemt de algemene vergadering een ontslagbesluit waarin de management-BV als bestuurder wordt ontslagen. In het besluit staat ook dat hierdoor, conform de managementovereenkomst, de overeenkomst van rechtswege eindigt. In de procedure tussen partijen gaat de vennootschap niet alleen voor het (contractuele) anker van de beëindiging van rechtswege liggen, maar stelt ook dat het ontslagbesluit als bestuurder op grond van de *15 april*-arresten ook de beëindiging van

¹²⁷ Hof Den Haag 11 juni 2013, RAR 2013/126 (*Pannonia/Cadac*).

¹²⁸ Hof Amsterdam 12 november 2013, JAR 2014/66 (*H.W. Holding/RDH Beheer*).

de opdrachtovereenkomst inhoudt. Het Hof Amsterdam gaat niet mee in deze redenering en is van oordeel dat de 15 april-arresten geen toepassing vinden nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De 15 april-arresten zijn gebaseerd op de wetgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 244 BW. Omdat er geen arbeidsrechtelijke verhouding is in de zin van die wettelijke bepalingen, vinden de arresten geen toepassing. Het hof grijpt terug op het eerdere uitgangspunt van de Hoge Raad, namelijk dat de gevolgen van het ontslagbesluit voor de opdrachtovereenkomst volgen uit de opdrachtovereenkomst zelf en de wettelijke regeling van de opdrachtovereenkomst. Daaruit vloeit in dit geval geen onmiddellijke beëindiging voort.

In de kortgedingprocedure bij de Voorzieningenrechter Haarlem in 2012¹²⁹ speelde iets soortgelijks. Er is sprake van een opdrachtovereenkomst tussen een management-BV en de vennootschap (een schildersbedrijf). De BV was niet als bestuurder van het schildersbedrijf benoemd, maar wel als bestuurder van de moeder van het schildersbedrijf. De betrokken natuurlijke persoon was alleen bestuurder van zijn eigen management BV. Na het ontslag van de BV als bestuurder van de moeder, vordert de natuurlijke persoon aan wie de feitelijke werkzaamheden zijn opgedragen toelating tot de werkzaamheden (als directielid én als calculator van het schildersbedrijf). De voorzieningenrechter overweegt dat *“als uitgangspunt heeft te gelden dat een besluit tot ontslag van een statutair bestuurder in beginsel ook de beëindiging van de managementovereenkomst tot gevolg heeft. De te verrichten werkzaamheden uit hoofde van de managementovereenkomst hangen doorgaans immers nauw samen met de hoedanigheid van bestuurder. Een ontslag van de bestuurder maakt uitvoering van de managementovereenkomst dan onmogelijk, zodat ook de managementovereenkomst eindigt.”* Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter dat er in deze zaak aanleiding is af te wijken van dit uitgangspunt omdat de natuurlijke persoon noch de management-BV de facto bestuurstaken verrichtten. De managementovereenkomst duurt dus voort en de natuurlijke persoon dient tot de calculatiewerkzaamheden te worden toegelaten. De uitkomst is gelet op de omstandigheden van het geval niet onbevredigend, maar is niet juist.¹³⁰ Als de 15 april-arresten op een opdrachtovereenkomst moeten worden toegepast, dan geldt hetzelfde als bij de arbeidsovereenkomst: het bestuurderschap en de contractuele verhouding moet tussen dezelfde partijen bestaan. Bovendien wordt en passant de ‘derde uitzondering’ toegepast door geen einde van de contractuele relatie aan te nemen omdat de facto geen bestuurstaken worden verricht.

De Voorzieningenrechter Midden-Nederland velt een vergelijkbaar oordeel in 2014.¹³¹ Ook hier lopen bestuurderschap en contractuele verhouding niet parallel. De natuurlijke persoon is benoemd als bestuurder, de opdrachtovereenkomst is gesloten tussen

129 Rb. Haarlem (vzr.) 16 februari 2012, JOR 2012/139 m.nt. Verburg (*A Beheer BV*).

130 De rechter prikt als het ware door de constructie heen en doet alsof het een werknemer betreft. Uit bestendige rechtspraak volgt echter dat een managementovereenkomst niet gelijkgesteld kan worden aan een arbeidsovereenkomst. Vgl. HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 m.nt. PAS (*Bruijns/Arrow*) en Rb. Amsterdam (vzr.) 9 mei 1997, JOR 1997/66 m.nt. Loesberg (*Multiple Zones/Altenau*). Iets anders is dat partijen een opdrachtovereenkomst hebben gesloten die de facto een arbeidsovereenkomst is. Dat is een kwalificatievraag (*Groen/Schoevers* etc). Hier bestaat daarover geen misverstand of onduidelijkheid, maar wordt op de opdrachtovereenkomst het arbeidsrecht toegepast.

131 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 7 juli 2014, JAR 2014/207 (*Dimari Brodrie/Online Results*).

de management-bv van de natuurlijke persoon en de vennootschap. Toch oordeelt de voorzieningenrechter dat de 15 april-arresten moeten worden toegepast: het ontslagbesluit om de bestuurder te ontslaan doet ook de opdrachtovereenkomst eindigen. De voorzieningenrechter kijkt als het ware door de constructie heen omdat de constructie vanwege fiscale redenen en aansprakelijkheden is gekozen. De verwevenheid tussen de vennootschapsrechtelijke betrekking en de contractuele betrekking is vergelijkbaar met de verwevenheid tussen de vennootschapsrechtelijke betrekking en de arbeidsrechtelijke betrekking zoals die aan de orde was in de 15 april-arresten, aldus de voorzieningenrechter. Ik meen dat de route die de voorzieningenrechter kiest niet zuiver is. Het gaat hier niet zozeer om de toepassing van de 15 april-arresten, maar om het duiden van de relatie tussen de natuurlijke persoon en de vennootschap. De door partijen gecreëerde situatie lijkt op de casus die aan de orde was in het arrest *Stichting Thuiszorg/PGGM*.¹³² In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat “aan de hand van de in genoemd arrest van 1997 [Groen/Schoevers, JHB] vermelde criteria moet worden beoordeeld of tussen de opdrachtgever en de betrokken arbeidskracht een arbeidsovereenkomst is gesloten” (r.o. 3.4). Het kan dus zo zijn dat ongeacht de overeenkomst van opdracht die is gesloten tussen de rechtspersoon en de management-BV, ook een arbeidsovereenkomst bestaat tussen die rechtspersoon en natuurlijke persoon achter de betreffende management-BV. Als dat de conclusie is, dan zijn op die arbeidsovereenkomst – uiteraard – de rechtsregels uit de 15 april-arresten van toepassing. Dat is echter iets anders dan oordelen dat de 15 april-arresten op de opdrachtovereenkomst van toepassing zijn. Het gaat mijns inziens te ver te concluderen dat de opdrachtovereenkomst tussen de BV en de vennootschap eindigt omdat de natuurlijke persoon die bestuurder is wordt ontslagen. Partijen hebben hun constructie kennelijk niet goed doordacht en verzuimd duidelijke afspraken te maken. Doorgaans zal een managementovereenkomst bepalen dat de overeenkomst eindigt of kan worden opgezegd als de ter beschikking gestelde persoon geen bestuurder meer is, of anderszins niet meer beschikbaar is.

Bijzonder is de zaak waarover het Hof Amsterdam in 2014¹³³ te oordelen krijgt. Vier partners zijn, via hun BV, aandeelhouder in de vennootschap. De BV's zijn eveneens bestuurder. Er bestaat een aandeelhoudersovereenkomst en een viertal managementovereenkomsten. In de managementovereenkomsten en in de aandeelhoudersovereenkomst is een opzegg bepaling opgenomen. In de aandeelhoudersovereenkomst zijn specifieke opzeggingsgronden opgenomen, in de managementovereenkomsten niet. Beoogd is de managementovereenkomsten aan te passen aan de aandeelhoudersovereenkomsten in die zin dat alleen opgezegd kan worden op één van de specifieke gronden zoals ook opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomst. Deze wijziging is niet geëffectueerd. Als één van de partners wordt ontslagen als bestuurder via een ontslagbesluit, rijst de vraag hoe het ontslagbesluit zich verhoudt tot de opzegging van de managementovereenkomst. De ontslagen partner roept de vernietiging van de vennootschapsrechtelijke besluiten in op formele gronden en betoogt dat

132 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 m.nt. Verhulp, JAR 2007/231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*). Zie over dit arrest en de managementovereenkomst ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2.2.

133 Hof Amsterdam 16 september 2014, JAR 2014/257 (*Langeveld/Emmenel*).

hij belang heeft bij die vernietiging omdat zonder een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit de managementovereenkomst geen stand kan houden. Het hof legt de opzegbepaling in de managementovereenkomst uit aan de hand van de Haviltex-maatstaf en komt tot het oordeel dat de wijze waarop de partners hun samenwerking hebben vormgegeven meebrengt dat dat een onlosmakelijke band bestaat tussen de hoedanigheid van aandeelhouder, statutair bestuurder en opdrachtnemer. Tegen die achtergrond moet de opzegbepaling in de managementovereenkomst zo worden uitgelegd dat opzegging van de managementovereenkomst in dit geval niet mogelijk is zonder gelijktijdig ontslag van de opdrachtnemer als bestuurder, ook al was de beoogde wijziging van de managementovereenkomsten in die zin nog niet geëffectueerd. Vernietiging van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit leidt ertoe dat ook de opzegging geen stand kan houden. Dit oordeel lijkt op een toepassing van de 15 april-arresten, maar is het niet. Het hof legt de opdrachtovereenkomst tussen partijen zo uit, dat de contractuele band niet kan worden verbroken, zonder een geldig ontslagbesluit. Dat hebben partijen bedoeld af te spreken, niet meer en niet minder.

Van de besproken gevallen is alleen de Amsterdamse zaak uit 2013 een 'zuiver geval', dat wil zeggen een zaak waarin de opdrachtovereenkomst bestaat tussen de benoemde bestuurder en de vennootschap. Alleen het Amsterdamse Hof wijst de toepassing van de 15 april-arresten af, de beide lagere rechters passen de arresten toe en het Hof Den Haag lijkt de toepassing niet principieel af te wijzen. Het toepassen van de 15 april-arresten op gevallen waarin bestuurderschap en contractuele band niet samenvallen is in ieder geval onjuist (zie hierboven). Vóór toepassing op opdrachtovereenkomsten valt te zeggen dat de (kennelijke) gedachte achter de 15 april-arresten (na het vennootschapsrechtelijk ontslag blijft een lege huls over) ook opgaat indien partijen hun contractuele band hebben vormgegeven als opdrachtovereenkomst.¹³⁴ Tegen de toepassing van de 15 april-arresten valt in te brengen dat de arresten zeer stellig zijn gestoeld op de overwegingen van de wetgever met betrekking tot de arbeidsovereenkomst en de vennootschapsrechtelijke band.¹³⁵ Daar kan echter weer tegen in worden gebracht dat de opdrachtovereenkomst als contractuele band ten tijde van de betreffende wetsgeschiedenis waarschijnlijk minder voorkwam. De rechtsvorm BV bestaat pas sinds 1971. Daarvoor was het dus veel minder voor de hand liggend dat de bestuurder zijn werkzaamheden via zijn persoonlijke BV verrichte. Natuurlijk zijn er ook andere constructies denkbaar, maar naar mijn oordeel zou ook de opdrachtovereenkomst moeten eindigen als een ontslagbesluit is genomen (met in achtname van bijvoorbeeld overeengekomen opzegtermijnen) indien de bestuurder ook daadwerkelijk partij is bij die opdrachtovereenkomst. Dit volgt echter niet uit de formulering van de Hoge Raad in de 15 april-arresten, zodat zonder een uitspraak van de Hoge Raad op dit punt de vennootschap er verstandig aan doet de opdrachtovereenkomst expliciet op te zeggen.

134 Vgl. Verburg in zijn annotatie bij de Haarlemse zaak (*JOR* 2012/139) en Wiersma in zijn annotatie bij het arrest van het Hof Amsterdam (*JAR* 2014/66).

135 Vgl. Brink & Martis 2013 en Bennaars & Zaal 2012.

Bestuurder ander type rechtspersoon

Ook een ontslagbesluit dat ziet op bestuurders van andere rechtspersonen dan een vennootschap valt naar de letter niet onder de werking van de 15 april-arresten. Juist omdat het oordeel van de Hoge Raad zo sterk leunt op de wetsgeschiedenis van artikel 2:244 BW dat nu een eenmaal ziet op vennootschappen en niet op andere rechtspersonen, valt niet goed uit te leggen waarom het oordeel ook zou moeten gelden voor andere rechtspersonen. Ook hier geldt dat dit wellicht anders zou zijn geweest als de Hoge Raad expliciet zou hebben geoordeeld dat de arbeidsrechtelijke verhouding zou moeten eindigen met het ontslagbesluit *omdat* de arbeidsovereenkomst anders een lege huls zou worden.¹³⁶ In de lagere rechtspraak is deze problematiek een enkele keer aan de orde geweest. Ik wijs op de Kantonrechter Venlo¹³⁷ die in een uitgebreid gemotiveerd vonnis oordeelt dat de 15 april-arresten niet van toepassing zijn op een stichting, ook al houdt die stichting een onderneming in stand en is in die zin vergelijkbaar met een NV of BV. Die vergelijking zou kunnen pleiten voor het op één lijn stellen van de NV, de BV en de stichting, aldus de kantonrechter. De kantonrechter meent evenwel dat die opvatting teveel wetgevende elementen in zich heeft om thans ingang te doen vinden, temeer omdat de wetsgeschiedenis met betrekking tot artikel 2:134 en 2:244 BW geen betrekking heeft op de stichting. Een vergelijkbare bepaling met betrekking tot de bestuurder van een stichting ontbreekt in Boek 2 BW. De kantonrechter concludeert, terecht, dat de 15 april-arresten dan ook geen toepassing vinden op stichting (noch op een vereniging).

De Kantonrechter Dordrecht¹³⁸ oordeelt anders in een wat a-typische ontbindingszaak tussen een coöperatie en een (niet statutair) bestuurder. De kantonrechter overweegt dat de Hoge Raad in de 15 april-arresten helderheid heeft verschaft over de relatie tussen *de rechtspersoon* en de gesalarieerde bestuurder. Dit is echt een te ruime lezing van het arrest.

Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid wordt de positie van bestuurders van verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen gelijk getrokken met de positie van vennootschapsbestuurders als het gaat om opzegging zonder instemming of toestemming van het UWV. Reden hiervoor is dat herstel van de dienstbetrekking in Boek 2 BW ook voor die bestuurders is uitgezonderd.¹³⁹ Nu die posities zo dicht bij elkaar zijn gebracht, zou het voor de hand liggen ook bij deze rechtspersonen het ontslagbesluit te duiden zoals is gedaan in de 15 april-arresten. Tot de Hoge Raad zich hierover heeft uitgesproken, blijft het uiteraard verstandig voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen de arbeidsovereenkomst expliciet op te zeggen.

136 Zie in gelijke zin Nicolai 2007 en anders Van der Ham 2008 die er op wijst dat de Hoge Raad zijn beslissing in de 15 april-arresten *mede* heeft gebaseerd op de wetsgeschiedenis. Nu uit de uitspraak niet duidelijk wordt wat dat meerdere dan is, vind ik dat geen overtuigend argument.

137 Rb. Venlo (ktr) 22 april 2009, JOR 2009/156 m.nt. Witteveen, JAR 2009/138, JOR 2009/156 (St. Wel. Kom).

138 Ktr. Dordrecht 12 februari 2009, JOR 2009/155 m.nt. Witteveen ('t Hellegat/X.).

139 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.2.2.5 over de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid.

Ontslag door de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer kan bij geconstateerd wanbeleid op grond van artikel 2:356 sub b BW een bestuurder ontslaan. De vraag doet zich voor of een ontslag door de Ondernemingskamer moet worden gezien als een ontslag in de zin van de 15 april-arresten. Ik meen dat dat niet het geval is. De 15 april-arresten gaan over een ontslagbesluit van de vennootschap of het neerleggen van de functie door de bestuurder zelf. Een beschikking van de Ondernemingskamer waarbij een bestuurder wordt ontslagen is geen ontslag ex artikel 2:134 of 244 BW. Hiermee is naar mijn oordeel eigenlijk het antwoord al gegeven, mede gelet op de hiervoor al bepleite restrictieve uitleg van de 15 april-arresten en de waarde die in die arresten wordt gehecht aan de wetsgeschiedenis van de betreffende artikelen.

Niet lang nadat de 15 april-arresten zijn geweest, heeft Willems (destijds nog voorzitter van de Ondernemingskamer) in zijn voordracht ter gelegenheid van het nationaal arbeidsrecht diner het tegenovergestelde standpunt bepleit.¹⁴⁰ Willems beroept zich met name op de overwegingen van de advocaat-generaal die stelt dat het vennootschapsrecht voorop moet staan. Als het vennootschapsrecht vooropstaat, dan geldt dat ook een ontslag door de Ondernemingskamer het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt, aldus Willems. Zorgvuldige lezing van de overwegingen van de Hoge Raad geeft toch een ander beeld. De Hoge Raad overweegt:

“3.4.2. (...) behoeft dit [*het vennootschapsrechtelijk ontslag, HB*] niet tot gevolg te hebben dat ook de dienstbetrekking eindigt. Het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslagbesluit heeft voor de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap, moet worden gegeven aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst en in de op arbeidsovereenkomsten toepasselijke wetsbepalingen, voor zover Boek 2 BW deze wetsbepalingen niet uitdrukkelijk terzijde stelt (zie: HR 13 november 1992, nr. 151146, NJ 1993, 265).

3.4.3. Naar mede blijkt uit de wetsgeschiedenis van (de voorloper van) de art. 2:134 en 2:244 BW (weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4 en 2.5), strekken deze bepalingen ertoe te bewerkstellingen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Daarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (vgl. HR 17 november 1995, rek. nr. 8746, NJ 1996, 142) of indien partijen anders zijn overeengekomen.”
(*Onderstreping JHB*)

De Hoge Raad stelt dus voorop dat de arbeidsovereenkomst niet per definitie eindigt, maar dat dit van de arbeidsovereenkomst en het arbeidsrecht afhangt, voor zover Boek 2 BW het arbeidsrecht niet uitdrukkelijk opzij zet. De Hoge Raad onderzoekt vervolgens of de artikelen 2:134 en 244 BW het arbeidsrecht uitdrukkelijk opzij zetten en komt op basis van de wetsgeschiedenis tot de conclusie dat dat het geval is (tenzij sprake is van een opzegverbod of andersluidende afspraak).

¹⁴⁰ Willems 2005.

Noch uit de tekst van artikel 2:356 BW, noch uit de wetsgeschiedenis van dat artikel valt af te leiden dat het arbeidsrecht daardoor uitdrukkelijk terzijde wordt gesteld. Daar komt bij dat, indien zou worden aangenomen dat de ontslagbeschikking van de Ondernemingskamer automatisch ook het arbeidsrechtelijke ontslag tot gevolg heeft, de bestuurder beperkt wordt in zijn processuele mogelijkheden. Na een ontslagbesluit door de vennootschap staat de mogelijkheid open tot een kennelijk onredelijk ontslagprocedure of, na de inwerkingtreding van de Wwz, een beroep op artikel 7:682 lid 3 BW (nieuw) teneinde een billijke vergoeding te verkrijgen. Na een ontslag door de Ondernemingskamer bestaan die mogelijkheden niet. De door de Ondernemingskamer ontslagen bestuurder heeft evenmin recht op de bij de Wwz ingevoerde transitievergoeding. Artikel 7:673 lid 1 (nieuw) BW bepaalt immers dat het recht op een transitievergoeding bestaat na opzegging door of ontbinding op verzoek van de werkgever of na het op initiatief van de werkgever niet voortzetten van een bepaalde tijd contract. Een ontslag door de Ondernemingskamer hoort daar niet bij. Betoogd kan worden dat in het geval van ontslag door de Ondernemingskamer doorgaans sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag aan de kant van de bestuurder op grond waarvan toch geen recht op de transitievergoeding zou bestaan, ook al zou de ontslagwijze wel in de wet zijn opgenomen. Artikel 7:673 lid 7 sub c (nieuw) BW bepaalt immers dat geen recht op de transitievergoeding bestaat als het einde of net voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat een ontslag op grond van artikel 2:356 BW door de Ondernemingskamer niet op grond van de *15 april*-arresten ook het arbeidsrechtelijk ontslag met zich brengt. Het arbeidsrechtelijke ontslag zal apart moeten worden gerealiseerd, waarbij het BBA geen toepassing vindt en de rechtbank de bevoegde rechter is.

Een andere – verderstreckende – vraag is of de Ondernemingskamer op grond van art 2:357 BW überhaupt de arbeidsrechtelijke gevolgen van de getroffen voorziening mag regelen. Zie hierover ook hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.2

Benoeming voor bepaalde tijd, arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Is de bestuurder voor bepaalde tijd benoemd, maar heeft hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, eindigt de arbeidsovereenkomst dan door het wegvallen van het bestuurderschap? Ik meen van niet. In de *15 april*-arresten spreekt de Hoge Raad immers expliciet van een “*ontslagbesluit*”. Er is niet geoordeeld dat een bestuurderschap dat van rechtswege eindigt omdat de tijd is verstreken, ook automatisch het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt. In dat geval zal de arbeidsovereenkomst alsnog moeten worden opgezegd of ontbonden door de rechter. Het algemeen opzegverbod geldt niet en de rechtbank is de bevoegde rechter (vgl. paragraaf 6.2.2 en 6.10).

Ontslagbesluit en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

In het (uitzonderlijke) geval dat een bestuurder voor bepaalde tijd in dienst is getreden maar voor onbepaalde tijd is benoemd, geldt het volgende. Loopt de arbeidsovereenkomst van rechtswege af, dan eindigt het bestuurderschap niet; de benoeming is immers voor onbepaalde tijd. Er zal een ontslagbesluit genomen moeten worden om het bestuurderschap te doen eindigen. Wordt het bestuurderschap voortgezet en werkt de bestuurder gewoon door, dan wordt de arbeidsovereenkomst stilzwijgend verlengd. Hierbij gelden wel de regels van artikel 7:668 (nieuw) BW (de aanzegtermijn).

Wordt een ontslagbesluit genomen tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst dan is het de vraag of het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst. Is een tussentijds opzegbeding opgenomen, dan eindigt in ieder geval met het ontslagbesluit ook de arbeidsovereenkomst conform de 15 april-arresten.

Is geen tussentijds opzegbeding opgenomen, dan is het de vraag wat het gevolg is van artikel 7:667 lid 3 BW. Hierin staat dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd slechts tussentijds kan worden opgezegd indien voor ieder der partijen dat recht schriftelijk is overeengekomen. Met ingang van 15 juli 2015 kan de werknemer kiezen. Ofwel hij verzoekt de rechter de opzegging te vernietigen, of bij berust in het einde van de opzegging. De werkgever is dan een vergoeding ter hoogte van het loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst verschuldigd. Deze vergoeding kan worden gematigd door de rechter tot een minimum van drie maandsalarissen (artikel 7:677 lid 4 (nieuw) BW). Zegt de werknemer op, dan resteert de werkgever alleen de vergoeding. Vernietiging van de opzegging door de werkgever is niet mogelijk.

6.2.6 Alleen de contractuele band beëindigen

In paragraaf 6.1.1 is in het kader van de vraag welk orgaan bevoegd is de contractuele relatie te beëindigen al kort aan de orde geweest of de contractuele relatie eigenlijk wel verbroken kan worden zonder dat de vennootschapsrechtelijke relatie wordt verbroken. De 15 april-arresten gaan niet over deze vraag en geven daarover dus ook geen uitsluitsel.

Ontbinding: Tactor/Ritz Lounge NV

Er is oudere rechtspraak over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder dat sprake is van een ontslagbesluit. Om te beginnen is er het arrest *Tactor/Ritz Lounge NV*.¹⁴¹ In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de raad van commissarissen namens de vennootschap kan besluiten tot het indienen van een ontbindingsverzoek, zonder dat de algemene vergadering een ontslagbesluit heeft genomen. In dit oordeel ligt besloten dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst met instandhouding van het

141 HR 5 november 1954, NJ 1956, 321 (*Tactor/Ritz Lounge NV*).

bestuurderschap mogelijk is. De omstandigheden die aan de *Tactor/Ritz Lounge*-uitspraak ten grondslag lagen zijn specifiek (hoewel niet uitzonderlijk). Er is sprake van een vennootschap met een tweetal commissarissen en één bestuurder. Bestuurder Tactor houdt tevens 50% van de aandelen. Eén van de commissarissen houdt de overige 50% van de aandelen en is tevens aangewezen als 'commissaris bij ontstentenis'. Op enig moment wordt Tactor geschorst door de raad van commissarissen. Een ontslagbesluit door de algemene vergadering behoort om voor de hand liggende redenen niet tot de mogelijkheden. Om de patstelling te doorbreken vragen de commissarissen de rechtbank om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De rechtbank weigert dat omdat er geen besluit van de algemene vergadering is en de statuten evenmin de commissarissen de bevoegdheid geven om zonder zo'n besluit ontbinding te vragen. Het gerechtshof oordeelt anders. Dat de algemene vergadering het tot ontslag bevoegde orgaan is staat er niet aan in de weg dat de commissarissen op grond van 51 WvK (het huidige 2:146 BW) een ontbindingsverzoek indienen. Er is immers een verschil tussen het zonder de rechter geven van ontslag en het inroepen van rechterlijke tussenkomst. Het hof merkt op dat normaal gesproken de commissarissen niet toekomen aan een ontbindingsverzoek omdat er een 'normaal' ontslag zal plaatsvinden. In dit geval was sprake van een machteloze vergadering door het staken van de stemming. Bovendien was één van de commissarissen tevens benoemd als commissaris bij ontstentenis (bijvoorbeeld bij een geschorste bestuurder). Het is dat laatste punt dat de Hoge Raad uiteindelijk doorslaggevend lijkt te vinden. De Hoge Raad sauveert het oordeel van het hof en beslist dat bevoegdheid van commissarissen die bij ontstentenis of schorsing van de bestuurder optreden als belangenbehartiger van de vennootschap, geen verdergaande bevoegdheden hebben dan het bestuur. Het besturen van de vennootschap omvat echter ook het indienen van een ontbindingsverzoek ten aanzien van werknemers. Geen enkele wettelijke bepaling (ook niet 48b WvK – het huidige 2:134 lid 1 BW) dwingt ertoe om met betrekking tot de bestuurder een beperking aan te nemen in die zin dat steeds een besluit van de algemene vergadering vereist zou zijn, aldus de Hoge Raad.¹⁴²

Gelet op de omstandigheden van de casus is de uitkomst in het *Tactor/Ritz Lounge* arrest niet onbevredigend. Dogmatisch helpt het ons niet veel verder. Het ligt nogal voor de hand dat als de statuten een voorziening treffen voor het geval een bestuurder niet kan besturen vanwege ontstentenis of schorsing, deze voorziening meebrengt dat de 'vervanger' de volle bestuurstaak kan verrichten en dus ook namens de vennootschap kan procederen. De constatering van de Hoge Raad dat 2:134 lid 1 BW niet in de weg staat aan het oordeel dat het indienen van een ontbindingsverzoek ten aanzien van de bestuurder tot de bevoegdheden van het bestuur horen, is voor meer discussie vatbaar. In het licht van de *15 april*-arresten zou ik, met Duk¹⁴³ en

142 Een aantal auteurs heeft uit dit arrest, naar mijn mening ten onrechte, afgeleid dat de Hoge Raad heeft beslist dat de RvC *in geval van een tegenstrijdig belang* ontbinding mag verzoeken, vgl. Verburg 2002b, Wiersma 2007 en de Bock 2002. De Hoge Raad heeft slechts gezegd dat dat bij ontstentenis of schorsing van het bestuur aan de orde is.

143 Duk 2006 p. 89 l.k.

Berendsen & Wiersma,¹⁴⁴ menen dat het *Tactor/Ritz Lounge*-arrest achterhaald is en aan heroverweging toe is. De situatie van een patstelling in de aandeelhoudersvergadering kan heden ten dage worden opgelost via een enquêteprocedure.¹⁴⁵

De vraag is overigens wat er met het bestuurderschap gebeurt als alleen de arbeidsovereenkomst tussen partijen wordt beëindigd. De in oudere literatuur¹⁴⁶ wel verdedigde stelling dat het einde van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld door ontbinding door de rechter, ook het einde van de vennootschapsrechtelijke relatie met zich brengt is mijns inziens onjuist. Met Loesberg ben ik van oordeel dat de vennootschapsrechtelijke betrekking uitsluitend kan eindigen op de in Boek 2 BW omschreven wijzen. De opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst hoort daar niet bij. In de praktijk zal het bestuurderschap in een dergelijk geval wel vaak eindigen omdat de bestuurder zelf zijn positie neerlegt.¹⁴⁷

Lagere rechtspraak

Lagere rechtspraak werpt weinig licht op de zaak. Regelmatig wordt de rechtbank Utrecht aangehaald die in 1997¹⁴⁸ als volgt oordeelt. De zaak betreft een structuurvennootschap: de raad van commissarissen is het tot ontslag bevoegde orgaan. De bestuurder meldt zich voorafgaand aan de vergadering van de raad van commissarissen ziek. In de vergadering wordt niet tot zijn ontslag besloten, wel wordt besloten een ontbindingsverzoek in te dienen en de bestuurder te schorsen. De bestuurder stelt zich onder verwijzing naar het arrest *Sjardin/Sjartec* op het standpunt dat zolang er geen geldig ontslagbesluit is, geen ontbindingsverzoek kan worden ingediend. De arbeidsovereenkomst ontbinden zonder dat het bestuurderschap eindigt, is bovendien onaanvaardbaar omdat de bestuurder dan onbezoldigd bestuurder zou worden, aldus nog steeds de getroffen bestuurder. De rechtbank gaat hierin niet mee. Er is geen rechtsregel die noopt tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst pas ontbonden kan worden nadat de vennootschapsrechtelijke band is geëindigd. De rechtbank overweegt verder dat de werknemer het bestuurderschap neer kan leggen als hij vindt dat het hem te zwaar valt zonder bezoldiging.¹⁴⁹

144 Berendsen & Wiersma 2007, p. 119 l.k.

145 Zie voor een voorbeeld waarin de Ondernemingskamer ver gaat om partijen te helpen een impasse te doorbreken Hof Amsterdam (OK) 16 november 2011, *JOR* 2011/330 m.nt. Bulten (*Schuiten/TNA*).

146 Zoals geciteerd in de annotatie van Loesberg onder Rb. Utrecht 16 april 1997 *JOR* 1997/90 (*Van Wijnen/X*).

147 Vgl. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 426 en de verwijzingen aldaar alsmede De Bock 2002, p. 510 l.k. Anders lijkt: Van der Ploeg 1999, p. 24.

148 Rb. Utrecht, 16 april 1997, *JAR* 1997/131 en *JOR* 1997/90 m.nt. Loesberg (*Van Wijnen/X*). Kritisch over deze uitspraak is Honée 1998.

149 Zie in dezelfde zin Rb. Den Bosch 7 april 1999, *JAR* 1999/190 (*Duvedec BV/Hubben*). In deze ontbindingszaak doet de bestuurder een beroep op de vernietiging van het ontslagbesluit omdat hij niet is gehoord. De rechtbank laat de juistheid van dat beroep in het midden en overweegt dat "in de onderhavige procedure niet de vraag [behoeft] te worden beantwoord of Hubben terecht van zijn functies als statutair bestuurder is ontheven, maar enkel de vraag of de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden."

Bij deze uitspraak past een aantal kanttekeningen. In de eerste plaats ging het hier – anders dan in de *Tactor/Ritz*-zaak – om een ontbindingsverzoek ingediend op instigatie van het tot ontslag bevoegde orgaan, de raad van commissarissen. De uitspraak zegt dus niet zoveel over de bevoegdheid van *andere* organen om zonder ontslagbesluit ontbinding te verzoeken. De gedachte van kennelijk zowel de bestuurder als de rechtbank dat er zonder arbeidsovereenkomst geen grondslag is om loon te betalen, miskent de waarde van het bezoldigingsbesluit. Indien de bestuurder nog immer ‘in functie’ is, dan is het bezoldigingsbesluit basis voor de betalingen. De vraag is vervolgens wat het bezoldigingsbesluit bepaalt over doorbetaling tijdens ziekte, maar dat is een tweede.

Bijzonder is de uitspraak van de kantonrechter Dordrecht¹⁵⁰ in een geschil tussen een coöperatie en een bestuurder. De kantonrechter overweegt zonder nadere uitleg dat een geldig ontslagbesluit geen vereiste is om in een ontbindingsverzoek te worden ontvangen. Wel geldt, aldus de kantonrechter, dat een ontbinding naar alle waarschijnlijkheid zal worden afgewezen vanwege het ontbreken van een ontslagbesluit. Gelet op het ontbreken van een nadere motivering, kan niet te veel waarde worden gehecht aan deze uitspraak.

Uit deze – schaarse – jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid dat eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder beëindiging van de statutaire positie via ontbinding mogelijk is. Het lijkt echter geen praktische route te zijn.

Opzegging

Hoe zit dat met opzegging van de arbeidsovereenkomst? Hoewel de *15 april*-arresten niet zien op het eerst (of enkel) beëindigen van de contractuele band, heeft de Rechtbank Zwolle¹⁵¹ in 2006 geoordeeld dat uit deze arresten desalniettemin volgt dat het in beginsel niet mogelijk is dat partijen eenzijdig alleen de arbeidsovereenkomst opzeggen onder instandhouding van de vennootschapsrechtelijke relatie. De casus was als volgt. Berkelmans is samen met Spiering bestuurder van Zorgzaak Holding BV. Beiden houden ieder de helft van alle aandelen. Berkelmans en Spiering raken gebrouilleerd. Op 24 maart 2004 heeft de Ondernemingskamer Berkelmans als bestuurder geschorst. Op 26 augustus 2005 schrijft Zorgzaak aan Berkelmans dat zij de arbeidsovereenkomst per 30 september 2005 beëindigt. In de aandeelhoudersvergadering van 27 januari 2006 wordt vervolgens besloten dat het eerder genomen besluit om Berkelmans te ontslaan “juist is geweest”. Berkelmans laat het er niet bij zitten en vordert loondoorbetaling en een verklaring voor recht dat het ontslag nietig is, althans kennelijk onredelijk en een schadevergoeding. Zij voert daartoe aan dat Zorgzaak niet had kunnen opzeggen onder handhaving van de vennootschapsrechtelijke betrekking. Als die betrekkingen zouden kunnen worden gescheiden, dan zou de toestemming van UWV Werkbedrijf nodig zijn geweest. Tussen partijen is niet in geschil dat Zorgzaak heeft beoogd uitsluitend de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

150 Ktr. Dordrecht 12 februari 2009, *JOR* 2009/155 m.nt. Witteveen ('t *Hellegat/X.*).

151 Rb. Zwolle-Lelystad 14 juni 2006, *JOR* 2006/205 en *JAR* 2006/223 (*Berkelmans/Zorgzaak*).

Volgens de rechtbank volgt uit de *15 april*-arresten (en de arresten waarop zij voortbouwen)¹⁵² dat het in beginsel niet mogelijk is dat partijen eenzijdig alleen de arbeidsovereenkomst opzeggen onder instandhouding van de vennootschapsrechtelijke relatie. De verwevenheid van de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke betrekkingen staat er in beginsel aan in de weg dat een vennootschap de arbeidsovereenkomst met haar statutair directeur door opzegging beëindigt, onder instandhouding van de vennootschapsrechtelijke relatie. De rechtbank overweegt dat dit zeker geldt in een situatie als deze waarin de bestuurder juist met het oog op het verrichten van zijn taken als bestuurder bij de vennootschap in dienst is getreden in welk geval enerzijds de inhoud van de verplichting van de werknemer om arbeid te verrichten in hoge mate wordt ingevuld door de (vennootschapsrechtelijk bepaalde) verplichtingen van een bestuurder en anderzijds de verplichting van de werkgever om loon te betalen een tegenprestatie vormt voor die vennootschapsrechtelijke taken. Het ligt niet voor de hand, en zou ook tot onaanvaardbare gevolgen kunnen leiden, dat de vennootschap door opzegging van de arbeidsovereenkomst eenzijdig zou kunnen ontkomen aan haar verplichting loon te betalen, terwijl de bestuurder, door dat de vennootschapsrechtelijke verhouding niet is beëindigd, wel gehouden zou blijven zijn werkzaamheden als bestuurder voort te zetten. Ook de consequentie is volgens de rechtbank dezelfde als in de *15 april*-arresten: de arbeidsrechtelijke opzegging heeft ook te gelden als het vennootschapsrechtelijke ontslag. Hiertoe is het bestuur niet bevoegd, maar de algemene vergadering zodat het besluit uit augustus 2005 nietig is. Gelet op de aard van het gebrek is bekrachtiging niet mogelijk, zodat het 'besluit' van de algemene vergadering evenmin tot gevolg heeft dat er een rechtsgeldig ontslagbesluit is (nog daargelaten dat de formulering van dat 'besluit' niet erg helder is).

Deze uitspraak heeft niet geleid tot veel kritische geluiden in de literatuur¹⁵³ terwijl er nogal wat is af te dingen op de redenering van de rechtbank. In de eerste plaats miskent de rechtbank dat de strekking van de *15 april*-arresten nu juist is dat het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit leidend is. Is de bestuurder niet meer gewenst als bestuurder van de vennootschap, dan dient ook de arbeidsovereenkomst te sneuvelen. Dat volgt uit de wetsgeschiedenis (aldus de Hoge Raad). Het meest voor de hand liggende bijkomende argument is dat de *raison d'être* van de arbeidsovereenkomst nu eenmaal is het uitvoeren van bestuurderstaken. Zonder die bestuurstaken is de arbeidsovereenkomst zinledig geworden. Deze redenering gaat niet op voor een einde aan de arbeidsovereenkomst onder instandhouding van het bestuurderschap. Zolang de bestuurder bestuurder is, kan en dient hij zijn bestuurstaken te verrichten. De overweging van de rechtbank dat dit onaanvaardbaar zou zijn omdat de bestuurder voor zijn werkzaamheden dan niet meer beloond zou worden is eveneens onjuist. Zoals eerder opgemerkt is de beloning van de bestuurder niet alleen verschuldigd op grond van de arbeidsovereenkomst (of opdrachtovereenkomst), maar

152 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*) en HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic Nominees/Van den Elshout*).

153 Vgl. Verburg 2008, p. 15 r.k. schrijft zonder verdere toelichting dat deze uitspraak in lijn is met de *15 april*-arresten. Wel – terecht – kritisch zijn Berendsen & Wiersma 2007, p. 118 r.k.

ook op grond van het bezoldigingsbesluit. Ook zonder arbeids- of opdrachtovereenkomst is de vennootschap gehouden de bezoldiging te voldoen.

De constatering van de rechtbank dat de algemene vergadering en niet het bestuur het bevoegd orgaan is om een ontslagbesluit te nemen is uiteraard juist. Zoals hierboven omschreven volgt dit uit het arrest *Eggenhuizen/Unidek*. Uit dat arrest volgt niet zonder meer dat de algemene vergadering *exclusief* vertegenwoordigingsbevoegd is om de contractuele band te verbreken. De rechtbank had hieraan een overweging kunnen wijden, net als aan de hierboven besproken oudere rechtspraak (*Tactor/Ritz Lounge* en *Van Wijmen*).

Het Hof Amsterdam¹⁵⁴ heeft in een kortgedingzaak geoordeeld dat voor een arbeidsrechtelijk ontslag een rechtsgeldig besluit van de algemene vergadering nodig is. De bestuurder betwist in deze zaak dat het ontslagbesluit in een algemene vergadering is genomen. De vennootschap betoogt vervolgens dat als dat al zo zou zijn, niets er aan in de weg staat dat aan de arbeidsovereenkomst een einde komt door een ontslag op staande voet. Het hof oordeelt dat de vennootschap hiermee miskent dat ook een dergelijk ontslag door de algemene vergadering moet worden verleend en dat in casu van een daartoe strekkend, rechtsgeldig genomen besluit niet is gebleken.

Dit oordeel is ruimer dan alleen het oordeel dat de algemene vergadering het *bevoegde orgaan* is om de arbeidsrechtelijke verhouding te beëindigen. Er staat ook dat dat moet via een besluit van de algemene vergadering. Dit is opmerkelijk omdat de arbeidsrechtelijke opzegging, hoewel aan vele regels gebonden, in beginsel vormvrij is. Een opzegging kan mondeling of schriftelijk en is verder niet aan enig vormvereiste gebonden. Door te oordelen dat een *besluit* van de algemene vergadering nodig is, worden alle formele vereisten die ook gelden voor een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit, als het ware in de contractuele verhouding getrokken. Zo zal de bestuurder gehoord moeten worden. Dit spreekt voor zich als het gaat om het vennootschapsrechtelijke ontslag, maar een gewone werknemer wordt doorgaans voor de opzegging niet door de werkgever gehoord.¹⁵⁵

Ik wijs verder nog op de uitspraak van de Voorzieningenrechter Amsterdam van 2 maart 2010.¹⁵⁶ De vennootschap zegt de arbeidsovereenkomst met de bestuurder op bij brief van 23 oktober 2009 en het vennootschapsrechtelijk ontslag vindt plaats in een aandeelhoudersvergadering van 26 oktober 2009, zonder dat de bestuurder is uitgenodigd om gehoord te worden. Het besluit wordt bij brief van 9 november 2009 ter kennis van de bestuurder gebracht. De bestuurder beroept zich op de vernietigbaarheid wegens strijd met artikel 2:227 lid 4 (thans lid 7) BW en vordert

154 Hof Amsterdam 26 april 2007, RO 2007/89, JOR 2008/63 m.nt. Loesberg (*Behrens/Atrix Mundi*).

155 Vlg. Verburg 2008a. In zijn oratie pleit hij voor een vernieuwd ontslagstelsel waarbij de werknemer, net als de statutair bestuurder gehoord dient te worden voorafgaand aan het ontslagbesluit. Bij een ontslag op staande voet gebeurt dat al. Vgl. Sagel 2013, p. 55 e.v.

156 JAR 2010/102 (*Schiet/Bestford*).

in kort geding loondoorbetaling (en toelating tot de werkzaamheden). De vennootschap stelt zich, als ik de uitspraak goed begrijp, op het standpunt dat de arbeidsrechtelijke opzegging op een eerder moment is gedaan en dus niet geraakt wordt door de eventuele vernietiging van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit. De opzegging mocht zonder vergunning geschieden vanwege het statutair bestuurderschap, aldus nog steeds de vennootschap. De voorzieningenrechter gaat hierin niet mee en oordeelt dat de vernietiging van het ontslagbesluit ook de arbeidsrechtelijke opzegging vernietigt. 'Los opzeggen' is dus niet aan de orde.

Het door de bestuurder beëindigen van de arbeidsovereenkomst onder de uitdrukkelijke instandhouding van de vennootschapsrechtelijke band ligt minder voor de hand. Het is niet eenvoudig een praktisch belang te verzinnen waarom een bestuurder dat zou willen doen. Een mogelijke reden voor de werknemer om de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen, maar wel bestuurder te willen blijven, kan zijn gelegen in het alvast laten starten van de termijn waarin hij door een concurrentiebeding wordt beperkt. Ten slotte kan het zo zijn dat de bestuurder nog invloed wil kunnen uitoefenen op te nemen beslissingen.¹⁵⁷

Een bijzondere situatie ontstaat indien de vennootschap faillieert. In dat geval wordt de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap wel deelbaar, enigszins vergelijkbaar met de situatie bij overgang van onderneming.¹⁵⁸ In geval van faillissement bepaalt artikel 40 Fw dat de curator de arbeidsovereenkomst kan opzeggen met de werknemer (met toestemming van de rechter-commissaris). Dit artikel is ook van toepassing op de bestuurder. De curator wordt als het ware werkgever. De opzegging door de curator maakt geen einde aan de vennootschapsrechtelijke verhouding. In de eerste plaats niet omdat de enkele arbeidsrechtelijke opzegging door de vennootschap dat ook niet doet, zoals hierboven uiteengezet. Daarbij geldt dat het ontslag als bestuurder kan alleen gegeven worden door het tot ontslag bevoegde orgaan. De curator gaat op grond van artikel 40 Fw fungeren als werkgever, maar niet als orgaan van de vennootschap. Artikel 2:134 (244) BW wordt door artikel 40 Fw immers niet doorkruist.

Is er na faillissement nog niet door de curator opgezegd en neemt de vennootschap een ontslagbesluit, dan is het de vraag of toepassing van de 15 april-arresten er toe leidt dat ook de arbeidsovereenkomst eindigt. Het antwoord op die vraag moet mijns inziens ontkennend luiden. In de 15 april-arresten is weliswaar beslist dat de algemene vergadering het bevoegde orgaan is om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, maar

¹⁵⁷ Vgl. HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 694 m.nt. Ma (*Lampe/Videoworks*) waarin werd geoordeeld dat een ontslagen bestuurder die tevens een arbeidsverhouding met de vennootschap had en die ervan afziet om ook deze arbeidsverhouding te herstellen, belang bij herstel van zijn statutaire positie kan hebben. Annotator Maeijer wijst erop dat deelname aan besluitvorming een redelijk belang kan opleveren. Als dit zo is bij het vernietigen van een ontslagbesluit, dan geldt dat ook voor de instandhouding van het bestuurderschap terwijl de arbeidsovereenkomst wel wordt beëindigd.

¹⁵⁸ Zie over overgang van onderneming paragraaf 6.11 van dit hoofdstuk. Zie uitgebreid over de bestuurder in faillissement: o.a. Verburg 2012 en Hufman 2013.

artikel 40 Fw doorkruist dat door de bevoegdheid de arbeidsovereenkomst te beëindigen bij de curator te leggen. Dat artikel 40 Fw hier 'voor' gaat, is in lijn met hetgeen de Hoge Raad in de 15 april-arresten voorop heeft gesteld:

"Het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslagbesluit heeft voor de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap, moet worden gegeven aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst en in de op arbeidsovereenkomsten toepasselijke wetsbepalingen, voor zover Boek 2 BW deze wetsbepalingen niet uitdrukkelijk terzijde stelt (zie: HR 13 november 1992, nr. 151146, NJ 1993, 265)"

Met Verburg¹⁵⁹ ben ik van oordeel dat artikel 40 Fw een op de arbeidsovereenkomst toepasselijke wetsbepaling is die niet door Boek 2 BW uitdrukkelijk ter zijde wordt gesteld. De vennootschap kan wel de vennootschapsrechtelijke band verbreken, die bevoegdheid houdt zij, maar niet de arbeidsrechtelijke. Toepassing van de 15 april-arresten leidt dus in dit geval niet tot 'ontslag is ontslag'. Anders gezegd: de curator kan de arbeidsrechtelijke band beëindigen, maar heeft geen invloed op de vennootschapsrechtelijke positie. De vennootschap kan de vennootschapsrechtelijke positie beëindigen, maar heeft geen invloed op de arbeidsrechtelijke beëindiging. Ik vind dat een logische uitkomst. De curator kan er belang bij hebben nog gedurende enige tijd een beroep op de werknemer/bestuurder te doen.¹⁶⁰ Het is niet aan de vennootschap om dat te dwarsbomen.

In de situatie waarin de bestuurder/werknemer zijn bestuurderschap neerlegt leiden de 15 april-arresten er mijns inziens wel toe dat ook de arbeidsovereenkomst wordt verbroken. Er zijn geen arbeidsrechtelijke regels die de iets wijzigen in de bevoegdheid van de werknemer om zijn arbeidsovereenkomst op te zeggen. In artikel 40 Fw wordt ook uitdrukkelijk bevestigd dat de werknemer kan opzeggen (dus ook als er een overeenkomst voor bepaalde tijd is zonder tussentijds opzegbeding). Legt de bestuurder zijn bestuurderschap neer, dan staat er niets aan in de weg dat dat ook de arbeidsrechtelijke band slaakt.

6.3 Gebreken in de besluitvorming – vennootschapsrechtelijke toetsing

Boek 2 BW, de statuten en in voorkomend geval de reglementen kennen regels over de totstandkoming van besluiten door organen van de vennootschap. Ook een ontslagbesluit (net als een benoemings- en beloningsbesluit) moet met inachtneming van die regels worden genomen. Schending van de regels kan leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid. Nietigheid is aan de orde als sprake is van een besluit in strijd met de wet of statuten (artikel 2:14 lid 1 BW). Een besluit is vernietigbaar als het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid ex artikel 2:8 BW of in strijd met wettelijke, statutaire of reglementaire bepalingen over de totstandkoming van besluiten (artikel 2:15 BW).¹⁶¹

¹⁵⁹ Verburg 2012.

¹⁶⁰ Zie ook Kortmann in zijn annotatie onder het arrest *Bartelink/Ciris* in AA 2005/54.

¹⁶¹ Doorgaans zal de ontslagen bestuurder zich beroepen op gebreken in de besluitvorming. Ook werknemers kunnen belang hebben bij de vernietiging van een ontslagbesluit, vgl. Hof Den Bosch 8 april 1992, NJ 1992, 701 (*Gilissen/L.*).

Net als bij een bezoldigingsbesluit en een benoemingsbesluit is de vraag wat de gevolgen voor de arbeidsovereenkomst zijn van een nietig of vernietigbaar ontslagbesluit. Hierover handelt paragraaf 6.3.2. Eerst wordt een aantal regelmatig voorkomende gebreken kort besproken: gebreken bij de bijeenroeping of oproeping, het niet horen of niet laten uitbrengen van de raadgevende stem door bestuurders en commissarissen en strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Opgemerkt zij dat sinds de inwerkingtreding van de Wet flex-BV¹⁶² de mogelijkheid bestaat bepaalde bevoegdheden toe te kennen aan een groep aandeelhouders van een bepaalde soort. Hieronder valt de bevoegdheid om bestuurders te benoemen (artikel 2:242 lid 1 BW) en te ontslaan (artikel 244 lid 1 j^o 242 lid 1 BW) alsook de bevoegdheid de bezoldiging vast te stellen. Is een bevoegdheid toegekend aan zo'n groep aandeelhouders, dan gelden de regels die gelden voor besluitvorming door de algemene vergadering niet. De wet kent geen algemene regels voor besluitvorming door een groep van aandeelhouders.¹⁶³ De regels die hieronder besproken worden gelden niet als de ontslagbevoegdheid bij een groep aandeelhouders van een bepaalde soort ligt.

6.3.1 Gebreken in de besluitvorming

Bijeenroepen algemene vergadering

De wet verplicht tot ten minste eenmaal per jaar vergaderen. Voor de NV geldt dat dat binnen zes maanden na afloop van het boekjaar moet gebeuren, tenzij de statuten een kortere termijn stellen (artikel 2:108 BW). Voor de BV geldt sinds de inwerkingtreding van de Wet flex-BV¹⁶⁴ een afwijkende regeling: per boekjaar moet één algemene vergadering worden gehouden of moet éénmaal buiten vergadering worden vergaderd (artikel 2:218 BW). Daarnaast kunnen er zoveel vergaderingen gehouden worden als nodig is. Het bestuur en de raad van commissarissen zijn bevoegd de algemene vergadering bijeen te roepen. Deze bevoegdheid kan bij de statuten ook aan anderen worden verleend, waaronder houders van aandelen van een bijzondere soort (artikel 2:109 (219) BW). Het bijeenroepen van de vergadering geschiedt door het *bestuur* en niet door iedere bestuurder afzonderlijk.¹⁶⁵ Laat het bestuur of de raad van commissarissen na een vergadering bijeen te roepen, terwijl één of meer houders van

162 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299, inwerkingtreding 1 oktober 2012 (Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 301,; parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 31 058).

163 Vgl. Boschma & Kuijers-Tollenaar 2013.

164 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299, inwerkingtreding 1 oktober 2012 (Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 301,; parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 31 058).

165 Vgl. HR 6 april 1936, *NJ* 1936, 1045 (*Zeeppabriek Frans Duller*) en HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (*Wijsmuller*).

aandelen die gezamenlijk ten minste een tiende (een honderdste bij de BV, waarbij in de statuten kan worden afgeweken) van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, daar wel om hebben verzocht, dan kan de voorzieningenrechter op verzoek van die aandeelhouders hen machtigen de vergadering bijeen te roepen (artikel 2:110 (220) BW). De voorzieningenrechter verleent de machtiging na verhoor of oproeping van de vennootschap indien de verzoekers summierlijk hebben doen blijken dat aan alle gestelde voorwaarden is voldaan en dat zij een redelijk belang hebben bij het houden van de vergadering. Is sprake van een BV, dan wijst de voorzieningenrechter het verzoek af als een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich tegen het houden van de algemene vergadering verzet. Tegen de beschikking van de voorzieningenrechter staat geen rechtsmiddel open, behoudens cassatie in het belang der wet (artikel 2:111 (221) BW).

Besluiten genomen in een niet op de juiste wijze bijeengeroepen algemene vergadering zijn vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW.¹⁶⁶ Is echter het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd en is met algemene stemmen besloten, dan is het besluit niet vernietigbaar.¹⁶⁷

Het bijeenroepen van de algemene vergadering kan de eerste hobbel zijn bij het ontslag van een bestuurder. Voor een voorbeeld verwijs ik naar het reeds besproken arrest *Tactor/Ritz Lounge*.¹⁶⁸ De bestuurder die dreigt ontslagen te worden zal niet snel genegen zijn mee te werken aan het bijeenroepen van de algemene vergadering waarin zijn ontslag aan de orde is. Als er geen raad van commissarissen is, dan zal het bijeenroepen van de algemene vergadering niet eenvoudig zijn. Is er een overzichtelijk aantal aandeelhouders, en is de bestuurder zelf geen aandeelhouder, dan kan het niet op de juiste wijze bijeenroepen worden geheeld door met algemene stemmen te besluiten.¹⁶⁹ Het probleem kan ook worden omzeild als besluitvorming buiten vergadering in de statuten mogelijk is gemaakt.¹⁷⁰ Deze oplossing werkt weer niet indien de bestuurder ook aandeelhouder is. Besluitvorming buiten vergadering vereist immers dat met algemene stemmen wordt besloten (artikel 2:128 (238) BW). De hierboven omschreven route van artikel 2:110 (220) BW kan in dat geval uitkomst bieden, evenals het starten van enquêteprocedure.

Ook in concerns is voorzichtigheid bij het houden van een algemene vergadering of bij het besluiten buiten vergadering geboden. In voorkomend geval bekleedt de bestuurder die met ontslag bedreigd wordt ook bestuursfuncties bij vennootschappen hoger in de vennootschapsrechtelijke structuur. Het is zaak op het juiste niveau te beginnen met ontslaan.

166 Vgl. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 96.

167 Zie *Losbladige Rechtspersonenrecht*, aant. 2 op art. 2:109 BW.

168 HR 5 november 1954, NJ 1956, 321 (*Tactor/Ritz Lounge*), zie paragraaf 6.2.6. van dit hoofdstuk.

169 Zie voor een voorbeeld hiervan Rb. Utrecht 4 april 2012, JOR 2012/211 (*Pijnenborg/Kneipp*).

170 Zie voor complicaties bij het besluiten buiten vergadering bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 7 november 2012, JOR 2013/37 m.nt. Holtzer (*Van Paridon*).

Oproeping algemene vergadering

Ook de oproeping voor de algemene vergadering is gebonden aan regels. Voor de naamloze vennootschap luiden die regels als volgt. De oproeping geschiedt niet later dan 15 dagen voor de dag van de vergadering (42 dagen als sprake is van een beursgenoteerde vennootschap) (artikel 2:115 BW). Is de termijn korter, of heeft de oproeping niet plaatsgehad, dan kunnen geen wettige besluiten worden genomen tenzij met algemene stemmen in een vergadering waarin het hele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. De vergadering moet plaatsvinden in Nederland in de plaats die de statuten vermelden of in de gemeente waar de naamloze vennootschap haar woonplaats heeft (artikel 2:116 BW). Elders kunnen geldige besluiten worden genomen als het gehele geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. De oproeping geschiedt door aankondiging in een landelijk verspreid dagblad en door oproepingsbrieven als de statuten dat bepalen. De oproeping vermeldt – onder meer – de te behandelen onderwerpen. Over onderwerpen die niet zijn aangekondigd, kan rechtsgeldig worden besloten met algemene stemmen indien het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is (artikel 2:114 lid 2 BW).

Is sprake van een besloten vennootschap is de termijn voor oproeping acht dagen. Is deze termijn niet in acht genomen, dan kunnen toch besluiten worden genomen als alle vergadergerechtigden ermee hebben ingestemd dat de besluitvorming plaatsvindt en de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid zijn gesteld hun raadgevende stem uit te brengen (artikel 2:225 BW).¹⁷¹ De vergadering moet plaatsvinden in de bij statuten bepaalde plaats, of in de gemeente waar de vennootschap woonplaats heeft. Er kan ook een plaats in het buitenland worden aangewezen. Ook hier kan de vergadering elders worden gehouden mits alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met de plaats van vergadering en de bestuurders/commissarissen hun raadgevende stem hebben kunnen uitbrengen (artikel 2:226 BW). De oproeping geschiedt door oproepingsbrieven aan aandeelhouders en aan andere vergadergerechtigden. In de statuten kan worden bepaald dat dit via elektronische weg kan, als de aandeelhouder of vergadergerechtigde daarmee instemt (artikel 2:223 BW). Ten slotte dient ook in de besloten vennootschap de oproeping een agenda van de te behandelen onderwerpen te bevatten. Over een niet vermeld onderwerp kan toch wettig worden besloten als alle vergadergerechtigden daarmee hebben ingestemd en de bestuurders/commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld advies uit te brengen (artikel 2:224 BW).

Geschiedt de bijeenroeping of oproeping niet zoals het hoort, dan tast dat de geldigheid van de genomen besluiten aan en zijn die besluiten voor vernietiging vatbaar.¹⁷²

171 Bestuurders worden niet gezien als vergadergerechtigden in de zin van artikel 2:227 BW, *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 84.

172 Zie voor een ouder voorbeeld: HR 16 juni 1944, NJ 1944, 443 (*Keimel/Merito*).

Staat het ontslag van de statutair bestuurder op de agenda, dan moet dat voor de bestuurder ook echt duidelijk zijn. Onduidelijkheid over de agenda leidt ertoe dat de oproeping vernietigbaar is. Een voorbeeld is te vinden in de zaak die is voorgelegd aan de Rechtbank Utrecht.¹⁷³ De vennootschap had in de oproeping de volgende agendapunten opgenomen: “2. De inbreng van de Crystal activiteiten in de nieuw te vormen Comsys Groep. 3. De gevolgen van deze inbreng voor alle bij de Crystal Groep betrokken bedrijven en personen.” Drie dagen voor de aandeelhoudersvergadering is uitgebreid toegelicht dat het ontslag van de bestuurder aan de orde zou zijn, alsook waarom. De bestuurder beroept zich – onder meer – op de vernietigbaarheid van het ter vergadering genomen ontslagbesluit omdat het voorgenomen ontslag niet op de agenda is vermeld. De nadere toelichting was te laat en bovendien is de bestuurder (die ook middellijk aandeelhouder is) niet uitgenodigd om gehoord te worden. De vennootschap stelt zich op het standpunt dat verhullende taal was gebruikt om de bestuurder niet te beschadigen en dat alle betrokkenen ter vergadering op de hoogte waren van wat er speelde zodat minder gewicht aan de oproeping moest worden toegekend. De bestuurder trekt hier aan het langste eind. De rechtbank oordeelt dat wet en statuten met zich brengen dat een voorgenomen ontslag van een bestuurder en de daaraan ten grondslag liggende redenen, duidelijk in de oproepingsbrief vermeld dient te worden.¹⁷⁴ Het belang van die duidelijkheid is gelegen in een reële gedachteswisseling tussen aandeelhouders onderling en met de bestuurder over een zowel voor de onderneming als de bestuurder zo ingrijpend besluit. De oproeping in casu voldoet daar niet aan. De latere toelichting kan als zelfstandige oproeping worden gezien, maar dan had ook de normale termijn van 14 dagen in acht moeten worden genomen. De rechtbank vernietigt vervolgens het ontslagbesluit nu de gebreken niet zijn geheeld: er is niet met algemene stemmen besloten. De in acht te nemen oproepingstermijn vanaf het moment dat wel een volledige agenda is verstuurd speelt hier een rol omdat de betrokken bestuurder ook aandeelhouder is. Is de bestuurder géén aandeelhouder en wordt hij uitsluitend opgeroepen om gehoord te worden en om zijn raadgevende stem uit te brengen, dan gelden de formele oproepingsvereisten niet voor die uitnodiging.¹⁷⁵ De uitnodiging hoeft ook niet per definitie door de aandeelhouder te geschieden.¹⁷⁶

Ook de Rechtbank Arnhem komt in de *Dimension Data*-zaak¹⁷⁷ tot vernietiging van het ontslagbesluit omdat in de oproeping slechts een agendapunt over een geldopname door de bestuurder is opgenomen. De rechtbank acht dit, in combinatie met het feit dat de vennootschap de bestuurder had gezegd dat hij wel kon inbellen in plaats van fysiek verschijnen, in strijd met de zorgvuldigheid waarmee de vennootschap een bestuurder/werknemer in staat behoort te stellen over zijn voorgenomen

173 Rb. Utrecht 11 juni 2008, *JOR* 2008/225 m.nt. Holtzer (*Bakker/Crystal Communications*).

174 Over het al dan niet vermelden van de gronden van het ontslag kan ook anders worden gedacht, getuige de uitspraak van de Rechtbank Gelderland ((vzr.) 11 december 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6420 (*Blycolin*)) waarin wordt overwogen dat niet uit de wet of de jurisprudentie voortvloeit dat in de oproeping ook de gronden voor het ontslag moeten worden opgenomen.

175 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 340.

176 HR 22 december 2009, *JAR* 2010/20 (*Hay Group/Schneider*), r.o. 3.4.

177 Rb. Arnhem 16 maart 2008, *JOR* 2008/153 m.nt. Holtzer (*Dimension Data*).

ontslag te worden gehoord. Het ontslagbesluit wordt vernietigd, eveneens op grond van artikel 2:15 lid 2 BW. Holtzer betoogt in zijn annotaties bij zowel de *Dimension Data*-zaak als bij de *Crystal Groep*-uitspraak dat arbeidsrechtelijke elementen de vennootschapsrechtelijke toetsing kleuren. Ik zie dat niet zo. De oproepingsvereisten in de wet (en vaak ook in de statuten) zijn helder: de te behandelen onderwerpen moeten worden vermeld. Een redelijke wetsuitleg, desnoods ingevuld door de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid, brengt met zich mee dat die vermelding correct, duidelijk en niet cryptisch moet zijn. Dat zijn geen typisch arbeidsrechtelijke eisen lijkt mij, maar dienen ook de betrokkenen bij de vennootschap.

Is sprake van besluitvorming buiten vergadering (artikel 2:128 (238) BW) dan gelden de oproepingsvereisten niet. Wel moet het besluit met algemene stemmen worden genomen en de stemmen dienen schriftelijk te worden uitgebracht. Is er slechts één aandeelhouder, dan volstaat dat het besluit schriftelijk is vastgelegd.¹⁷⁸ Besluitvorming buiten vergadering is met name praktisch als sprake is van één aandeelhouder. Het risico op fouten in de formele procedure is dan klein.

Zoals in de inleiding opgemerkt, gelden de regels omtrent besluitvorming in de algemene vergadering niet voor een groep van houders van aandelen van een bepaalde soort. Ligt de ontslagbevoegdheid bij zo'n groep, dan kan dus zonder al te veel wettelijke formaliteiten worden besloten. Wel is het uiteraard mogelijk dat in de statuten of in reglementen nadere regels zijn opgenomen over besluitvorming door zo'n groep. Schending van die voorschriften leidt eveneens tot vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a of c BW.

Hoorplicht en raadgevende stem

Een van de belangrijkste formele vereisten voor het nemen van een rechtsgeldig ontslagbesluit (en overigens ook voor het nemen van een benoemingsbesluit) is dat bestuurders en commissarissen op grond van artikel 2:117 (227) lid 4 BW een raadgevende stem hebben in de algemene vergadering. Het niet laten uitbrengen van de raadgevende stem leidt tot vernietigbaarheid van het ontslagbesluit. Ook bij besluitvorming buiten vergadering geldt artikel 2:117 (227) lid 4 BW.¹⁷⁹ Voor de BV is dit sinds de invoering van de Wet flex-BV per 1 januari 2013 ook in de wet geregeld (artikel 2:238 lid 2 BW).¹⁸⁰

De bestuurder moet worden uitgenodigd voor de vergadering, of als sprake is van besluitvorming buiten vergadering, voor een bijeenkomst met de aandeelhouder

178 HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595 m.nt. Ma (*Janssen Pers/Janssen*). Dit is dus een uitzondering op de regel dat besluiten vormvrij zijn. Een besluit genomen buiten vergadering door één aandeelhouder moet schriftelijk zijn. Zie hierover ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1.

179 HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595 m.nt. Ma (*Janssen Pers/Janssen*), bevestigd in HR 22 december 2009, *JAR* 2010/20 (*Hay Group/Schneider*).

180 Artikel 2:238 lid 2 BW spreekt van een advies en niet van een raadgevende stem. Uit de parlementaire geschiedenis valt niet af te leiden dat hier is beoogd een verschil aan te brengen.

waarin hij wordt gehoord en zijn raadgevende stem kan uitbrengen. Die uitnodiging hoeft niet te voldoen aan de formele oproepingsvereisten van artikel 2:114 (224) BW.¹⁸¹

Wordt de bestuurder niet gehoord of niet in de gelegenheid gesteld zijn raadgevende stem uit te brengen, dan is het besluit als gezegd vernietigbaar. Ook als andere bestuurders of commissarissen niet in de gelegenheid zijn gesteld hun raadgevende stem uit te brengen is dat een grond voor een mogelijke vernietiging. Hierbij moet worden opgemerkt dat indien de niet gehoorde medebestuurders en commissarissen laten weten het met de besluitvorming eens te zijn, er geen belang bij de vernietiging van het ontslagbesluit bestaat. Dit gebrek kan dus worden geheeld.¹⁸² Maakt de ontslagen bestuurder zelf geen gebruik van de geboden gelegenheid om zijn advies uit te brengen, dan is dat geen grond voor vernietiging.¹⁸³

Er is een verschil tussen het horen van de bestuurder en het uitbrengen van de raadgevende stem. Algemeen wordt aangenomen dat het horen dient te gebeuren op grond van artikel 2:8 BW en ertoe dient de bestuurder in de gelegenheid te stellen zijn persoonlijke belangen naar voren te brengen. De raadgevende stem is er om bestuurders en commissarissen het belang van de vennootschap te kunnen laten meewegen.¹⁸⁴ Huizink heeft er terecht op gewezen dat in de praktijk het verschil niet zo duidelijk te onderscheiden is.¹⁸⁵ Schending van de hoorplicht leidt tot vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW, schending van artikel 2:117 (227) BW tot vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW.

De vennootschap hoeft zich niet veel aan de (tegen)stem van de bestuurder gelegen te laten liggen. Het besluit kan gewoon genomen worden. Wel moet sprake zijn geweest van een daadwerkelijk uitwisseling van gedachten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de rechtbank Zwolle¹⁸⁶ uit 2000. Het betreft in die zaak een managementovereenkomst, maar de betreffende ‘manager’ is in persoon bestuurder. De vennootschap (ooit door hemzelf opgericht) wil hem niet langer als bestuurder en gaat over tot schorsing en ontslag. Het schorsingbesluit houdt geen stand omdat dat besluit onbevoegd genomen is, te weten door de overige bestuurders (en niet de algemene vergadering).¹⁸⁷ Met betrekking tot het ontslagbesluit overweegt de rechtbank dat de bestuurder zich in de aandeelhoudersvergadering niet inhoudelijk heeft

181 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 340.

182 Rb. Arnhem 30 maart 2011, JOR 2011/176 m.nt. Groffen (*Bosman/Cyclomedia Technology*).

183 Vgl. Rb. Leeuwarden (ktr. vzr.) 26 juli 2011, JAR 2011/231 m.nt. Beltzer (*Boxes*) en Rb. Utrecht 4 april 2012, JOR 2012/211 (*Pijnenborg/Kneipp*).

184 Zie hierover onder meer Schwarz 1995, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 340 en Verburg 2010.

185 *Losbladige Rechtspersonen* art. 2:134 aant. 10.

186 Rb. Zwolle 29 november 2000, JOR 2001/80 (*De Vries/Atir*). Zie ook Rb. Arnhem 8 augustus 2012, JAR 2012/236 (*Wolsink/Dremefa*). In deze zaak heeft de vennootschap nog voordat de bestuurder zijn raadgevende stem heeft kunnen uitbrengen al naar buiten gebracht dat de bestuurder niet terugkomt. Daarmee is de raadgevende stem illusoir geworden. In deze zaak vertaalde dit (en meer) zich in een kennelijk onredelijk ontslag. Zie hierover paragraaf 6.4.2 van dit hoofdstuk.

187 De rechtbank oordeelt dat het op deze wijze nemen van een besluit een onrechtmatige daad van de vennootschap jegens de bestuurder is. Dat lijkt mij geen juiste conclusie.

kunnen verantwoorden. In de vergadering is niet ingegaan op zijn bezwaren en er is volstaan met het voorlezen van een notitie. De rechtbank oordeelt dat het besluit daarom nietig is wegens schending van artikel 2:8 BW.

Ook geldt dat de vennootschap zal moeten toestaan dat de bestuurder zich ter vergadering laat bijstaan door een raadsman.¹⁸⁸ Er is geen wettelijk termijn voor het nemen van een besluit buiten vergadering, de bestuurder dient wel tijd krijgen om zich voor te bereiden. Een geschorste bestuurder moet ook worden gehoord over zijn ontslag.¹⁸⁹

Groffen¹⁹⁰ betoogt dat de raadgevende stem van de bestuurder over zijn eigen ontslag niet past bij de tegenstrijdigbelangregeling zoals opgenomen in de corporate governance code en in de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling bij de invoering van de Wet bestuur en toezicht. Omdat de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft bij het besluit over zijn eigen ontslag, zou er geen raadgevende stem moeten zijn. Ik deel het standpunt van Groffen niet. De tegenstrijdigbelangregeling ziet op bestuursbesluiten en niet op aandeelhoudersbesluiten. De stem is uitsluitend *raadgevend* zodat er geen vrees is dat de vennootschap door het tegenstrijdig belang wordt benadeeld.

Uit lagere rechtspraak blijkt dat er nog regelmatig fouten gemaakt worden door de vennootschap als het gaat om het horen en het uitbrengen van de raadgevende stem.¹⁹¹

188 Vgl. Rb. Utrecht (vzr.) 4 mei 2000, *KG* 2000, 146 (*Q. Systems Holding*). De bestuurder in kwestie is opgeroepen voor de vergadering waarbij zijn ontslag op de agenda staat, maar is niet komen opdagen. De reden daarvoor is dat de vennootschap niet genegen was de algemene vergadering te verplaatsen naar een datum waarop ook de raadsman van de bestuurder aanwezig kon zijn. De vennootschap heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een algemene vergadering van *aandeelhouders* en dat het niet is toegestaan dat zij zich door een advocaat laten vergezellen. De president oordeelt dat, gelet op de gevolgen van het besluit voor de bestuurder, grote zorgvuldigheid in acht moet worden genomen. Zich laten bijstaan door een raadsman hoort daarbij. Zie ook. Rb. Haarlem (vzr.) 19 mei 1995, *JAR* 1996/24 (*Helderman/Wilo*) waarin de president oordeelt dat een bestuurder oproepen om gehoord te worden/zijn raadgevende stem uit te brengen tegen een dag waarvan bekend is de raadsman van de bestuurder is verhinderd is in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van art. 2.8 BW. Het ontslagbesluit is aldus vernietigbaar. Zie ook. Rb. Amsterdam (vzr.) 20 juni 1996, *JAR* 1997/5 (*Jongbloed/Van Duijnen*) voor een vergelijkbaar oordeel.

189 Hof Arnhem 5 februari 2002, *JOR* 2002/153 (*Pierik/De Raadt*).

190 Rb. Arnhem 30 maart 2011, *JOR* 2011/176 m.nt. Groffen (*Bosman/Cyclomedia Technology*).

191 Ik verwijs naar onder meer: Hof Amsterdam 18 mei 1989, *NJ* 1990, 591 (*WTC/Van der Wiel*); Rb. Zwolle 29 november 2000, *JOR* 2001/80 (*De Vries/Atir*); Hof Arnhem 5 februari 2002 *JOR* 2002/153 (*Pierik/De Raadt*); Rb. Amsterdam 16 maart 2006, *RAR* 2005/53 (*Wehkamp/Satama*); Rb. Almelo 30 oktober 2006, *JIN* 2007/53 m.nt. W.A. Zondag, *JAR* 2006/297 (*Pril/Bulthaup*); Rb. Arnhem 26 maart 2008, *JAR* 2008/124 en *JOR* 2008/153 m.nt. Holtzer (*Dimension Data*); Hof Arnhem 20 januari 2009, *ECLI:NL:GHARN:2009:BH4267* (*Technica Group*); Rb. Zutphen (vzr.) 14 oktober 2009, *JAR* 2010/35 en *JOR* 2009/317 m.nt. Verburg (in de bodemzaak werd overigens – anders dan in kort geding – geoordeeld dat het niet horen voor rekening van de bestuurder zelf komt: Rb. Zutphen 9 mei 2012, *RAR* 2012/120 (*Kwik-Fit*)); Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, *JOR* 2011/106, m.nt. Holtzer (*Van Dobben*); Rb. Middelburg (vzr.) 26 januari 2010, *JAR* 2010/158; Rb. Arnhem 30 maart 2011, *JOR* 2011/176 (*Bosman/Cyclomedia*).

Ligt de ontslagbevoegdheid bij een groep houders van aandelen van een bepaalde soort dan is het de vraag of de bestuurders en commissarissen een raadgevende stem hebben. Artikel 2:227 BW gaat uitdrukkelijk over de algemene vergadering en niet over een groep houders van aandelen van een bepaalde soort. Stokkermans heeft een analoge toepassing op besluitvorming door zo'n groep bepleit.¹⁹² Ik meen, met Boschma en Kuijers-Tollenaar¹⁹³ dat de parlementaire geschiedenis van de Wet flex-BV die ruimte niet laat. De minister heeft dat in de Eerste Kamer duidelijk gezegd:

“De leden van de VVD-fractie stellen vraagtekens bij de opmerking in de memorie van antwoord dat bestuurders en commissarissen ook een adviesrecht hebben in een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding en of vragen of dit wel uit het wetsvoorstel kan worden afgeleid. Bij nader inzien constateer ik dat de VVD-fractie gelijk heeft. In artikel 227 lid 7 van het wetsvoorstel is bepaald dat de raadgevende stem geldt voor de algemene vergadering en, op grond van artikel 238 lid 2, laatste zin, tevens bij besluitvorming van de aandeelhouders buiten vergadering. Bij een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding is geen sprake van een algemene vergadering, noch van besluitvorming in de zin van artikel 238. Het gaat immers om een besluit van een ander orgaan dan de algemene vergadering. Aan een dergelijk orgaan kunnen bij de statuten bevoegdheden worden toegekend. Het geven van advies door het bestuur in het belang van de vennootschap ligt bij nader inzien bij dergelijke statutaire bevoegdheden minder voor de hand dan bij de wettelijke (en statutaire) bevoegdheden van de algemene vergadering. Ik ben het dus met de leden van de VVD-fractie eens dat de raadgevende stem in vergaderingen van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding niet geldt. In dat opzicht komt er geen verandering in de situatie zoals die al geldt onder het huidige bv-recht.”¹⁹⁴

Een ontslagbesluit door een groep aandeelhouders van een bepaalde soort is in die zin te vergelijken met een ontslagbesluit door de raad van commissarissen. Ook dan is er geen raadgevende stem (zie hierna). De bestuurder moet nog wel steeds op grond van artikel 2:8 BW worden gehoord over zijn voorgenomen ontslag, op straffe van vernietigbaarheid.

Zijn er statutaire of reglementaire voorschriften over besluitvorming door de groep aandeelhouders van een bepaalde soort, dan leidt schending daarvan tot vernietigbaarheid (artikel 15 lid 1 sub a en c BW).

Standpuntbepalingsrecht ondernemingsraad

In een naamloze vennootschap heeft de ondernemingsraad op grond van artikel 2:134a BW een standpuntbepalingsrecht bij het nemen van een ontslagbesluit, net als bij het benoemings-, schorsing- en bezoldigingsbesluit. Schending van artikel 2:134a BW tast de besluitvorming niet aan. Analoog aan artikel 30 WOR (zie paragraaf 6.5) zou ik menen dat de bestuurder evenmin zijn voordeel kan doen met schending van het standpuntbepalingsrecht. Deze bepaling is immers niet geschreven ter bescherming van de bestuurder.

¹⁹² Stokkermans 2013 en 2013a.

¹⁹³ Boschma en Kuijers-Tollenaar 13a.

¹⁹⁴ *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 22.

Raad van commissarissen

Soms is de raad van commissarissen het tot ontslag bevoegde orgaan. De wet schrijft niet voor hoe besluitvorming binnen de raad van commissarissen moet gebeuren.¹⁹⁵ Aangenomen wordt dat besluitvorming in en buiten vergadering kan plaatsvinden en dat leden van de raad van commissarissen voor een vergadering moeten worden opgeroepen.¹⁹⁶ Doorgaans is in een reglement geregeld hoe de besluitvorming in de raad van commissarissen plaatsvindt.

De algemene vergadering heeft een raadgevende stem in de raad van commissarissen als het gaat om het nemen van een ontslagbesluit, artikel 2:162 (272 BW). In die algemene vergadering heeft de bestuurder vervolgens weer een raadgevende stem.

De bestuurder wordt ook in geval van een ontslag door de raad van commissarissen gehoord (ex artikel 2:8 BW) over het voorgenomen ontslag. Bij niet horen is het besluit vernietigbaar, hierin is een ontslag door de raad van commissarissen niet anders dan een ontslag door de algemene vergadering.

Voor het onderwerp van dit onderzoek, de dubbele rechtsband van de bestuurder, maakt het niet veel uit door welk orgaan ontslagen wordt. Opvallend is wel dat de raad van commissarissen, anders dan de algemene vergadering van aandeelhouders, zich bij de uitoefening van zijn taak heeft te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:140 (150) lid 2 BW). Voor de algemene vergadering geldt een dergelijke bepaling niet en aandeelhouders mogen tot op grote hoogte hun eigen belang behartigen.¹⁹⁷ Over dit verschil in taak is niets terug te vinden in de parlementaire geschiedenis over het ontslag van de bestuurder (vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.5.2). Het zou een verschil kunnen maken bij de inhoudelijke beoordeling van de ontslagreden. Ik heb in de rechtspraak echter geen voorbeelden kunnen vinden waarin zwaardere inhoudelijke eisen aan het ontslag van een bestuurder worden gesteld indien de raad van commissarissen ontslaat en niet de algemene vergadering.

Redelijkheid en billijkheid

Artikel 2:15 lid 1 sub b BW bepaalt dat besluiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid vernietigbaar zijn. In het arrest *Sjardin/Sjartec*¹⁹⁸ heeft de Hoge Raad bepaald dat dit ook geldt voor een ontslagbesluit. Bij deze toets spelen alleen vennootschapsrechtelijke gronden een rol: is het besluit op de juiste wijze tot stand gekomen of is de redelijkheid en billijkheid die ook bij het tot stand komen van besluiten in acht

195 Dumoulin 1999, p. 257.

196 Dumoulin 1999, p. 268. Ook voor commissarissen moet de agenda duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Vgl. Hof Amsterdam, 7 februari 2012, *JOR* 2012/76 m.nt. Blanco Fernandes (*Ajax/Cruiff*). Deze zaak betrof de benoeming van een bestuurder, maar ook indien het ontslag van een bestuurder op de agenda staat, moet dat voor de commissarissen duidelijk zijn.

197 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013 nr. 67.

198 HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*).

moeten worden genomen, geschonden?¹⁹⁹ De ontslaggronden dienen volgens het arrest *Sjardin/Sjartec* in een arbeidsrechtelijke procedure²⁰⁰ aan de orde te komen.²⁰¹ Toch wordt een enkele keer in de literatuur wel bepleit dat de ontslagreden in strijd kan zijn met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Gedacht kan dan worden aan een ontslag wegens het niet volgen van een instructie van de algemene vergadering of raad van commissarissen terwijl die instructie in strijd is met het vennootschappelijk belang.²⁰² In dezelfde categorie valt mijns inziens de weigering van een bestuurder goedkeuring te geven aan een besluit tot dividenduitkering (artikel 2:216 BW, zie hierover verder paragraaf 6.4.2). Bij mijn weten zijn deze vernietigingsgronden nog niet in rechte getoetst, maar de bestuurder dient zich bij de uitoefening te richten naar het vennootschappelijk belang. Doet hij dat (door een bepaalde instructie niet op te volgen omdat die instructie in strijd is met het vennootschappelijk belang of op terechte gronden geen goedkeuring te geven aan een beoogde dividenduitkering), dan is een besluit hem te ontslaan in strijd met de redelijkheid en billijkheid zoals volgt uit artikel 2:8 BW, zo lijkt mij.

Mij zijn uit de lagere rechtspraak twee voorbeelden bekend van ontslagzaken waarin een beroep op de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid is gedaan (en verworpen), beide zaken speelden bij de Rechtbank Utrecht.²⁰³ Uit deze zaken komt de marginale toetsing aan de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid naar voren.²⁰⁴ In de jongste uitspraak uit 2012 wordt nog een vingerwijziging gegeven naar gevallen waarin wel sprake zou kunnen zijn van schending van de redelijkheid en billijkheid: indien sprake is van een discriminatoir ontslag of van een ontslagbesluit gebaseerd op valse of voorgewende redenen. Met betrekking tot de eerstgenoemde grond merk ik op dat een discriminatoir ontslag (ook) op arbeidsrechtelijke gronden vernietigbaar is, ook als sprake is van een statutair bestuurder. De tweede grond lijkt mij ook meer arbeidsrechtelijk van aard.

199 Dit blijkt uit de verwijzing in artikel 2:15 lid 1 sub b BW naar artikel 2:8 BW. Zie ook de memorie van toelichting: *Kamerstukken II 1982/83, 17 725*, nr. 3, p. 61: "Voorts is een verwijzing naar artikel 8-7 oud – toegevoegd. Daarin komt tot uitdrukking dat vernietigbaarheid van besluiten slechts in aanmerking komt bij schending van de redelijkheid en billijkheid in de «interne» verhoudingen binnen de rechtspersoon. Voor de «externe» verhoudingen gelden artikelen als 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2. Dit geldt zelfs indien een persoon uit de kring van artikel 8 als wederpartij tegenover de rechtspersoon staat. Men denke aan de bestuurder van een naamloze vennootschap, voor zover uit diens arbeidsovereenkomst een beroep op de artikelen 6.1.1.2 of 6.5.3.1 voortvloeit."

200 Dat kan in een kennelijkonredelijkontslagprocedure (artikel 7:681 BW) en na inwerkingtreding van de Wwz in een procedure ex artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW waarin de bestuurder zich op het standpunt kan stellen dat het ontslag in strijd is met artikel 7:669 (nieuw) BW (opzegging alleen als er een redelijke grond is).

201 Vgl. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 96.

202 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013 nr. 46, die verwijst naar Koelemeijer 1999, p. 268 die op haar beurt weer verwijst naar Van Schilfgaarde 1998.

203 Rb. Utrecht 4 april 2012, *JOR 2012/211 (Pijnenborg/Kneipp)* en Rb. Utrecht 22 februari 1996, *JAR 1996/64 (Nygqvist/VSN)*.

204 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013 meent dat geen sprake is van een marginale toets, maar van een integrale toets van het besluit waarbij de normen een zodanige marge laat dat met niet al te snel tot overschrijding daarvan moet besluiten (nr. 96).

De Rechtbank Arnhem²⁰⁵ suggereert dat het ontbreken van een advies van de ondernemingsraad onder omstandigheden kan leiden tot strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ik meen dat de benadering van het Hof Amsterdam²⁰⁶ juist is: schending van artikel 30 WOR leidt niet tot aantastbaarheid op grond van Boek 2 BW. Zie hierover ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1.

Interessant is dat het hoorrecht op grond van artikel 2:8 BW belangrijker zal worden in de Flex-BV. Zoals hierboven uiteengezet, kan de ontslagbevoegdheid liggen bij een groep houders van aandelen van een bijzondere soort. In dat geval geldt het adviesrecht voor de bestuurder niet. De enige wijze waarop hij toch zijn mening naar voren kan brengen is door het hoorrecht op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het hoorrecht komt hier scherper naar voren dan in een situatie waarin (ook) een adviesrecht op grond van de wet bestaat. Wordt in die situatie het adviesrecht/hoorrecht geschonden, dan zal de bestuurder eerder kiezen voor vernietiging op grond van schending van artikel 2:117 of 2:227 BW, dan voor schending van artikel 2:8 BW.

6.3.2 Gevolgen van gebreken voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Een vennootschapsrechtelijk besluit kan nietig of vernietigbaar zijn, zo ook een ontslagbesluit. Als een ontslagbesluit nietig of vernietigd is, dan is de bestuurder nog steeds bestuurder. Ook de arbeidsrechtelijke opzeggingshandeling is hiermee weggevallen en de arbeidsovereenkomst duurt voort.²⁰⁷ Het is opmerkelijk dat de arbeidsrechtelijke opzegging, die vormvrij is, dus via de vennootschapsrechtelijke band aan strenge vormvereisten is gebonden. In het kader van checks and balances lijkt mij dat overigens goed: de relatief beperkte arbeidsrechtelijke bescherming wordt gecompenseerd door strengere procedurevoorschriften.²⁰⁸ De afkalvende bescherming voor bestuurders in een Flex-BV is mijns inziens dan ook geen goede zaak. Het verbod op herstel van de dienstbetrekking staat er niet aan in de weg dat de arbeidsovereenkomst toch blijkt voort te bestaan als sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit. Ik meen dat dit elkaar niet bijt. In het al eerder behandelde arrest *Levison/MAB*²⁰⁹ heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat de 'arbeidsrechtelijke' vernietigings sanctie bij schending van een opzegverbod gewoon geldt indien sprake is van een bestuurder, ondanks het verbod op herstel van de dienstbetrekking. Ik zie niet in

205 Rb. Arnhem 20 juli 2005, *JOR* 2006/262 (*Vorstenburg/Heijmans*), r.o. 5.7.

206 Hof Amsterdam 20 mei 1999, *JAR* 1999/146, *NJ* 2000, 67 (*Broekhoff/Johan Vis*).

207 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 26 april 2007, *RO* 2007/89, *JOR* 2008/63 m.nt. Loesberg (*Behrens/Atrix Mundi*). Uit HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 49 m.nt. Ma (*Lampe/Videoworks*) wordt wel afgeleid dat het herstel van de vennootschapsrechtelijke positie kan plaatsvinden zonder dat herstel van de dienstbetrekking plaatsvindt. Dat zou kunnen als het vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijk ontslag op verschillende momenten plaatsvindt. Ik meen dat die uitleg sinds de 15 april-arresten niet meer opgaat. Het ontslagbesluit is immers de opzeggingshandeling. Alleen in geval sprake is van een uitzondering waardoor de arbeidsovereenkomst voortduurt en vervolgens op een later moment wordt beëindigd, zou dit nog aan de orde kunnen zijn. Zie voor een toepassing van *Lampe/Videoworks* Hof Arnhem 18 april 2000, *JAR* 2000/206 (*Leussen/Zwillinge*).

208 Vgl. Verburg 2008a die in zijn oratie een vergelijkbaar systeem voor alle werknemers bepleit.

209 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*).

waarom dat voor een vennootschapsrechtelijke nietigheidssanctie anders zou moeten zijn. Er staat de vennootschap bovendien niets in de weg om een nieuw ontslagbesluit te nemen op dezelfde gronden, maar zonder gebreken.

Wat nu als de vennootschap een ontslagbesluit neemt en vervolgens, bijvoorbeeld in verband met een opzegverbod, de arbeidsovereenkomst via een ontbinding wordt beëindigd? De vernietiging of nietigheid van het ontslagbesluit herstelt dan de vennootschapsrechtelijke band, maar niet de arbeidsrechtelijke. Er is dan immers een rechterlijke uitspraak die de arbeidsovereenkomst beëindigt.²¹⁰ Het bestuurderschap herleeft. Volgens sommige schrijvers kent elk bestuurderschap per definitie een contractuele poot. Dat zou betekenen dat door het herleven van het bestuurderschap opnieuw een contractuele band ontstaat. Dit lijkt mij een onwenselijk gevolg. Ik ben van oordeel dat dit niet het geval is. Zie hierover hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3.²¹¹ Interessant is de vraag wat er precies gebeurt als het bestuurderschap herleeft. De bestuurder is dan weer in functie. Het benoemingsbesluit herleeft als het ware. Mij lijkt dat daarmee ook opnieuw een recht op bezoldiging conform het bezoldigingsbesluit ontstaat (als sprake is van een bezoldigde bestuurder). De bestuurder is alsdan gehouden weer zijn taken te verrichten en heeft recht op een vergoeding. In de praktijk zal de vennootschap in een dergelijke situatie op de kortst mogelijke termijn een nieuw ontslagbesluit, eventueel voorafgegaan door een schorsingsbesluit, nemen.

Een enkele keer probeert een bestuurder het (arbeidsrechtelijke) ontslag tegen te houden door de voorzieningenrechter te vragen in te grijpen in de vennootschapsrechtelijke besluitvorming. Dit stuit af op de ruime bevoegdheid die de vennootschap heeft om tot ontslag over te gaan. De Voorzieningenrechter Almelo kreeg in 2009 te oordelen over de vordering van een bestuurder de algemene vergadering te verplichten bij het ontslagbesluit de geldende opzegtermijn in acht te nemen. Hij was uitgenodigd voor de vergadering om gehoord te worden en zijn raadgevende stem uit te brengen, maar hij vreesde dat de vennootschap hem zou ontslaan zonder de opzegtermijn in acht te nemen. Dat zou hem de mogelijkheid ontnemen tijdens de opzegtermijn een ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken en in die procedure een (hogere) vergoeding te verzoeken dan hij verwachtte te krijgen in een mogelijk kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De voorzieningenrechter wijst erop dat het ontslag en de wijze waarop dat plaatsvindt is voorbehouden aan de aandeelhouders. De voorzieningenrechter oordeelt voorts dat hem terughoudendheid past, tenzij reeds op voorhand duidelijk is dat die besluitvorming, hetzij naar

210 Zie Rb. Den Bosch 7 april 1999, *JAR* 1999/190 (*Duvedec BV/Hubben*) waarin de ontbindingsrechter zich (terecht) niet uitlaat over de vernietiging van het ontslagbesluit en zich beperkt tot de vraag of de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden. Dat de bestuurder aanstuurt op vernietiging acht de ontbindingsrechter voor die vraag niet relevant.

211 Vgl. Hof Arnhem 18 april 2000, *JAR* 2000/206 (*Van Leussen/Zwilling*), waarin het hof oordeelde dat de arbeidsrechtelijke opzegging sneuvelde omdat het ontslagbesluit geen standhield (wegens schending van de hoorplicht). De – voorwaardelijke – ontbinding die was uitgesproken hield wel stand omdat door de bestuurder niet bestreden was dat aan het ontbindingsverzoek een rechtsgeldig (vennootschapsrechtelijk) besluit ten grondslag lag. Uit de uitspraak blijkt niet wat de gevolgen waren geweest als er géén rechtsgeldig besluit aan ten grondslag had gelegen. Ik verwijs naar paragraaf 6.2.6 over de ontbinding en het ontslagbesluit.

haar wijze van totstandkoming, hetzij naar haar inhoud in het licht van de in aanmerking te nemen belangen, in redelijkheid niet zou mogen plaatsvinden.²¹² Deze uitspraak is in lijn met de *Nyqvist/VSN*-zaak uit de jaren '90.²¹³ In die zaak vorderde de bestuurder opschorting van de besluitvorming omtrent zijn ontslag omdat niet de juiste procedure zou zijn gevolgd. Ook de voorzieningenrechter Utrecht oordeelt dat er in een kort geding geen ruimte is voor een inhoudelijke toetsing van een voorgenomen ontslag, gelet op de beleidsvrijheid van de raad van commissarissen (in die zaak het tot ontslag bevoegde orgaan). Niet staat vast dat er procedurele fouten zijn gemaakt, dus de vordering wordt afgewezen.

Meent de bestuurder dat er gebreken kleven aan het ontslagbesluit, maar wil hij het ontslagbesluit an sich niet bestrijden, dan kan hij die gebreken ook in een arbeidsrechtelijke kennelijk onredelijk ontslagprocedure aan de orde stellen. Op grond van het arrest *Van der Giessen/AVC*²¹⁴ kunnen de wijze van totstandkoming en de inhoud van het besluit immers ten grondslag gelegd worden aan een vordering ex artikel 7:681 BW (kennelijk onredelijke opzegging), ook als de bestuurder er voor gekozen heeft geen beroep op vernietiging van het besluit te doen. De bestuurder kan er dus voor kiezen zich neer te leggen bij die gebreken en deze te verzilveren in een 7:681 BW-procedure.²¹⁵ Het is de vraag of hetzelfde geldt voor arbeidsrechtelijke procedures na inwerkingtreding van de Wvz. De open formulering van artikel 7:681 BW bestaat dan niet meer. Een bestuurder die zich niet kan vinden in de opzegging kan op grond van artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW in twee gevallen de rechter verzoeken een billijke vergoeding toe te kennen: (a) als de opzegging in strijd is met artikel 7:669 (nieuw) BW²¹⁶ of (b) indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Ik meen dat het niet naleven van de regels omtrent de wijze van totstandkoming van het besluit wel kan leiden tot ernstige verwijtbaarheid. Voor dit standpunt ontleen ik steun aan de parlementaire geschiedenis. In de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer heeft de regering naar aanleiding van vragen van de VAAN het volgende opgemerkt over ernstige verwijtbaarheid:

“Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat op grond van het wetsvoorstel geldt dat de rechter een billijke vergoeding kan toekennen als het ontslag als zodanig het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan wel ernstig verwijtbaar is omdat de werkgever de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften niet heeft nageleefd (bijvoorbeeld,

212 Rb. Almelo (vzr.) 10 november 2009, *JAR* 2009/298 (*Oude Heuvel/Elementis*). Dit criterium ontleent de voorzieningenrechter aan Hof Amsterdam 19 december 2000, *JOR* 2001/2 m.nt. Blanco Fernández (*Uni-Invest*). In die enquêtezaak werd het Hof verzocht in te grijpen in besluitvorming van de algemene vergadering die nog moest plaatsvinden. Het betrof hier besluitvorming over een fusie, maar net als de Voorzieningenrechter Almelo ben ik van oordeel dat ook bij besluitvorming omtrent de statutair bestuurder dit criterium dienst doet.

213 Rb. Utrecht 22 februari 1996, *JAR* 1996/64 (*Nyqvist/VSN*).

214 HR 18 april 1997, *JAR* 1997/121, *NJ* 1997, 609 (*Van der Giessen/AVC*).

215 Zie voor een voorbeeld Rb. Amsterdam 16 december 1992, *JAR* 1993/11 (*Klein/Foss Electric*), Rb. Zwolle 3 maart 1999, *JAR* 1999/97 (*Waanders/Autoschadeherstel Salland*), Rb. Arnhem 8 augustus 2012, *JAR* 2012/236 (*Wolsink/Dremefa*).

216 In artikel 7:669 (nieuw) BW is opgenomen dat een redelijke grond voor opzegging aanwezig moet zijn en dat de werkgever moet hebben gepoogd de werknemer te herplaatsen, zie over artikel 7:669 (nieuw) BW paragraaf 6.4.3 van dit hoofdstuk.

heeft opgezegd zonder preventieve toets van UWV of rechter waar die wel was vereist). Het is aan de rechter om aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval te beoordelen, of en zo ja, in welke omvang, het toekennen van een billijke vergoeding aan de werknemer in de rede ligt.”²¹⁷

Deze overweging lijkt voornamelijk te duiden op arbeidsrechtelijke voorschriften, maar niet valt in te zien waarom dit niet ook geldt voor vennootschapsrechtelijke voorschriften. Ook dat betreffen immers voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften. Schending daarvan is niet meer of minder ernstig dan schending van arbeidsrechtelijke voorschriften. Of in de rechtspraak ook zo geoordeeld zal worden is de vraag.

6.4 Arbeidsrechtelijke toetsing ontslagbesluit/opzegging

6.4.1 Formele vereisten

Een arbeidsrechtelijke opzegging is vormvrij, maar moet wel aan een aantal formele vereisten voldoen. Een arbeidsrechtelijke opzegging is vernietigbaar als sprake is van een opzegverbod. Deze bepalingen gelden onverkort voor de statutair bestuurder, zie hierover paragraaf 6.2.2. Zie hoofdstuk 2 paragraaf 2.2.2.5 over de nieuwe bedenkertermijn die in geval van een opzegverbod niet geldt voor bestuurders. Is sprake van een opzegverbod, dan heeft het ontslagbesluit alleen tot gevolg dat de vennootschapsrechtelijke band eindigt, maar blijft de arbeidsovereenkomst in de stand.²¹⁸ Zegt de vennootschap desalniettemin (expliciet) de arbeidsovereenkomst op, dan kan die opzegging worden vernietigd.

Een arbeidsrechtelijke opzegging moet voldoen aan de wettelijke en contractuele bepalingen omtrent de opzegtermijn.²¹⁹ Neemt de werkgever de opzegtermijn niet in acht, dan eindigt de arbeidsovereenkomst wel, maar is de opzegging onregelmatig. De werkgever is dan schadeplichtig (artikel 7:677 lid 2 BW). De werknemer kan kiezen of hij de gefixeerde schadevergoeding of de volledige schadevergoeding vordert. De gefixeerde schadevergoeding (kort gezegd: het loon over de niet in acht genomen opzegtermijn) kan door de rechter worden gematigd (artikel 7:677 lid 4 j^o 7:680 BW). Een belangrijke consequentie van een onregelmatige opzegging door de werkgever is dat een overeengekomen concurrentiebeding zijn geldigheid verliest (artikel 7:653 lid 3 BW). Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid²²⁰ wijzigt deze systematiek enigszins. Nog steeds geldt dat een opzegging tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst. De opzeggende partij is dan een vergoeding verschuldigd ter hoogte

217 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, p. 99.

218 Dit volgt uit de *15 april*-arresten.

219 In de literatuur is kort na de *15 april*-arresten nog wel gesuggereerd dat uit de hoofdregel van de Hoge Raad volgt dat de arbeidsovereenkomst met het ontslagbesluit onmiddellijk (dus onregelmatig) eindigt, vgl. bijvoorbeeld Ten Have 2005. Dat lijkt mij geen houdbaar standpunt. Een vennootschap moet de mogelijkheid hebben volledig conform de regels op te zeggen. Niet valt in te zien waarom de Hoge Raad bedoeld zou hebben dat een ontslagbesluit altijd een arbeidsrechtelijke onregelmatige opzegging tot gevolg heeft.

220 Voor deze bepalingen is dat 1 juli 2015.

van – kort gezegd – het loon over de niet in achtgenomen opzegtermijn (artikel 7:672 lid 9 (nieuw) BW), vergelijkbaar met de gefixeerde schadevergoeding. Ook deze vergoeding kan worden gematigd. De volledige schadevergoeding verdwijnt. Verder zal een onregelmatige opzegging er niet meer toe leiden dat het concurrentiebeding zijn geldigheid verliest. Dat is wel het geval indien het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.²²¹

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan voor vijf jaar of korter kan alleen worden opgezegd als dat tussen partijen schriftelijk overeengekomen is (artikel 7:667 lid 3 j^o 684 BW). De literatuur is verdeeld over de vraag welke sanctie staat op opzeggen bij het ontbreken van een tussentijds opzegbeding.²²² Enerzijds kan worden betoogd dat de opzegging vernietigbaar is, anderzijds is ook iets te zeggen voor onregelmatigheid met als gevolg schadeplichtigheid. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid wordt dit pleit beslecht: de werknemer kan kiezen. Ofwel hij verzoekt de rechter de opzegging te vernietigen, of bij berust in het einde van de arbeidsovereenkomst. De werkgever is in dat laatste geval een vergoeding ter hoogte van het loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst verschuldigd. Deze vergoeding kan worden gematigd door de rechter tot een minimum van drie maandsalarissen (artikel 7:677 lid 4 (nieuw) BW). Zegt de werknemer onregelmatig op, dan resteert de werkgever alleen de vergoeding. Vernietiging van de opzegging op verzoek van de werkgever is niet mogelijk.

De arbeidsrechtelijke formele vereisten gelden onverkort voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de statutair bestuurder. Worden de formele vereisten niet nageleefd, dan kan de arbeidsrechtelijke opzegging worden vernietigd. Het ontslagbesluit blijft wel in stand voor zover het ziet op de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke positie. Eén van de rechtsgevolgen van het ontslagbesluit, het einde van de arbeidsovereenkomst, wordt dus ongedaan gemaakt. Het andere rechtsgevolg, het einde van de positie als bestuurder blijft in stand. Het ontslagbesluit, één rechtshandeling, heeft twee rechtsgevolgen. Beide rechtsgevolgen worden naar hun eigen regelstelsel beoordeeld. Er blijft mijns inziens sprake van een dubbele rechtsbetrekking.

6.4.2 Bescherming tegen onredelijke opzegging – artikel 7:681 BW (kennelijk onredelijk ontslag)

In deze paragraaf wordt ingegaan op de arbeidsrechtelijke bescherming tegen een kennelijk onredelijke opzegging zoals van toepassing tot de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015. In de volgende paragraaf wordt de situatie zoals die is na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid behandeld. Wetsartikelen zonder nadere aanduiding verwijzen naar de wettekst zoals die luidt tot 1 juli 2015. Wordt verwezen naar het recht zoals dat luidt na inwerkingtreding van de Wwz, dan staat achter het artikel '(nieuw)'.

²²¹ Vgl. Schneider 2014, p. 21.

²²² Vgl. Asser/Heerma van Voss (7-V) 2012, nr. 312.

Algemeen

De belangrijkste doelen van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 zijn het vergroten van de rechtszekerheid en de bescherming van de werknemer als economisch zwakkere partij.²²³ Pas in 1945 (BBA) en 1954 (introductie kennelijk onredelijke opzegging) is een inhoudelijk toets onderdeel gaan uitmaken van het ontslagrecht.²²⁴ Tot die tijd worden er geen eisen gesteld aan de reden voor de opzegging. Het BBA, voor de bestuurder niet relevant, heeft oorspronkelijk een publieke functie (ordering van de arbeidsmarkt) maar is steeds meer een bescherming tegen onrechtvaardige opzegging van de arbeidsovereenkomst. Aan de invoering van regeling over de kennelijk onredelijke opzegging ligt ten grondslag dat dat het bestaande uitgangspunt dat iedere partij ook moreel gerechtigd is te allen tijde de arbeidsovereenkomst te verbreken, verouderd is.²²⁵ Een opzegging gedaan met inachtneming van alle geldende regels kan toch kennelijk onredelijk zijn. Een opzegging met toestemming van het UWV kan ook kennelijk onredelijk zijn.²²⁶ Een ontslag kan kennelijk onredelijk zijn vanwege de reden, de wijze van opzegging of de gevolgen van de opzegging (artikel 7:681 BW).

Bij een vordering op grond van artikel 7:681 BW moet eerst aan de hand van de omstandigheden tezamen en in onderling verband gezien worden vastgesteld dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.²²⁷ Daarna kan worden toegekomen aan de beantwoording van de vraag welke vergoeding aan de werknemer wordt toegekend. Het hangt af van alle door de rechter vast te stellen omstandigheden, waaronder het ontbreken van een vergoeding ter zake van het ontslag, of voldaan is aan de in de wet neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.²²⁸ Hoewel de kennelijk onredelijkontslagtoetsing oorspronkelijk bedoeld was als marginale toetsing, is in de loop der jaren steeds voller getoetst. Daarbij is wel steeds uitgegaan van een grote beleidsvrijheid van de werkgever om zijn onderneming zo in te richten als hij wenst.²²⁹

Statutair bestuurder

De regeling van kennelijk onredelijk ontslag geldt onverkort voor de bestuurder,²³⁰ met dien verstande dat als sanctie alleen een vergoeding mogelijk is en geen herstel

223 Vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.1.

224 Vgl. hoofdstuk 2 paragraaf 2.2.2.1 en 2.2.2.2.

225 Kamerstukken II 1947/48, 881, nr. 3.

226 HR 20 maart 1992, JAR 1992/11 (*Nedlloyd*).

227 Dat alle omstandigheden van het geval een rol spelen volgt uit HR 27 februari 1998, JAR 1998/111, NJ 1998, 765 (*K/Woningstichting De Combinatie*), HR 29 januari 1999, JAR 1999/46, NJ 1999, 323 (*Verkerk/Wifac*) en HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260 (*Wagenmakers/Van Bruggen*).

228 HR 27 november 2009, JAR 2009/305 (*Van de Grijp/Stam*), r.o. 4.2. en HR 12 februari 2010, JAR 2010/72 (*Rutten/Breed*).

229 Zie Bouwens 2013, p. 14.

230 Art. 7:681 BW is immers niet expliciet door de wetgever uitgesloten voor bestuurders. Ook uit het arrest *Sjardin/Sjartec* (HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 m.nt. Ma) volgt dat een ontslagbesluit inhoudelijk arbeidsrechtelijk getoetst kan worden. Vgl. ook Hof Leeuwarden 11 november 1992, JAR 1993/118 (*Haitsema Beheer BV/Haitsema*). Uit HR 24 september 2010, JAR 2011/22 (*Ligthart/Bouwmarkt*) volgt dat ook als sprake is van een statutair bestuurder de vergoeding moet worden bepaald zoals de Hoge Raad heeft vastgesteld in de arresten van 27 november 2009, JAR 2009/305 (*Van de Grijp/Stam*) en 12 februari 2010, JAR 2010/72 (*Rutten/Breed*).

van de dienstbetrekking. Bij de invoering van de kennelijk onredelijke opzegging is geen aandacht besteed aan de bijzondere positie van de bestuurder.²³¹ De Hoge Raad heeft zich een aantal keer uitgelaten over het kennelijk onredelijk ontslag van de bestuurder. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad bepaald dat de bestuurder de wijze van totstandkoming van het ontslagbesluit en de inhoud daarvan ten grondslag kan leggen aan een vordering ex artikel 7:681 BW, ook als de bestuurder er niet voor gekozen heeft vernietiging van het ontslagbesluit te vorderen.²³² De Hoge Raad heeft ook beslist dat de weigering een door de algemene vergadering gewenst beleid uit te voeren een redelijke grond voor ontslag kan zijn. Of dat in een concreet geval zo is, hangt af van het gewenste beleid en de overige omstandigheden van het geval.²³³ Er vindt dus wel een zekere inhoudelijke toetsing plaats. Een ontslag wegens de weigering het beleid uit te voeren kan ook kennelijk onredelijk zijn.²³⁴ Hier wordt het samenspel tussen vennootschapsrecht en arbeidsrecht duidelijk: het staat de algemene vergadering vrij een bestuurder te ontslaan die een andere koers wil varen. Stelt de algemene vergadering onredelijke eisen, of heeft de bestuurder gegronde redenen toch een ander beleid te voeren of een andere koers te kiezen dan vertaalt dit zich in een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag. De vennootschapsrechtelijke positie kleurt als het ware de arbeidsrechtelijke weging van de omstandigheden in. In de woorden van Van Schilfgaarde: de autonomievrage lost zich voor een groot deel op in de vraag wat een passende compensatie is in geval van ontslag.²³⁵

Indien geen sprake is van een verschil van inzicht over het te volgen beleid, is de ontslagreden doorgaans een gebrek aan vertrouwen²³⁶ of kritiek op het functioneren van de bestuurder. Deze gronden zijn overigens niet voorbehouden aan de bestuurder. Ook gewone werknemers kunnen worden ontslagen bij disfunctioneren of in geval van een vertrouwensbreuk. Bij de beoordeling of de opzegging kennelijk onredelijk is worden alle feiten en omstandigheden meegewogen. De functie van de werknemer is een belangrijke omstandigheid, dus ook het bestuurderschap als de werknemer statutair bestuurder is. In beginsel wordt ook bij een disfunctionerende bestuurder verwacht dat hij is aangesproken op zijn functioneren²³⁷ en wordt gekeken of en

231 Vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.2.

232 HR 18 april 1997, *JAR* 1997/121, *NJ* 1997, 609 m.nt. Ma (*Van der Giessen/ACV*). Zie ook paragraaf 6.3.2 van dit hoofdstuk voor verwijzingen naar lagere rechtspraak.

233 HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271 m.nt. Ma (*Meijers/Mast Holding*).

234 Vgl. de annotatie van Maeijer onder het arrest *Meijers/Mast Holding* en zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 8 april 1999, *JAR* 1999/161 (*Koning BV/Koning*).

235 Van Schilfgaarde 1984, p. 47.

236 Vgl. HR 23 juni 2006, *JAR* 2006/173 (*Van der Werff/Elan*). De Hoge Raad verwerpt, onder verwijzing naar artikel 81 R.O. de klachten tegen het oordeel van het Hof dat een vertrouwensbreuk tussen aandeelhouder en bestuurder een redelijke grond voor ontslag kan opleveren.

237 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 7 maart 2007, *JAR* 2007/122 (*Lukoil/Van der Spek*) en Rb. Rotterdam 7 januari 2015, *JAR* 2015/48 (*X./Meiko*). In deze zaken wordt de omstandigheid dat de bestuurder niet is aangesproken op tekortkomingen in het functioneren ten nadele van de vennootschap meegewogen in de beoordeling of de opzegging kennelijk onredelijk is.

in hoeverre een ontstane vertrouwensbreuk aan hem te wijten is.²³⁸ In die zin is de toetsing dus niet wezenlijk anders dan bij gewone werknemers.

Het Hof Leeuwarden heeft in 2011 een uitspraak gewezen waarin onder meer is geoordeeld dat de positie van de statutair bestuurder niet vergelijkbaar is met de positie van een gewone werknemer:

“Bij het antwoord op de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is vanwege de gevolgen ervan, neemt het hof de volgende omstandigheden in aanmerking:

- Vos is als statutair directeur niet zonde meer vergelijkbaar met een ander werknemer. Een statutair directeur heeft een hoger afbreukrisico dan een andere werknemer en loopt het risico ontslagen te worden vanwege het enkele feit dat de resultaten van de vennootschap tegenvallen, hij onvoldoende draagvlak bij de medewerkers beschikt of het vertrouwen van de aandeelhouders verliest, ook wanneer hem daarvan geen enkel verwijt kan worden gemaakt. Er mag van worden uitgegaan dat bij de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, waarop een statutair directeur doorgaans de nodige invloed heeft, reeds rekening is gehouden met dit risico doordat een hoog inkomen (inclusief een bonusregeling) is vastgesteld en/of een langere opzegtermijn al dan niet in combinatie met een ontslagvergoeding zijn overeengekomen.”²³⁹

Het hof komt vervolgens tot het oordeel dat de opzegging (zonder vergoeding) niet kennelijk onredelijk is en neemt de volgende omstandigheden in aanmerking bij de beoordeling: de werkgever heeft de bestuurder gelegenheid gegeven maatregelen te treffen toen de resultaten tegenvielen, de bestuurder kan een verwijt worden gemaakt: hij heeft zonder medeweten van de aandeelhouders zijn pensioenregeling en zijn autoregeling gewijzigd en niet is gebleken dat zijn kansen op de arbeidsmarkt gering zijn of dat de werkgever tekort is geschoten in het vergroten van de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt. Het hof merkt bij dat laatste punt op dat het de verantwoordelijkheid van de bestuurder zelf is om de employability van de werknemers, waaronder hemzelf, te vergroten. Opvallend is dat uit de uitspraak niet blijkt hoe in de arbeidsvoorwaarden (een salaris van € 9.500 bruto en een opzegtermijn van 4 maanden) het afbreukrisico zou zijn verdisconteerd.²⁴⁰

238 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 8 augustus 2012, *JAR* 2012/236 (*Wolsink/Dremefa*) waarin de rechtbank oordeelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is vanwege gebreken in de totstandkoming van het ontslagbesluit, omdat onvoldoende is komen vast te staan dat de tegenvallende resultaten aan de bestuurder te wijten zijn en omdat evenmin is komen vast te staan dat de ontstane vertrouwensbreuk te wijten is aan de bestuurder. Wel is doorgaans sprake van een enigszins marginale toetsing, vlg. Rb. Rotterdam 22 december 2010, *JAR* 2011/53 (*Parket Tree*).

239 Hof Leeuwarden 1 februari 2011, *JAR* 2011/88 (*Vos/Ziegler*). Zie in vrijwel gelijke zin Hof Leeuwarden 24 januari 2012, *RAR* 2012/55 (*Polyganics*), r.o. 27. Weer een jaar later neemt hetzelfde Hof een dergelijke ‘standaardoverweging’ overigens niet op in een vergelijkbare zaak: Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2013, *JOR* 2013/331 m.nt. Bulten (*NTI Europe*). Overigens is de gedachte dat de bestuurder zich moet realiseren dat hij een risico neemt met de aanvaarding van de benoeming niet nieuw. Zie Rb. Roermond 15 juli 1992, *JAR* 1992/72 (*Inova Limburg/B.*) die in een ontbindingszaak vergelijkbaar overweegt.

240 Het Hof is in een latere zaak concreter: Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:5485* (*WTS Energy*). Er was een voorziening getroffen voor de bestuurder die, tezamen met een WW-uitkering goed was voor een inkomen van 100% van het laatstgenoten loon tot de pensioendatum. Het hof vond dat daarmee geen sprake was van gevolgen die te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever. Ook in deze uitspraak is verwezen naar de bijzondere positie van de statutair bestuurder, maar wordt daar verder niet echt invulling aan gegeven.

Het Hof Den Bosch is in 2014²⁴¹ iets concreter als het gaat om de wijze waarop het afbreukrisico is verdisconteerd. De hoogte van het salaris (ruim € 230.000 bruto per jaar) en de opzegtermijn van 12 maanden waarin niet meer gewerkt hoeft te worden, kan worden gezien als een beloning die gevolgen van een ontslag kunnen opvangen. Het hof toetst overigens nog wel of er geen andere omstandigheden zijn die maken dat het ontslag is gegeven in strijd met de normen van goed werkgeverschap.²⁴²

Het Hof Amsterdam wijdt geen overwegingen aan de bijzondere positie van de statutair bestuurder.²⁴³

Het Hof Den Haag weegt in een geval uit 2013 bij het vaststellen van de schadevergoeding mee dat de ontslagen bestuurder zich heeft opgewerkt van monteur tot bestuurder, dat sprake was een 36-jarig dienstverband, een lage opleiding en eenzijdige werkervaring.²⁴⁴ De bestuurder wordt in feite behandeld als ieder andere werknemer. Alle feiten en omstandigheden worden meegewogen.

Naar mijn oordeel kan uit de besproken hofuitspraken niet worden afgeleid dat een bestuurder per definitie sneller genoeg zal moeten nemen met een opzegging zonder vergoeding. De rechter toetst nog wel degelijk of de vennootschap/werkgever zich als een goed werkgever heeft gedragen.²⁴⁵ Wel komt daar als extra toets bij dat beoordeeld wordt of het 'afbreukrisico' al dan niet in de arbeidsvoorwaarden is

241 Hof Den Bosch 22 juli 2014, JAR 2014/227 (*MediaGroep Limburg*). Zie ook Hof Den Bosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6552 (*Pala Group*). In een oudere uitspraak overweegt het Hof Den Bosch daarentegen dat de positie van de bestuurder juist een kwetsbare positie is en dat ontslag niet naar willekeur kan geschieden. Tegenover de mogelijkheid tot ontslag staat veelal de verplichting de bestuurder deels te vrijwaren voor nadelige financiële gevolgen: Hof Den Bosch 26 april 1999, JAR 1999/130 (*Schraven/Kusters&Snijders*). De nieuwe lijn is dat als op voorhand al is gezorgd voor financiële compensatie door bijvoorbeeld een hoog salaris of lange opzegtermijn, dit ook niet achteraf nog eens hoeft.

242 De Rechtbank Rotterdam oordeelt bij een salaris van ongeveer € 4.300 bruto per maand dat niet is gebleken hoe een afbreukrisico is verdisconteerd in de arbeidsvoorwaarden: Rb. Rotterdam 24 juli 2013 JIN 2013/131 (*Secured Documents*). De rechtbank Utrecht stelt in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vast dat de bestuurder niets te verwijten valt en oordeelt tegelijk dat het afbreukrisico is verdisconteerd in de arbeidsvoorwaarden. De bestuurder genoot een maandelijks salaris van € 13.700,- en had een jaar doorbetaald de tijd gekregen om om te zien naar een andere baan: Rb. Utrecht 21 november 2012, JAR 2013/10 (*X/WCS Fiber Optic*).

243 Vgl. bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21 mei 2013, PJ 2013/150 (*LTO Noord Verzekeringen*). Een geschil over wijziging van arbeidsvoorwaarden leidt tot een onwerkbaar situatie tussen de bestuurder en de vennootschap. Het hof wijst op de rol die beide partijen hebben gespeeld bij het ontstaan van het conflict en op de rol van de bestuurder die een vertrouwensrelatie vereist. Toch wordt op basis van het gevolgencriterium een vergoeding toegekend gelet op de leeftijd van de bestuurder, de duur van de arbeidsovereenkomst (meer dan 20 jaar), zijn kansen op de arbeidsmarkt en de rol van de vennootschap in het ontstane conflict. De bestuurder verdiende per jaar ongeveer € 150.000 bruto. Het hof wijst een vergoeding toe van € 75.000, bovenop de reeds door de vennootschap betaalde vergoeding van iets meer dan € 70.000.

244 Hof Den Haag 22 januari 2013, JAR 2013/71 (*Ligthart/Bouwmarkt*).

245 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 november 2011, RAR 2012/101 (*Florimex*). In deze zaak overweegt de rechtbank dat een gebrek aan vertrouwen in de bestuurder een legitieme reden kan zijn om tot ontslag over te gaan. Het is niet aan de rechter om inhoudelijk te toetsen of het gebrek aan vertrouwen al dan niet terecht is. Wel moet de vennootschap de nodige zorgvuldigheid in acht nemen, onder meer door de bestuurder de kans te geven iets te doen aan de verwijten die hem worden gemaakt.

verdisconteerd.²⁴⁶ Ik zie niet in waarom dit alleen voor statutair bestuurders zou moeten gelden. Ook van andere werknemers met een zeer hoog salaris of andere zeer gunstige arbeidsvoorwaarden zoals een langere opzegtermijn kan worden gezegd dat het risico op ontslag is verdisconteerd in de arbeidsvoorwaarden. Er zijn genoeg werknemers op een hoge, leidinggevende positie die qua afbreukrisico en arbeidsvoorwaarden niet verschillen van een statutair bestuurder.

Aandacht verdient nog een ontslag van de bestuurder in verband met de weigering een besluit tot dividenduitkering goed te keuren (artikel 2:216 BW) en een ontslag in verband met het niet opvolgen van concrete instructies (artikel 2:239 lid 4 BW). Met de invoering van de Wet flex-BV²⁴⁷ is, onder meer, op deze punten de regeling voor de BV veranderd ten opzichte van de regeling voor de NV. Op grond van artikel 2:239 lid 4 BW kan statutair worden bepaald dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen van een ander orgaan. Het bestuur is gehouden die aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Het staat een algemene vergadering vrij een bestuurder te ontslaan die weigert aanwijzingen als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW op te volgen. Er is geen gepubliceerde jurisprudentie over kennelijk onredelijk ontslagvorderingen na zo'n ontslag. Ik zou menen dat in zo'n geval de lijn van *Meijers/Mast Holding*²⁴⁸ moet worden gevolgd: de weigering een concrete instructie uit te voeren kan een redelijke grond voor ontslag zijn. Of vervolgens sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag hangt af van de inhoud van de gegeven aanwijzing en de overige omstandigheden van het geval. Heeft de bestuurder terecht geweigerd, dat wil zeggen omdat het vennootschappelijk belang in het geding is, dan lijkt mij dat een omstandigheid die sterk wijst op een kennelijk onredelijke opzegging.

Hetzelfde geldt voor een bestuurder die weigert goedkeuring te geven ex artikel 2:216 lid 2 BW. De wet omschrijft vrij specifiek in welke gevallen de bestuurder zijn goedkeuring mag onthouden: indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de winstuitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Dat is dus een engere escape dan artikel 2:239 lid 4 BW biedt. Daar kan de bestuurder zich op het vennootschappelijk belang beroepen als hij een instructie niet opvolgt.

Geeft het bestuur goedkeuring terwijl hij voorziet dat de vennootschap in betalingsonmacht komt, dan bepaalt artikel 2:216 lid 3 BW dat de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat is ontstaan door de uitkering. Een bestuurder die

246 Lagere rechters volgen deze lijn overigens niet altijd, vgl. Rb. Rotterdam 7 januari 2015, *JAR* 2015/48 (*X./Meiko*) waarin bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding geen woord wordt gewijd aan het statutair bestuurderschap van de werknemer.

247 Per 1 oktober 2012: Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299, inwerkingtreding: Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 301.

248 HR 4 december 1992, NJ 1993, 271 m.nt. Ma (*Meijers/Mast Holding*).

weigert, kan zich geconfronteerd zien met een ontslag. Het bevoegd orgaan kan immers *te allen tijde* ontslaan. Ook hier zal de *Meijers/Mast Holding*-toets moeten plaatsvinden.

6.4.3 Bescherming tegen onredelijke opzegging – artikel 7:669 (nieuw) BW

Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 verdwijnt de kennelijk onredelijke opzegging na 60 jaar uit het arbeidsrecht. Daarvoor in de plaats komt artikel 7:669 (nieuw) BW waarin de inhoudelijk eisen aan een opzegging zijn opgenomen. In lid 1 is opgenomen dat (i) er een redelijke grond moet zijn en (ii) herplaatsing binnen een redelijke termijn (al dan niet via scholing) niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt niet in de rede als de redelijke ontslaggrond is gelegen in verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. In lid 3 zijn vervolgens limitatief de redelijke gronden opgesomd.²⁴⁹ Lid 5 opent de mogelijkheid dat bij ministeriele regeling nadere regels worden gesteld met betrekking tot de redelijke grond, de herplaatsing en de redelijke termijn waarbinnen moet worden herplaatst. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt naar categorieën van werknemers.

Is de opzegging van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder in strijd met artikel 7:669 (nieuw) BW of is de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan kan de bestuurder de rechter verzoeken een billijke vergoeding toe te kennen (artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW). Een gewone werknemer kan ook herstel van de dienstbetrekking vorderen (artikel 7:682 lid 1 (nieuw) BW). Voor de bestuurder geldt dat – net als onder het huidige recht – niet.

Een aantal zaken valt op.

In de eerste plaats is het de vraag hoe de arbeidsrechtelijke eis dat er een redelijke grond moet zijn en herplaatsing onderzocht moet worden, zich verhoudt tot de vennootschapsrechtelijke regel dat het bevoegde orgaan de bestuurder ‘te allen tijde’ kan ontslaan. De ene regel lijkt de andere uit te sluiten. Wordt echter gekeken naar de arbeidsrechtelijke sanctie, dan is van uitsluiting geen sprake. Is sprake van een statutair bestuurder, dan is de enige arbeidsrechtelijke sanctie op de opzegging zonder redelijke grond/zonder onderzoek naar herplaatsing dat de rechter kan bepalen dat de vennootschap een vergoeding is verschuldigd. De arbeidsrechtelijke opzegging is niet nietig of vernietigbaar en herstel van de dienstbetrekking is niet mogelijk. De vennootschapsrechtelijke regel (ontslag moet te allen tijde kunnen), kan dan ook volledig tot zijn recht komen. Wordt de arbeidsrechtelijke regel geschonden, dan vertaalt zich dat, net als in het bestaande recht, in een vergoeding. In Boek 2 BW staat nergens dat de bestuurder te allen tijde zonder vergoeding moet kunnen worden ontslagen. Wel blijkt uit oudere wetsgeschiedenis dat de vergoeding niet dermate hoog moet zijn dat de facto een blokkade bestaat om te kunnen ontslaan.²⁵⁰ De billijke vergoeding is een

²⁴⁹ Zie over art. 7:669 (nieuw) BW ook Bennaars 2014, Bennaars & Huffman 2014 en Duk 2014.

²⁵⁰ Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.4.2 en 2.3.4.3.

nieuw soort vergoeding in het arbeidsrecht. Het is nog niet geheel duidelijk hoe die vergoeding door de rechter zal worden vastgesteld. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de billijke vergoeding niet zou moeten worden bepaald aan de hand van de hoogte van het loon en de lengte van het dienstverband. Ook is het 'evol-gencriterium' zoals we dat kennen van de kennelijkonredelijkontslagtoets niet meer relevant. Die aspecten worden geacht te zijn verdisconteerd in de transitievergoeding²⁵¹ waar elke werknemer (en dus ook de bestuurder) recht op heeft bij beëindiging van een dienstverband van ten minste twee jaar.²⁵² Daarnaast blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de vergoeding conform de kantonrechttersformule structureel te hoog wordt geacht.²⁵³ De kans dat de billijke vergoeding, die dus kennelijk lager moet zijn dan de vergoedingen zoals die onder het huidige recht worden toegekend, zo hoog uitvalt dat een 'ontslag te allen tijde' zo duur is dat het illusoir is geworden, lijkt mij niet groot.

Een tweede opvallend punt is dat de opsomming van redelijke gronden in artikel 7:669 (nieuw) BW limitatief is. Een gebrek aan vertrouwen²⁵⁴ of een weigering het door de algemene vergadering gewenste beleid uit te voeren²⁵⁵ lijken op het eerste gezicht niet te passen in de opgesomde gronden, terwijl het toch in de rechtspraak erkende gronden voor het ontslag van een bestuurder zijn:

- a) Bedrijfseconomische omstandigheden;
- b) Langdurige arbeidsongeschiktheid;
- c) Regelmatig niet kunnen verrichten van de arbeid wegens ziekte of gebreken;
- d) Disfunctioneren, mits de werknemer tijdig in kennis is gesteld en voldoende gelegenheid is geboden om het functioneren te verbeteren;
- e) Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
- f) Werkweigering wegens gewetensbezwaren;
- g) Een verstoorde arbeidsverhouding;
- h) Andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever niet langer verwacht kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Met enige welwillendheid kan 'een gebrek aan vertrouwen' of 'weigeren het door de algemene vergadering gewenste beleid uit te voeren' onder de d-grond worden gebracht. Ontbreekt het vertrouwen of weigert de bestuurder het gewenste beleid uit te voeren, dan functioneert hij immers niet conform de wensen van de werkgever. De bestuurder zal dan wel in de gelegenheid moeten zijn gesteld zijn functioneren te verbeteren (lees: het vertrouwen te herstellen of alsnog het gewenste beleid uit te voeren). Datzelfde geldt voor disfunctioneren dat niet gebaseerd is op een gebrek aan vertrouwen of de weigering bepaald beleid uit te voeren. In de kennelijkonredelijkontslagtoets wordt dat overigens ook al aangenomen.²⁵⁶ Ook tegenvallende resultaten van de onderneming kunnen een reden voor ontslag zijn. Ook als de bestuurder

251 Artikel 7:673 (nieuw) BW.

252 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 61.

253 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 24.

254 Zoals aan de orde in HR 23 juni 2006, *JAR* 2006/173 (*Van der Werff/Elan*).

255 Zoals aan de orde in HR 4 december 1992, *NJ* 1993, 271 m.nt. Ma (*Meijers/Mast Holding*).

256 Zie paragraaf 6.4.2 van dit hoofdstuk.

geen persoonlijk verwijt valt te maken van de mindere resultaten, kan sprake zijn van een situatie waarin hij niet meer de juiste persoon op de juiste plek is. Boek 2 BW brengt met zich dat de bestuurder dan ontslagen kan worden. Een dergelijke ontslaggrond zou onder de h-grond kunnen worden gebracht. Oordeelt een rechter dat de ontslaggrond die is gekozen geen redelijke grond is in de zin van artikel 7:669 (nieuw) BW, dan kan hij een billijke vergoeding toekennen. Hoe hoog die vergoeding zal zijn, valt niet te voorspellen. Hetgeen in paragraaf 6.4.2 is overwogen met betrekking tot artikel 2:216 en 2:239 lid 4 BW geldt mijns inziens ook na de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht.

Een derde vraagpunt komt voort uit de herplaatsingsverplichting. Het eerste lid van artikel 7:669 (nieuw) BW bepaalt dat de werkgever kan opzeggen als er een redelijke grond is en *“herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is, of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in der de indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in lid 3 onderdeel e.”* In lid 2 is opgenomen dat herplaatsing niet vereist is indien de werknemer een geestelijk ambt bekleedt. Lid 2 en de laatste volzin van lid 1 zijn toegevoegd bij amendement.²⁵⁷ Naar aanleiding van het oorspronkelijke wetsvoorstel²⁵⁸ was ik van oordeel dat bij een statutair bestuurder herplaatsing niet in de rede lag.²⁵⁹ Nu de wet expliciet twee situaties beschrijft waarin herplaatsing niet in de rede ligt en de bestuurder daar niet per definitie onder valt, ben ik daar minder zeker van. Zeker in concernverband zal herplaatsing zeker niet altijd ondenkbaar zijn.²⁶⁰ De vennootschap zal hiervan rekenschap moeten geven in het ontslagbesluit, op straffe van een eventuele (hogere) vergoeding. Artikel 7:682 lid 3 sub a (nieuw) BW bepaalt immers dat een billijke vergoeding kan worden toegekend als de opzegging in strijd is met artikel 7:669 BW.

Artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW lijkt de deur naar een billijke vergoeding voor de bestuurder iets verder open te zetten dan voor gewone werknemers, maar niet per definitie verder dan thans het geval is bij de toetsing van een kennelijk onredelijk ontslagvordering. Hierbij is relevant dat nergens uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever ten aanzien van bestuurders een wijziging van de huidige situatie heeft beoogd.

257 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 20 resp. nr. 39.

258 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 2, p. 7.

259 Vgl. Bennaars 2014.

260 Vgl. Rb. Rotterdam 31 maart 1992, *JAR 1992/48 (Van der Meer&Schoep/V)*. In deze ontbindingszaak overweegt de rechtbank dat ontbinding niet aan de orde is omdat onvoldoende is onderzocht of herplaatsing binnen het concern mogelijk was. De rechtbank hecht er waarde aan dat in de arbeidsovereenkomst met de bestuurder is opgenomen dat hij bereid wordt geacht ook bij andere werkmaatschappijen te werken.

6.5 Rol van de ondernemingsraad

Op grond van artikel 30 WOR heeft de ondernemingsraad adviesrecht bij het ontslag van een bestuurder in de zin van de WOR. Er bestaat geen beroepsrecht voor de ondernemingsraad als de ondernemer het advies niet overneemt en het ontbreken van een advies tast het ontslagbesluit niet aan. Een bestuurder komt geen beroep toe op niet naleving van artikel 30 WOR, hij is immers geen belanghebbende.²⁶¹ Het adviesrecht bestaat naast het standpuntbepalingsrecht (zie paragraaf 6.3.1 van dit hoofdstuk).

Van *ontslag* in de zin van de WOR is sprake indien de bestuurder stopt met WOR-bestuurder zijn. Dat kan zijn doordat zijn rechtsrelatie met de ondernemer wordt verbroken (vennootschapsrechtelijk en/of arbeidsrechtelijk ontslag), doordat de portefeuilleverdeling binnen het bestuur verandert of doordat iemand binnen een concern wordt overgeplaatst. Wat voor rechtsrelatie de bestuurder met de ondernemer heeft is overigens niet van belang. Ook het verbreken van een bestuurderschap op basis van een interim overeenkomst is adviesplichtig.²⁶² Ook los van de beëindiging van de rechtsrelatie kan sprake zijn van een ontslag in de zin van de WOR, bijvoorbeeld door een functiewijziging. Indien er meerdere WOR-bestuurders zijn, die uit hun midden één bestuurder hebben aangewezen om de contacten met de ondernemingsraad te onderhouden, dient toch ook advies gevraagd te worden over het ontslag van de WOR-bestuurders die niet de overlegpartner van de ondernemingsraad zijn. Een voorgenomen besluit tot opzegging valt onder artikel 30 WOR, evenals een voorgenomen besluit een ontbindingsverzoek bij de rechtbank in te dienen.

Lastiger is de vraag of sprake is van *ontslag* in de zin van de WOR als ondernemer en bestuurder in onderling overleg tot een vertrekregeling komen of indien de bestuurder een door de ondernemer aangeboden andere functie accepteert waardoor hij WOR-bestuurder af is. Anders gezegd: een beëindiging van het bestuurderschap met wederzijds goedvinden. Meestal wordt ervan uitgegaan dat een dergelijke beëindiging niet onder artikel 30 WOR valt. Rood en Van der Heijden²⁶³ stellen dat in dat geval de ondernemer wel akkoord gaat met het ontslag, maar zijn besluit niet tot verlening daarvan strekt.²⁶⁴ Ik denk dat dit een vanuit de praktijk gezien zeer wenselijk standpunt is, waar ook dogmatisch iets voor te zeggen valt. Het ontslag is immers het directe gevolg van de overeenstemming tussen ondernemer en bestuurder en niet van een besluit van de ondernemer. De voorzieningenrechter Amsterdam oordeelde in een zaak waarin bestuurder en ondernemer het uiteindelijk over het vertrek eens werden eveneens dat er geen adviesrecht was. Het ging in deze zaak om

261 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.1.1 *Rol van de ondernemingsraad* waarin dit uitgebreid wordt besproken.

262 Rb. Zwolle (vzr.) 30 januari 1995, *JAR* 1995/47, *ROR* 1995/31 (*Schrooten/St. Franciscushof*).

263 Rood/Van der Heijden 2004, aant. 2 bij art. 30 lid 1 WOR en Rood/Verburg 2013, eveneens aant. 2 bij art. 30 lid 1 WOR.

264 In gelijke zin L.C.J. Sprengers 2006, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 30 WOR.

een duidelijke en ondubbelzinnige instemming met het ontslag. Dat het initiatief om te vertrekken niet uitging van de bestuurder maakte de uitkomst niet anders.²⁶⁵

Toch kunnen hierbij vraagtekens worden gezet. Indirect zal in de meeste gevallen namelijk wel een besluit van de ondernemer de aanleiding zijn tot een afscheid te komen. Neem het volgende voorbeeld van een overplaatsing binnen een concern. De statutair bestuurder, tevens WOR-bestuurder, van een werkmaatschappij wordt door de moedermaatschappij gevraagd een andere werkmaatschappij te gaan aansturen en dus van zijn huidige positie te vertrekken. De bestuurder gaat daarmee akkoord. In de meeste gevallen zal de bestuurder dan zijn statutaire functie neerleggen om elders benoemd te worden. Artikel 30 WOR zal in dergelijke gevallen geen rol spelen. Toch ligt het initiatief voor de beëindiging van het bestuurderschap van de werkmaatschappij bij de ondernemer. Dit komt duidelijker naar voren indien de bestuurder niet akkoord gaat met de functiewijziging. Stel dat de (WOR- en statutair) bestuurder een dienstverband heeft met de moedervennootschap van de ondernemer en op grond van die arbeidsovereenkomst telkenmale als bestuurder wordt benoemd bij verschillende dochters (werkmaatschappijen). Die overplaatsingen zullen doorgaans plaatsvinden op de hierboven omschreven wijze. Stel nu dat de bestuurder zich op enig moment niet kan vinden in een voorgestelde overplaatsing en weigert. Als hij op dat moment werkzaam is bij een 100% dochter van de moedervennootschap, kan de moedervennootschap (de werkgever van de bestuurder) de overplaatsing afdwingen door als algemene vergadering van de ondernemer een (vennootschapsrechtelijk) ontslagbesluit te nemen en als werkgever de bestuurder andere werkzaamheden op te dragen. Dit voorgenomen ontslag zal wél ter advisering aan de ondernemingsraad moeten worden voorgelegd op grond van artikel 30 WOR. Van onderling goedvinden is geen sprake.

Dit verschil in resultaat lijkt mij gelet op de ratio van artikel 30 WOR niet juist. Het gaat erom dat de ondernemingsraad enige invloed heeft op wie de leiding van de onderneming heeft. In beide hierboven beschreven voorbeelden ligt het initiatief bij de ondernemer, het enige verschil is of de bestuurder zich wel of niet kan vinden in het besluit van de ondernemer. Ook in het eerst genoemde voorbeeld kan de ondernemingsraad een gerechtvaardigd belang hebben bij een stem in het besluit tot overplaatsing. Dat de bestuurder daarmee akkoord gaat, maakt dat niet anders. Bestuurswisselingen kunnen in het nadeel van de onderneming zijn, bijvoorbeeld als ze elkaar te snel opvolgen of als een onderneming net in zwaar weer verkeert. Ook als de ratio van de overplaatsing niet is dat de ondernemer deze bestuurder niet meer in die werkmaatschappij wil omdat hij niet voldoet maar uitsluitend dat hij elders in het concern (ook) nodig is, is het van belang dat de ondernemingsraad daar – via artikel 30 WOR – over kan adviseren.

²⁶⁵ Rb. Amsterdam (vzr.) 11 mei 2000, KG 2000, 127 (OR GAK/GAK), waarover kritisch Van Mierlo 2013, p. 315.

Natuurlijk zal vaak spelen dat bij een vertrek van een bestuurder in onderling overleg (of dit nu ontslag of overplaatsing is) de bestuurder op dat moment ook weg wil. Niemand kan nu eenmaal tegen zijn zin benoemd blijven of in een bepaalde positie gedwongen blijven functioneren. Dit maakt dat een ruime interpretatie van artikel 30 WOR zoals hierboven omschreven de ondernemingsraad feitelijk weinig meer mogelijkheden geeft dan hij nu heeft. In veel gevallen waarin een algemene vergadering of raad van commissarissen voornemens is de statutair bestuurder van een vennootschap te ontslaan, zal het voorgenomen besluit eerst aan de bestuurder kenbaar worden gemaakt, meestal vergezeld van een uitnodiging voor de algemene vergadering waar het ontslag aan de orde zal komen of van een uitnodiging om gehoord te worden. Bestuurder en ondernemer zullen het in de meeste gevallen eens proberen te worden over de voorwaarden van ontslag en meestal lukt dat ook. Gevolg is dat het voorgenomen besluit van de ondernemer de bestuurder te ontslaan zich 'oplost' in een vertrek in onderling overleg. Had de ondernemingsraad initieel nog een rol, dit is niet meer aan de orde zodra overeenstemming is bereikt. Hoewel vanuit medezeggenschapsrechtelijk oogpunt zou kunnen worden betoogd dat ook in dit soort gevallen adviesrecht bestaat,²⁶⁶ lijkt mij dat in de praktijk geen haalbare kaart. Het advies van de ondernemingsraad zal veelal een troefkaart worden in de onderhandelingen tussen bestuurder en vennootschap over de vertrekregeling en daar is het medezeggenschapsrecht niet voor bedoeld.

6.6 Ontslag op staande voet

6.6.1 Inleiding

Een ontslag op staande voet is een opzegging waarbij geen rekening gehouden hoeft te worden met opzegtermijnen of opzegverboden. Zowel werknemer als werkgever kunnen op deze wijze opzeggen. In dit onderdeel ligt de nadruk op een ontslag op staande voet door de vennootschap/werkgever. Voor een geldig ontslag op staande voet moet voldaan zijn aan drie vereisten: er moet sprake zijn van een dringende reden, die reden moet gelijktijdig²⁶⁷ worden medegedeeld en de opzegging moet onverwijld geschieden (artikel 7:677 lid 1 BW).

Voor de werkgever worden als dringende redenen beschouwd daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De wet geeft een niet-limitatieve opsomming van dringende redenen (in artikel 7:678 BW voor de werkgever en in artikel 7:679 BW voor de werknemer). Gedacht kan worden aan diefstal, fraude, lichamelijk geweld, etc. Of sprake is van een dringende reden moet door de (feiten)rechter worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd. Daarbij dient te worden betrokken:

²⁶⁶ Vgl. Huizink 1989 (p. 90) die vindt dat ook een vertrek in onderling overleg adviesplichtig is.

²⁶⁷ Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2014 wordt 'gelijktijdig' vervangen door 'onverwijld' (artikel 7:677 lid 1 (nieuw) BW).

- De aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt,
- De aard van de dienstbetrekking,
- De duur van de dienstbetrekking,
- De wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, en
- De persoonlijke omstandigheden van de werknemer (zoals zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem zou hebben).²⁶⁸

Het ontslag op staande voet wordt gezien als een uiterste middel en daarom worden de genoemde (formele) eisen streng beoordeeld. Een geldig ontslag op staande voet leidt tot schadeplichtigheid van de partij die een dringende reden heeft gegeven. De gevolgen van een ontslag op staande voet voor een werknemer zijn groot: de arbeidsovereenkomst eindigt onmiddellijk en er bestaat geen recht op een werkloosheidsuitkering. Daarnaast speelt natuurlijk ook reputatieschade een rol.

Is aan één van de criteria niet voldaan en is het ontslag op staande voet ten onrechte gegeven, dan is dus ten onrechte geen rekening gehouden met opzegtermijnen en opzegverboden. Zie paragraaf 6.4.1 van dit hoofdstuk voor de arbeidsrechtelijke sancties op het niet in acht nemen van opzegtermijnen en -verboden. Is de werknemer statutair bestuurder dan gelden die sancties onverkort,²⁶⁹ met dien verstande dat een bestuurder beperktere vernietigingsmogelijkheden heeft: het algemene opzegverbod is immers niet van toepassing.²⁷⁰ Dus tenzij sprake is van een ander toepasselijk opzegverbod, zal de bestuurder zich richten op de onregelmatigheid of kennelijk onredelijkheid van het ontslag dan wel, na 1 juli 2015, schending van artikel 7:669 (nieuw) BW.²⁷¹ Vennootschapsrechtelijk is een ontslag op staande voet geen bijzondere vorm van ontslag. De ontslagredenen speelt immers geen rol van betekenis in het vennootschapsrecht. In de volgende paragrafen wordt onderzocht of, en zo ja waar de vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke regels botsen en in hoeverre samenloopregels daarbij een rol (kunnen) spelen; steeds vanuit het perspectief van de vennootschap die ontslaat vanwege een door de bestuurder gegeven een dringende reden.

268 HR 12 februari 1999, JAR 1999/102 (*Schrijver/Van Essen*).

269 In oudere rechtspraak is nog wel eens geoordeeld dat, nu de bestuurder 'te allen tijde' ontslagen kan worden, er niet getoetst hoeft te worden aan art. 7:677 BW, vgl. Hof Leeuwarden 11 november 1992, JAR 1993/118 (*Haitsema Beheer BV/Haitsema*). Dit is onjuist. De bepalingen omtrent het ontslag op staande voet zijn immers niet uitgezonderd.

270 Vgl. HR 23 januari 2004, JAR 2004/67 m.nt. Beltzer (*Central Buyers*) waarin de HR dit expliciet is uitgemaakt en ook Hof Den Haag 16 januari 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AO4443 (*BCD*) waarin het Hof een uitspraak van de voorzieningenrechter vernietigt. De voorzieningenrechter had geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden en de vordering tot loondoorbetaling toegewezen. Het Hof oordeelt – terecht – dat het ontbreken van een dringende reden niet kan leiden tot vernietiging wegens het ontbreken van een ontslagvergunning. Ook overweegt het hof dat herstel van de dienstbetrekking is uitgesloten en geen sprake is van vernietiging op vennootschapsrechtelijke gronden: de bestuurder was voldoende in de gelegenheid gesteld gehoord te worden/zijn stem uit te brengen. In dezelfde zin Hof Leeuwarden 22 november 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ2848 (*B.N. Communications*).

271 Uiteraard kan de bestuurder zich, net als bij een 'gewone' opzegging, ook beroepen op vernietiging op vennootschapsrechtelijke gronden, als daar aanleiding voor is. Zie hierover paragraaf 6.3.1 van dit hoofdstuk.

6.6.2 Onverwijldheid

De essentie van een ontslag op staande voet is dat van de werkgever niet kan worden gevergd het dienstverband ook nog maar een dag langer voort te laten duren. Dit lijkt te botsen met de eisen die worden gesteld aan een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit, in het bijzonder met de te hanteren wettelijke of statutaire oproepingstermijnen (zie paragraaf 6.3.1). Bij nadere beschouwing blijkt dat de vennootschapsrechtelijke eisen als het ware worden 'ingeschoven' in de arbeidsrechtelijke onverwijldheidstoets.

Tijd nemen om te voldoen aan de wettelijke (of statutaire) oproepingstermijnen, levert geen strijd op met de onverwijldheidseis.²⁷² Dit blijkt expliciet uit oudere jurisprudentie²⁷³ en past ook goed bij de overige jurisprudentie over de onverwijldheid. Zo mag worden gewacht op degene die tot ontslag bevoegd is²⁷⁴ en mag, indien in een bedrijf gebruikelijk is dat besluiten door de voltallige directie worden genomen, gewacht worden totdat die gelegenheid hebben bij elkaar te komen.²⁷⁵ Ook in recentere lagere rechtspraak wordt aangenomen dat rekening houden met de oproepingstermijnen de onverwijldheid niet in gevaar brengt.²⁷⁶ Uiteraard mag de vennootschap niet onnodig talmen met het bijeenroepen van de algemene vergadering.²⁷⁷ Het uitstellen van de algemene vergadering op verzoek van de bestuurder, leidt niet tot schending van het onverwijldheidsvereiste.²⁷⁸ De gedachte dat een arbeidsrechtelijk ontslag op staande voet mogelijk is zonder een rechtsgeldig vennootschapsrechtelijk besluit is onjuist, zo heeft het Hof Amsterdam terecht geoordeeld.²⁷⁹

Het mogelijke samenloopprobleem van botsing tussen vennootschapsrechtelijke regels (de oproepingstermijn) en arbeidsrechtelijke regels (de onverwijldheidseis) is hiermee opgelost. De arbeidsrechtelijke norm wordt ingekleurd door de vennootschapsrechtelijke regels. De regels worden als het ware in elkaar geschoven en behouden allebei hun gelding. Ik zou niet willen zeggen dat het vennootschapsrecht hier voorgaat ten opzicht van het arbeidsrecht. De arbeidsrechtelijke norm van onverwijldheid laat ruimte voor specifieke omstandigheden zoals het wachten op de bevoegde persoon of op de voltallige directie als dat gebruik is. Daarbinnen past het ook ruimte te laten voor wettelijke of statutaire besluitvormingseisen.

272 Vgl. Sagel 2013, p. 100 e.v.

273 HR 20 januari 1921, NJ 1921, 359 (*Tieman/Tilburgse Stoomschoenfabriek*).

274 HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720 (*Stegeman/ Vroom&Dreesmann*).

275 HR 10 september 1987, NJ 1988, 238 (*Den Breejen/Wolter Potze B.V.*).

276 Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, JAR 2008/242, RO 2008/71 (*Stapensea/Eco*).

277 Zie voor een voorbeeld Rb. Zutphen 4 augustus 1992, JAR 1992/62 (*Van den Boogaard/HCS*): een algemene vergadering in juni beleggen terwijl de betreffende feiten al in oktober van het jaar daarvoor bekend waren, is in strijd met de onverwijldheidseis.

278 Hof Den Bosch 19 maart 2013, RAR 2013/89 (*Medtronic*).

279 Hof Amsterdam 26 april 2007, RO 2007/89, JOR 2008/63 m.nt. Loesberg (*Behrens/Atrix Mundi*). Zie hierover ook paragraaf 6.2.6 en 6.3.2 en 6.4.2 van dit hoofdstuk.

6.6.3 *Dringende redenen*

Het is niet zo dat, omdat de vennootschap 'te allen tijde' mag ontslaan, niet meer getoetst hoeft te worden aan artikel 7:677 jo 678 BW.²⁸⁰ Het bestuurderschap (de aard van de dienstbetrekking) wordt in beginsel meegewogen in de 'alle omstandigheden-toets', hoewel dat niet altijd expliciet uit uitspraken blijkt. In oudere, lagere jurisprudentie is een enkele keer aangenomen dat de algemene vergadering (of RvC) een dermate grote vrijheid heeft om te ontslaan dat het niet zo relevant is of er een dringende reden is²⁸¹ en een schadeloosstelling (wegens niet inachtneming van de opzegtermijn) sowieso niet aan de orde is.²⁸² Deze lagere jurisprudentie heeft geen navolging gekregen.

Verwacht zou worden dat de arbeidsrechtelijke toetsing of sprake is van een dringende reden ingekleurd wordt door de vennootschapsrechtelijke positie. De bestuurder heeft immers zwaardere verantwoordelijkheden dan een doorsnee werknemer. De jurisprudentie – die net zo casuïstisch is als de rechtspraak over gewone werknemers²⁸³ – geeft daarover geen duidelijk beeld. Er valt niet met zekerheid te zeggen dat de rechter een bestuurder doorgaans strenger de maat neemt dan een werknemer zonder statutaire rol. Wel geldt dat in zijn algemeenheid hoger geplaatste werknemers strenger worden beoordeeld als het gaat om integriteit. Zij worden geacht een voorbeeldfunctie te hebben. Dit is echter niet voorbehouden aan statutair bestuurders, maar ook aan titulair directeuren en anderen met een leidinggevende of hoge positie.²⁸⁴ Ter illustratie bespreek ik een aantal uitspraken.

De Bredase rechtbank oordeelt in 1993 dat het niet opstellen van een goed ondernemingsplan geen reden is voor een ontslag op staande voet van een bestuurder.²⁸⁵ Mij lijkt dat ook een gewone werknemer niet vanwege inhoudelijk tegenvallend werk op staande voet kan worden ontslagen. Opvallend is dat in diezelfde uitspraak ook geoordeeld werd dat het zichzelf een hoger salaris en een pensioenregeling toekennen evenmin een dringende reden opleverde. Het Hof Arnhem komt in een andere zaak waarin de bestuurder eveneens voor zichzelf een pensioen had afgesloten niet toe

280 Vgl. Hof Leeuwarden 11 november 1992, *JAR* 1993/118 (*Haitsema Beheer BV/Haitsema*) waarin, ten onrechte, nog wel zo is geoordeeld.

281 Rb. Amsterdam 20 februari 1980, *NJ* 1981, 77 m.nt. PAS (*Bakker/Lenting*). Volgens de Amsterdamse rechtbank zou wel recht op 'smartengeld' kunnen bestaan als de omstandigheden kwetsend voor de bestuurder zijn. Zie voor een kritische analyse Roelvink 1981.

282 Rb. Amsterdam 18 juni 1975, *NJ* 1976, 348 (*Liberty*). Kritisch over dit arrest is Slagter 1981a p.315 l.k. en Roelvink 1981.

283 Zie Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 391 e.v., Bakels/Bouwens/Houwerzijl & Roozendaal 2013, p. 167 e.v., Disselkoen & Jakimowicz 2013 en Sagel 2013 vanaf p. 215 voor overzichten van die jurisprudentie.

284 Vgl. Sagel 2013, p. 305-306 en de aldaar genoemde jurisprudentie. Een mooi voorbeeld is ook de uitspraak van de Rb. Assen van 2 april 2013 ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ5977 (*Rendo*). Het betrof een werknemer die lange tijd titulair directeur was en slechts een paar maanden statutair bestuurder. Het ontslag was gebaseerd op gedragingen in de periode voor het statutair bestuurderschap. De rechtbank overweegt dat ook van een niet statutair directeur verwacht mag worden dat hij in de geest van de statuten en relevante wetgeving handelt en een eigen verantwoordelijkheid heeft.

285 Rb. Breda 21 december 1993, *JAR* 1994/30 (*Theunisse/L&A*).

aan de vraag of dit een dringende reden oplevert. Het ontslagbesluit is vernietigbaar omdat de bestuurder niet is gehoord.²⁸⁶ De kantonrechter Amsterdam oordeelde dat een bestuurder die ten onrechte de titel 'drs.' voert terecht op staande voet is ontslagen.²⁸⁷ Een ontslag op staande voet vanwege privé-uitgaven met de company creditcard heeft geen stand gehouden omdat de aandeelhouders op de hoogte waren van het gehanteerde systeem.²⁸⁸ Malversaties met onder meer als doel het afdwingen van kortingen bij leveranciers is wel een reden voor een ontslag op staande voet volgens de Rechtbank Zutphen.²⁸⁹ Het namens de vennootschap aangaan van schijntransacties en het niet melden van onregelmatigheden vormt eveneens een dringende reden voor een ontslag op staande voet.²⁹⁰ In een uitspraak van het Hof Amsterdam over een ontslag op staande voet wegens handel met voorkennis, vindt het hof het belangrijker dat de werknemer een ruime ervaring in de financiële wereld heeft dan dat hij bestuurder is.²⁹¹

Opvallend is de uitspraak van het Hof Den Haag in één van de vele procedures die gevoerd zijn in de *Veer Palthe Voûte*-zaak. In deze zaak lijkt het Hof de regels voor een ontslag op staande voet enigszins uit het oog te verliezen.²⁹² De Nederlandsche Bank (DNB) heeft een aanwijzing²⁹³ gegeven aan de vennootschap inhoudende dat de algemene vergadering met onmiddellijke ingang de bestuurder blijvend als lid van de raad van bestuur uit zijn functie ontheft zodat hij niet langer het dagelijks beleid van de vennootschap (mede) bepaalt. Hierop heeft de vennootschap de bestuurder op staande voet ontslagen. Tussen partijen is niet in geschil dat de aanwijzing voldoende reden was om de bestuurder uit zijn vennootschapsrechtelijke betrekking te ontslaan. Wel twisten partijen over het arbeidsrechtelijk ontslag op staande voet. Omdat geen sprake is van één van de uitzonderingssituaties uit de 15 april-arresten, kan de aanwijzing ook in arbeidsrechtelijk zin als dringende reden worden beschouwd, aldus het hof. Deze conclusie lijkt mij onjuist. De Hoge Raad bepaalt in de 15 april-arresten immers niets over een dringende reden. Bovendien bepaalt de Hoge Raad slechts dat

286 Hof Arnhem 18 april 2000, *JAR* 2000/206 (*Van Leussen/Zwilling*). Een bestuurder die zich eveneens richt op de vennootschapsrechtelijke toetsing zonder de dringende reden aan de orde te stellen vangt bot in een kort geding bij de Rechtbank Amsterdam (1 november 2001, *JAR* 2002/9 (*Mulder/Xcast*)). Succesvol was de bestuurder die dezelfde formele verweren opwierp bij de President Utrecht (4 mei 2000, *KG* 2000, 146 (*Q. Systems Holding*)).

287 Ktr. Amsterdam 21 juni 1994, *JAR* 1994/175 (*Crédit Lyonnais*). Opvallend is hier overigens dat de kantonrechter zich bevoegd acht (zie verder paragraaf 6.10). Ook voor 'gewone' werknemers is dit een dringende reden, vgl. HR 1 juli 1976, *NJ* 1977, 65.

288 Rb. Amsterdam 9 maart 2011, *PJ* 2011/73 (*First Choice Nederland*).

289 Rb. Zutphen 9 mei 2012, *RAR* 2012/120 (*Kwik-Fit*).

290 Rb. Utrecht 4 april 2012, *JOR* 2012/211, *RAR* 2012/108 (*Pijnenborg/Kneipp*).

291 Hof Amsterdam 29 december 2005, *JAR* 2006/30 (*Petroplus*). Het betrof hier overigens een bestuurder van een Belgische vennootschap.

292 Twee bestuurders van *Veer Palthe Voûte* zijn ontslagen nadat DNB een aanwijzing heeft gegeven dat de betreffende bestuurders uit zijn functie ontheven moest worden. Aanleiding hiervoor was een (strafrechtelijke) verdenking van handelen met voorwetenschap. Over de aanwijzing is geprocedeerd bij het college voor het bedrijfsleven en over de voorwetenschap zijn strafrechtelijke procedures gevoerd. Ook hebben de bestuurders in civilibus tegen DNB geprocedeerd over de aanwijzing. De uitspraak waar het hier om gaat is de uitspraak waarin het gegeven ontslag op staande voet wordt getoetst: Hof Den Haag 8 december 2006, *JAR* 2007/45. Zie over deze uitspraak uitgebreid Beltzer & Bennaars 2007.

293 Op grond van artikel 9 lid 1 onder b Wet toezicht kredietwezen.

een vennootschapsrechtelijk ontslag tevens beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft. De Hoge Raad besliste niet dat de arbeidsovereenkomst dan ook *onmiddellijk* eindigt. Het hof heeft bovendien de dringende reden getoetst op een wijze die arbeidsrechtelijk niet helemaal in de haak is.²⁹⁴

Een enkele keer wordt expliciet verwezen naar de positie van de bestuurder. Zo oordeelt de Rechtbank Zutphen in de hierboven aangehaalde *Kwik-Fit*-zaak dat de bestuurder door leveranciers onder druk te zetten niet alleen schade heeft aangericht aan de reputatie van Kwik-Fit, maar vooral in flagrante strijd heeft gehandeld met zijn taken en verantwoordelijkheden als algemeen directeur. Dat medebestuurder(s) wellicht bekend waren met de gebeurtenissen, maakt niet dat de bestuurder geen verwijt meer kan worden gemaakt. Medeweten van een andere bestuurder bevrijdt de bestuurder immers niet van zijn verplichting een integere bestuurder te zijn.²⁹⁵ De voorzieningenrechter Arnhem²⁹⁶ lijkt bestuurders niet zwaarder de maat te willen nemen dan andere werknemers. De bestuurder heeft een arbeidsovereenkomst met een andere werknemer ondertekend die niet in lijn met het beleid van de vennootschap was. Ook is onder zijn verantwoordelijkheid een forse salaris- en bonusverhoging toegekend aan een andere medewerker. Niet duidelijk was in hoeverre hij daar daadwerkelijk bemoeienis mee had gehad. De voorzieningenrechter overweegt dat deze schendingen geen dringende reden voor een ontslag op staande voet opleveren, ook al zouden het onder zijn verantwoordelijkheid vallen. Een vergelijkbare handelwijze door een 'gewone' leidinggevende zou naar alle waarschijnlijkheid net zo worden beoordeeld.

De Rechtbank Noord-Nederland²⁹⁷ heeft zich gebogen over een zaak waarin een (financieel) statutair bestuurder de raad van commissarissen niet heeft verteld dat hij aandelen heeft in een energiebedrijf waarin de vennootschap miljoenen aan achtergestelde leningen heeft verstrekt. Evenmin heeft hij verteld dat hij die aandelen met € 2,25 miljoen winst door het betreffende energiebedrijf heeft laten inkopen. Door het effect op de solvabiliteit en liquiditeit van het energiebedrijf zijn de risico's voor de vennootschap als houder van de achtergestelde leningen groter geworden. De rechtbank vindt dat sprake is van een dringende reden. Het verweer van de bestuurder dat hij ten tijde van de verkoop van de aandelen nog geen statutair bestuurder was, gaat niet op: *'Ook van een titulair directeur mag verwacht worden dat hij in de geest van statuten en relevante wetgeving handelt'* (onderstreping JHB). Hier wordt dus aangesloten bij de bijzondere positie van de bestuurder, zelfs als hij geen statutaire functie heeft.

De Rechtbank Amsterdam overweegt in de *First Choice Nederland*-zaak²⁹⁸ dat van de betrokken werknemer als statutair bestuurder verwacht mag worden dat hij ervoor zorg draagt dat alle privé-uitgaven gedaan met de company card worden verrekend.

294 Zie hierover uitgebreid Beltzer & Bennaars 2007.

295 Rb. Zutphen 9 mei 2012, RAR 2012/120 (*Kwik-Fit*).

296 Rb. Arnhem (vzr.) 21 december 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY9685 (*Synthon*).

297 Rb. Assen van 2 april 2013 ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ5977 (*Rendo*).

298 Rb. Amsterdam 9 maart 2011, PJ 2011/73 (*First Choice Nederland*).

Hij moet ofwel zorg dragen voor een betere controle, ofwel privé uitgaven ook met een privé credit card betalen. Het handelen van de bestuurder wordt toch gesauveerd omdat de aandeelhouders, ondanks hun kennis van het risicovolle systeem, geen actie hebben ondernomen. Ook neemt de rechtbank aan dat er geen wens tot benadeling is. Hierin wordt dus enerzijds een strenge maatstaf gehanteerd, maar anderzijds mag de bestuurder zich verschuilen achter de hogere macht in de onderneming die er van wist en niet ingreep. Een werknemer die (net) bestuurder af was en op staande voet is ontslagen wegens het meewerken aan het opstellen van valse declaraties en het meewerken aan het fingeren van opdrachten en het doen betalen van facturen om aldus hoge bedragen zwart aan derden te betalen, kan zich niet verschuilen achter het feit dat een (andere) bestuurder hiervan op de hoogte was.²⁹⁹

Artikel 7:678 lid 1 sub j BW noemt als dringende reden het hardnekkig weigeren te voldoen aan een dienstbevel. Een vennootschap die een bestuurder die weigert een bepaald onderdeel te verkopen en daarom op staande voet ontslaat, krijgt echter het deksel op de neus van het Hof Amsterdam.³⁰⁰ Het ontslag houdt sowieso geen stand omdat het door een onbevoegd orgaan is gegeven, maar het hof overweegt ten overvloede – en terecht – dat geen sprake is van een dringende reden, mede gelet op de verantwoordelijkheden van de werknemer als statutair bestuurder.

Omdat het vennootschapsrecht geen inhoudelijke eisen stelt aan de gronden voor het ontslag, bestaan geen samenloopproblemen als het gaat om het beoordelen of sprake is van een dringende reden. In de 'alle omstandigheden'-toets wordt de functie van een werknemer altijd betrokken, dus ook indien hij statutair bestuurder is. De bestuurder wordt in die zin niet anders behandeld dan andere werknemers.

6.7 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever

In deze paragraaf wordt ingegaan op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Eerst wordt het huidige systeem (artikel 7:685 BW) besproken. In het tweede deel van deze paragraaf wordt de situatie zoals die is na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid behandeld.³⁰¹ Wetsartikelen zonder nadere aanduiding verwijzen naar de wettekst zoals die luidt tot 1 juli 2015. Wordt verwezen naar het recht zoals dat luidt na inwerkingtreding van de Wwz, dan staat achter het artikelnummer '(nieuw)'.

²⁹⁹ HR 28 oktober 1994, JAR 1994/251 (*GTI Holding*).

³⁰⁰ Hof Amsterdam 26 april 2008, JOR 2008/63 m.nt. Loesberg (*Behrens/Atrix Mundi*).

³⁰¹ Met ingang van 1 juli 2015 treedt het nieuwe ontslagrecht in werking. De ontbinding wordt dan geregeld in de artikelen 7:671 b en c (nieuw) BW.

6.7.1 Ontbinding ex artikel 7:685 BW

Onder het huidige recht, dat geldt tot 1 juli 2015, kan zowel de werkgever als de werknemer te allen tijde ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen vragen op grond van artikel 7:685 BW.³⁰² Gewichtige redenen bestaan als sprake is van (i) een dringende reden (zie paragraaf 6.6.3 van dit hoofdstuk) of (ii) van veranderingen in de omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte termijn hoort te eindigen. Wordt ontbonden op de tweede grond (wijziging van omstandigheden), dan kan de rechter een vergoeding toekennen aan één van de partijen. De ontbindingsvergoeding wordt berekend aan de hand van de kantonrechttersformule.³⁰³ In de ontbindingsprocedure is geen ruimte voor een vordering tot nakoming van een reeds overeengekomen contractuele beëindigingsregeling. De rechter stelt een vergoeding naar billijkheid vast. Het is echter niet de bedoeling dat de werknemer 'dubbel kan vangen'. Is de ontbindingsrechter op de hoogte van de contractuele regeling, dan moet hij daar bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding rekening mee houden en moet hij ervan uitgaan dat die regeling wordt nagekomen.³⁰⁴ Is de rechter niet op de hoogte en stelt hij de ontbindingsvergoeding vast zonder de contractueel overeengekomen vergoeding daarbij te betrekken, dan moet de rechter die oordeelt over de nakoming van de contractuele regeling rekening houden met de al toegekende ontbindingsvergoeding. Deze regels gelden ook voor statutair bestuurders. Ter illustratie wijs ik op de *Bols Wessanen*-uitspraak.³⁰⁵ De bestuurder vraagt in de ontbindingsprocedure om een vergoeding van € 1,2 miljoen op basis van de exitclausule in zijn arbeidsovereenkomst (overigens ruimer dan het door de corporate governance code voorgeschreven maximum van een vast jaarsalaris). De rechtbank oordeelt – terecht – dat een vordering tot nakoming van bepalingen in de arbeidsovereenkomst niet aan de orde is in een ontbindingsprocedure. De rechter stelt vervolgens de vergoeding vast op ruim een half miljoen euro. Deze vergoeding is gebaseerd op de kantonrechttersformule met een C-factor van 1. Ook overweegt de rechtbank dat hij er vanuit gaat dat in een nakomingsprocedure rekening gehouden wordt met deze vergoeding op grond van artikel 6:248 BW. Met andere woorden; de bestuurder kan niet dubbel incasseren.³⁰⁶

302 Zie voor het bevoegd orgaan om het ontbindingsverzoek in te dienen en over de verhouding tussen het ontslagbesluit en het ontbindingsverzoek de paragrafen 6.1.1 en 6.2.6 van dit hoofdstuk. Voor de bevoegde rechter om van het verzoek kennis te nemen wordt verwezen naar paragraaf 6.10.

303 Deze formule is sinds 1 januari 1997 neergelegd in de *Aanbevelingen van de Kring van kantonrechtters*. De ontbindingsvergoeding wordt berekend door het aantal gewogen dienstjaren (A) te vermenigvuldigen met het bruto maandsalaris inclusief vaste emolumenten (B). Via de correctiefactor (C) wordt de eventuele verwijtbaarheid van partijen uitgedrukt. Een C-factor van 1 is neutraal. Is de ontbinding te wijten aan de werknemer, dan ligt de C-factor tussen 0 en 1, is werkgever verwijtbaar, dan is de C-factor hoger dan 1.

304 HR 2 april 2004, NJ 2006, 212 m.nt. Verhulp (*Drankencentrale Waterland/Blakborn*).

305 Rb. Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK7262, de enige mij bekende ontbindingszaak tussen een beursvennootschap en haar bestuurder.

306 Zie ook Rb. Zutphen 1 februari 2006, JAR 2006/61 (*Zwiling*) waarin in de nakomingsprocedure na de ontbindingsprocedure de contractuele vergoeding onder verwijzing naar 6:248 BW van tafel gaat; Rb. Rotterdam 13 juli 2006, RAR 2006/143 (*Advance Agro Paper*) waarin op vergelijkbare wijze is geoordeeld als in de *Bols Wessanen*-zaak.

Omdat de arbeidsovereenkomst met de bestuurder kan worden opgezegd zonder voorafgaande toestemming van het UWV, is de ontbindingsprocedure niet de meest voor de hand liggende weg om de arbeidsovereenkomst met de bestuurder te beëindigen. In een drietal gevallen wordt de ontbindingsroute toch gekozen. In de eerste plaats is de ontbindingsroute wel gebruikt indien er een impasse in de aandeelhoudersvergadering is ontstaan, zie hierover paragraaf 6.2.6. Ten tweede kan ontbinding aan de orde komen indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder een tussentijds opzegbeding. De meest voorkomende reden voor de vennootschap om een ontbindingsverzoek in te dienen is dat sprake is van een opzegverbod waardoor het ontslagbesluit niet ook de arbeidsovereenkomst beëindigt. Als een opzegverbod speelt, kan de rechter de arbeidsovereenkomst desalniettemin ontbinden indien hij zich er van heeft vergewist dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met het betreffende opzegverbod.³⁰⁷

De rechter betreft bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek alle omstandigheden van het geval en maakt ook een belangenafweging tussen het belang van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en het belang van de werknemer om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (er van uitgaande dat de werknemer zich doorgaans primair verzet tegen de ontbinding en subsidiair een vergoeding vordert). Het statutair bestuurderschap van de werknemer is, net als in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure, een relevante omstandigheid die er soms toe leidt dat de werknemer/bestuurder zich iets meer moet laten welgevalen. De Rechtbank Roermond zegt het als volgt: door de benoeming te aanvaarden “*begaf* [de bestuurder zich] *op het pad van de kwetsbare werknemer, zijnde directeur/bestuurder, die te allen tijde kan worden ontslagen.*” Dat het mis kan hoort bij de risico’s die aan de verantwoordelijke en zeker in financieel opzicht niet onaantrekkelijke betrekking van directeur/bestuurder kleven, aldus de rechtbank.³⁰⁸

In de gepubliceerde jurisprudentie zijn geen voorbeelden te vinden waarin een ontbindingsverzoek met betrekking tot een statutair bestuurder wordt afgewezen. Doorgaans wordt geoordeeld dat als er eenmaal een gebrek aan vertrouwen is, dat gelet op de positie van de bestuurder voldoende reden is om tot ontbinding over te gaan.³⁰⁹

Wel wordt in de beoordeling van de hoogte van de eventuele vergoeding getoetst aan wie de ontstane situatie is te wijten. Gaat de werkgever over de schreef, dan is dat terug te zien in de vergoeding. Gedacht kan worden aan het niet voldoende tijd geven

307 Deze vergewisplicht geldt onverkort indien de werknemer statutair bestuurder is, vlg. Rb. Arnhem 29 oktober 2001, JAR 2001/252 (*Simmer Europe*). De bestuurder was ziek, maar omdat het door de werkgever aan het verzoek ten grondslag gelegde gebrekkige functioneren niet uit de verf kwam staat het verzoek op gespannen voet met het ontslagverbod, aldus de rechtbank die het verzoek afwijst.

308 Rb. Roermond 15 juli 1992, JAR 1992/72 (*Inova Limburg/B.*). De rechtbank stelt vervolgens vast dat de verstoorde verhouding aan beide partijen is te wijten en kent een vergoeding toe in de vorm van een outplacementtraject en een ontbinding op termijn van 6 maanden.

309 Dit wordt helder omschreven in de uitspraak van Rb. Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK7262 (*Bols Wessanen*).

voor het verbeteren van het functioneren, het uiten van diffamerende ongefundeerde beschuldigingen, het gebruik van de 'overvaltactiek' om tot een ontslagbesluit te komen, een situatie waarin slechte resultaten niet aan de bestuurder zijn te wijten of het onvoldoende ruimte geven aan de bestuurder om zijn werk te doen.³¹⁰ Is sprake van een verstoorde verhouding en valt geen der partijen een overwegend verwijt te maken, dan komt de vergoeding doorgaans uit op een correctiefactor 1, net als bij gewone werknemers. Het blijft natuurlijk de vraag hoe de aangehaalde zaken precies zouden zijn afgelopen indien de betrokken werknemers géén statutair bestuurders zouden zijn geweest.

In 2013 heeft zich een zaak voorgedaan waarin dat vrij nauwkeurig lijkt te kunnen worden vastgesteld. Het gaat in die zaak om bestuurder Broekhuis die via een ontslagbesluit is ontslagen door de vennootschap Sensient. Partijen voeren twee procedures. Een dagvaardingsprocedure waarin de vennootschap een verklaring voor recht vraagt dat de arbeidsovereenkomst met het ontslagbesluit rechtsgeldig is geëindigd. Broekhuis verweert zich door te stellen dat hij helemaal geen statutair bestuurder is en het ontslag dus vernietigbaar is wegens het ontbreken van de toestemming UWV. In reconventie vordert hij – subsidiair – een vergoeding op grond van artikel 7:681 BW. De tweede procedure is een voorwaardelijke ontbindingsprocedure waarin Sensient ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt voor het geval Broekhuis gelijk krijgt en inderdaad blijkt geen bestuurder te zijn (geweest).

In de dagvaardingsprocedure oordeelt de rechter dat Broekhuis wel als bestuurder was benoemd en het ontslagbesluit dus in stand kan blijven. De rechter komt tot het oordeel dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is. Van een valse of voorgewende reden is geen sprake. Sensient heeft als ontslaggrond aangevoerd dat kritiek bestond op het functioneren en dat er geen vertrouwen bestond dat de resultaten van de vennootschap onder leiding van Broekhuis zouden verbeteren. Uit de feiten blijkt dat deze kritiek inderdaad met Broekhuis is gedeeld en het komt niet onaannemelijk voor dat het vertrouwen is verloren, aldus de rechter. Het gevolgen criterium biedt ook geen soelaas: gedurende een opzegtermijn van vier maanden vrijgesteld worden van werk en een vergoeding van vier maandsalarissen maakt niet dat onvoldoende rekening is gehouden met de gevolgen van het ontslag voor Broekhuis, aldus de rechtbank.

310 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 20 maart 1985, *NJ* 1986, 147 (*Van Schijndel/Simon's Uurwerken*) waarin is overwogen dat de slechte resultaten noch de ontstane irritaties aan de bestuurder zijn te wijten; Rb. Amsterdam 11 juli 2001, *JAR* 2001/154 (*Vorst/Fiat*) waarin de rechter de overvaltactiek van de vennootschap afstraft met een ontbindingsvergoeding met een correctiefactor van 1,5 (de bestuurder verzocht zelf ontbinding tijdens de opzegtermijn); Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *RAR* 2006/143, *JAR* 2006/185 (*Advance Agro paper/X.*) waarin is overwogen dat de verstoorde verhouding niet overwegend aan de bestuurder is te wijten; Rb. Utrecht (ktr.) 28 juli 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BF2256* (*Scantech*). In deze zaak overweegt de rechter dat de wijze waarop de positie van de bestuurder was uitgehold, de krenkende manier waarop hij werd benaderd en de diffamerende verwijten zonder feitelijke grondslag die hem werden gemaakt, maken dat de verstoring van de verhouding aan de vennootschap was te wijten. Een vergoeding met een c-factor 2 is toegekend; Rb. Almelo 5 augustus 2009, *JAR* 2009/245 (*Boersma/Boekelo Decor*), waarin de rechter een vergoeding met correctiefactor 1.5 toekende omdat de bestuurder na 30 jaar dienstverband binnen 3 weken werd afgeserveerd wegens een inhoudelijk meningsverschil een nieuwe CEO.

In de voorwaardelijke ontbindingsprocedure wordt geoordeeld dat er een belang bestaat bij het verzoek omdat Broekhuis nog in hoger beroep kan komen van het oordeel dat hij statutair bestuurder is (en de arbeidsovereenkomst dus rechtsgeldig is opgezegd). Vervolgens wordt het verzoek beoordeeld alsof de voorwaarde is vervuld en Broekhuis dus als werknemer moet worden gezien. De rechter oordeelt hier dat het vermeende disfunctioneren nauwelijks met hem was besproken en dat geen verbetertraject is overeengekomen, hoewel de rechter wel opmerkt dat gelet op de functie en de soort organisatie geen lang traject had hoeven worden aangeboden. De schorsing voorafgaand aan zijn ontslag wordt diffamerend geacht (in de andere procedure is geoordeeld dat de schorsing begrijpelijk was gelet op het statutair bestuurschap). Uiteindelijk resulteert dit in een (voorwaardelijke) ontbindingsvergoeding met een correctiefactor 1,5 (16 maandsalarissen, meer dus dan de acht maandsalarissen die in de kennelijkonredelijkontslagprocedure redelijk worden geacht).

Valt de vergoeding in de ontbindingsprocedure nu hoger uit omdat Broekhuis daar als werknemer werd beoordeeld en in de 681-procedure als bestuurder of ligt het aan het verschil tussen de ontbindingsprocedure en de 681-procedure? Het staat vast dat vergoedingen in kennelijkonredelijkontslagprocedures structureel (veel) lager uitvallen dan in ontbindingsprocedures.³¹¹ Het verschil in uitkomst is dus niet zo opzienbarend. Wel is de weging van de feiten opmerkelijk en dan vooral de schorsing die in het ene geval diffamerend wordt genoemd en in het andere geval begrijpelijk. Dat een statutair bestuurder zich een schorsing sneller moet laten welgevallen gelet op zijn positie vind ik niet onbegrijpelijk. In dit specifieke geval vind ik er ook iets voor te zeggen dat ook de werknemer Broekhuis zich dit had moeten laten welgevallen. Het gaat hier om een werknemer met een zeer hoge leidinggevende positie (of die nu statutair is of niet) en een bruto maandsalaris van bijna € 20.000 bruto per maand exclusief bonus.

In een ontbindingsprocedure wordt voor de statutair bestuurder geen ander toetsingskader aangelegd. Het meewegen van alle omstandigheden geeft ruimte om het bestuurschap mee te nemen. Dat leidt ertoe dat een ontbinding eigenlijk altijd wel wordt uitgesproken. Bij het vaststellen van de vergoeding wordt de verwijtbaarheid aan beide kanten beoordeeld, met inachtneming van de positie van bestuurder, maar ook met de inachtneming van de positie van de vennootschap als werkgever die zich aan arbeidsrechtelijke normen heeft te houden.

311 Vgl. Kruit 2013 en Kruit 2014. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid zal dit verschil verdwijnen, nu zowel bij opzegging als ontbinding de werknemer recht heeft op de wettelijke transitievergoeding en alleen in uitzonderingsgevallen plaats is voor een billijke vergoeding.

6.7.2 Ontbinding ex artikel 7:671 b en c (nieuw) BW

Met ingang van 1 juli 2015 is het nieuwe ontslagrecht van toepassing. De gronden voor beëindiging door de werkgever zijn limitatief in de wet opgesomd (artikel 7:669 (nieuw) BW, zie paragraaf 6.4.3 van dit hoofdstuk). Is sprake van een a- of b-grond (bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid) dan is opzegging de aangewezen weg voor beëindiging. Is sprake van een c- t/m h-grond, dan moet de werkgever ontbinding vragen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het vergoedingensysteem is anders dan onder het huidige recht, zie paragraaf 6.4.3. Net als na opzegging, geldt voor de ontbinding dat de rechter alleen een billijke vergoeding kan toekennen aan de werknemer als de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hiervan niet snel sprake zal zijn, zie paragraaf 6.4.3.

Voor de bestuurder geldt op grond van artikel 7:669 jo 671 lid 1 sub e (nieuw) BW dat opzegging op *alle* gronden mogelijk is. Net als onder het bestaande recht geldt dus nog steeds dat ontbinding niet snel een gekozen route zal zijn, tenzij sprake is van één van de drie voorbeelden genoemd in de vorige paragraaf. Van belang is dat de 'vergewisplicht' uit het oude recht vervangen is door een meer rechtstreekse toepassing van de opzegverboden in de ontbindingsprocedure. Het meest in het oog springt de situatie waarin bedrijfseconomische redenen de grond voor de beëindiging vormen (de a-grond) en sprake is van een 'tijdens'-opzegverbod zoals ziekte (of artikel 108 lid 4 PW). Beëindiging is dan, anders dan onder het huidige recht, niet mogelijk.³¹² Is bijvoorbeeld sprake van disfunctioneren (d-grond) en ziekte, dan kan de rechter wel ontbinden op grond van artikel 7:671 b lid 6 (nieuw) BW als het verzoek geen verband houdt met de ziekte of sprake is van omstandigheden van dien aard dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen.

Net als bij een opzegging, zal moeten worden voldaan aan de vereisten van artikel 7:669 (nieuw) BW. Is daaraan niet voldaan, dan kan de rechter niet ontbinden. Hetgeen in paragraaf 6.4.3 is opgemerkt over de limitatieve gronden en de herplaatsing geldt mutatis mutandis voor de ontbindingsprocedure.

6.8 Opzegging door de bestuurder zelf

6.8.1 Algemeen

Een werknemer kan, net als de werkgever, de arbeidsovereenkomst opzeggen.³¹³ De opzegging is vormvrij en hoeft niet te worden geaccepteerd door de werkgever. Wel moet de opzegging de werkgever hebben bereikt. Een werkgever mag niet te lichtvaardig aannemen dat de werknemer bedoelt de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

312 Dat is alleen anders bij een volledige bedrijfssluiting, artikel 7:670a lid 2 sub d (nieuw) BW en 7:671 b lid 2 jo lid 6 (nieuw) BW. In dat laatste artikel is de vergewisplicht opgenomen, maar de a-grond is uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten.

313 Tot 1 januari 1999 had een werknemer voor opzegging een vergunning nodig van (de voorloper van) het UWV.

In de woorden van de Hoge Raad: “Vrijwillige beëindiging door de werknemer van zijn dienstbetrekking heeft voor deze zo ernstige gevolgen, dat de bedoeling daartoe in situaties als de onderhavige niet te gauw door de werkgever mag worden aangenomen.”³¹⁴

Boek 2 BW bevat geen bepalingen over de wijze waarop de bestuurder zijn bestuurderschap neer kan leggen. In 1989 heeft de Hoge Raad bepaald dat een bestuurder eenzijdig zijn functie neer kan leggen en dat aanvaarding van zijn ontslagneming door de vennootschap geen vereiste is voor de effectuering daarvan. Wel is vereist dat de verklaring omtrent de ontslagneming tot de vennootschap zijn gericht en die verklaring moet de vennootschap hebben bereikt.³¹⁵ Uit de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst blijkt dat een argument om de bestuurder onder het arbeidsrecht te laten vallen is geweest dat ook de bestuurder recht heeft om te weten hoe hij zijn betrekking neer moet leggen.³¹⁶ Het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht lopen hier dus parallel.

6.8.2 Einde arbeidsovereenkomst ook einde bestuurderschap?

In het arrest *Bartelink/Ciris*³¹⁷ is beslist dat indien een bestuurder ontslag neemt uit zijn vennootschapsrechtelijke betrekking, dit ook een opzegging van de arbeidsovereenkomst behelst. Anders dan soms wel wordt aangenomen³¹⁸ werkt dit niet de andere kant op: het beëindigen van de arbeidsovereenkomst brengt niet per definitie het einde van het bestuurderschap met zich mee. Dat volgt althans niet uit de 15 april-arresten.³¹⁹

6.8.3 Niet lichtvaardig aannemen dat is opgezegd – ook voor bestuurder?

Legt een bestuurder zijn bestuurderschap neer, dan eindigt ook de arbeidsovereenkomst. Het is de vraag in hoeverre de arbeidsrechtelijke regel dat de werkgever niet lichtvaardig mag aannemen dat de werknemer ontslag neemt ook in dit geval geldt. Het beeld in de jurisprudentie is dat deze regel inderdaad ook geldt voor bestuurders. Ik wijs op de uitspraak de Rechtbank Arnhem uit 2005, gewezen kort na de 15 april-arresten.³²⁰

Deze zaak betrof een bodemprocedure na een kort geding dat plaats had vóór de 15 april-arresten en eveneens is gepubliceerd.³²¹ In de bodemzaak stond de vraag

314 HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2 (*Coolwijk/Kroes*), r.o. 3.2.

315 HR 8 december 1989, NJ 1990, 452 m.nt. Maeijer (*DRC/Kennus*) en HR 19 november 2010, RO 2010/79 (*X./Minister van Financiën*) (dit betrof een fiscale zaak).

316 Bles 1907 I, p. 204 en hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.2.

317 HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 m.nt. GHvV, JAR 2005/153 en JOR 2005/144.

318 Zie bijvoorbeeld Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 46.

319 Zie hierover paragraaf 6.2.6 van dit hoofdstuk.

320 Rb. Arnhem 20 juli 2005, JOR 2005/262 (*Vorstenburg/Heijmans*).

321 Rb. Rotterdam (vzr.) en Rb. Rotterdam (ktr. vzr.), JOR 2005/83 (*Vorstenburg/Heijmans*). In de twee kort gedingen ging het om de vraag of de kantonrechter danwel de rechtbank bevoegd is indien er geen statutaire band meer bestaat en om de vraag of het BBA wel of niet van toepassing is in zo'n geval. In beide gevallen dient de gewezen bestuurder behandeld te worden als een bestuurder: het BBA is niet van toepassing en de rechtbank is de bevoegde rechter.

centraal wat de gevolgen zijn indien de bestuurder zijn bestuurderschap neerlegt onder instandhouding van de arbeidsovereenkomst. De Rechtbank verwijst naar *Bartelink/Ciris* en overweegt dat ontslagneming door de bestuurder in beginsel tot gevolg heeft dat zijn dienstbetrekking eindigt. Daaruit vloeit voort dat niet kan worden aanvaard dat de bestuurder die zijn functie neerlegt de ontslagneming eenzijdig kan beperken tot het verlies van de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap. Interessant is r.o. 5.6:

“Vorstenburg [*de bestuurder, JHB*] heeft getracht dit wél te bewerkstelligen. Daarom moet het van tweeën één zijn. Of zijn ontslagnamen betekent dat hij op 5 oktober 2004 beoogde ook de dienstbetrekking te beëindigen, of de dienstbetrekking bleef met de hoedanigheid van statutair bestuurder in stand. Het is evident dat Vorstenburg niet bedoeld kan hebben ontslag als statutair bestuurder en uit dienstbetrekking te nemen, omdat hij vanaf 5 oktober 2004 constant duidelijk maakte dat alles hem eraan gelegen is in dienst te blijven bij Heijmans. Zijn ontslag als statutair bestuurder heeft dus geen rechtsgevolg.”

Zie ik het goed, dan legt de rechtbank hier de uitspraken van de Hoge Raad zo uit dat een ontslagnamen door de bestuurder betekent dat hij *bedoeld* moet hebben beide banden (arbeidsrechtelijk- en vennootschapsrechtelijk) met de vennootschap te verbreken. De Rechtbank raakt hier aan het probleem dat Visser eerder³²² heeft aangekaart namelijk het probleem dat er een op rechtsgevolg gerichte wil is die zich door een verklaring heeft geopenbaard als sprake is van een opzegging. De rechtbank lost dit probleem op door te oordelen dat het ontslag als statutair bestuurder dus geen enkel rechtsgevolg heeft gehad.

Eveneens illustratief is een recentere zaak waarin de verklaring van een bestuurder ter algemene vergadering dat hij zijn spullen komt inleveren, door het Hof Amsterdam niet wordt gezien als een opzegging. Het hof vindt dat de vennootschap op basis hiervan niet mocht aannemen dat de bestuurder beoogde ontslag te nemen.³²³

De vennootschap heeft, net als bij een gewone werknemer een onderzoeksplicht als de bestuurder zelf ontslag neemt.³²⁴ Een enkele keer is dit zelfs aangenomen in geval sprake was een managementovereenkomst waarbij de persoonlijke vennootschappen van de betrokkenen bestuurder waren.³²⁵

322 Visser 2005a.

323 Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:650 (*Dehaco*).

324 Rb. Den Haag (vzr.) 3 maart 2008 *JAR* 2008/87 (*SnowWorld*).

325 Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2009, *RO* 2009/65 (*Maveron/Copia*); zie ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2.2.

6.9 Beëindigingsovereenkomst

De arbeidsovereenkomst kan niet alleen eenzijdig eindigen, door opzegging of ontbinding, maar ook met wederzijds goedvinden. Werkgever en werknemer sluiten dan doorgaans een beëindigingsovereenkomst waarin de beëindiging wordt geregeld. De meest voorkomende onderwerpen zijn: datum einde dienstverband, invulling dienstverband tot aan het einde dienstverband en financiële afwikkeling (eindafrekening, beëindigingsvergoeding, afwikkeling aandelen- of optieplannen, eventuele leningen) en afspraken over postcontractuele verplichtingen zoals concurrentie(beding) en geheimhouding. De bedoeling van zo'n overeenkomst is dat partijen na uitvoering daarvan niets meer van elkaar hebben te vorderen. Vrijwel altijd wordt daarom finale kwijting afgesproken. Ook arbeids- (of opdracht)overeenkomsten met bestuurders eindigen vaak door een beëindigingsovereenkomst. De dubbele binding van de bestuurder komt op een aantal punten naar voren: (opnieuw) de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de kant van de vennootschap, de wijze waarop het bestuurderschap moet eindigen en de finale kwijting. Deze onderwerpen worden hieronder behandeld.

Volledigheidshalve merk ik op dat met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 in artikel 7:670b (nieuw) BW is opgenomen dat de beëindigingsovereenkomst schriftelijk moet zijn. Naar huidig recht is dat niet verplicht, hoewel beëindigingsovereenkomsten vrijwel altijd schriftelijk zijn. De in datzelfde artikel geïntroduceerde bedenktijd waarbinnen de werknemer zonder opgave van reden de beëindigingsovereenkomst kan ontbinden, geldt niet voor de bestuurder.³²⁶

6.9.1 Einde bestuurderschap

Het sluiten van een beëindigingsovereenkomst waarbij de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden³²⁷ wordt beëindigd, maakt op zichzelf geen einde aan het statutair bestuurderschap. Daarvoor is nodig dat ofwel het bevoegde orgaan alsnog een ontslagbesluit neemt, ofwel de bestuurder zijn functie neerlegt. Dat kan eenvoudig door in de overeenkomst op te nemen dat de bestuurder door ondertekening zijn statutaire positie per een bepaalde datum neerlegt. Spreken partijen daar niets over af en wordt evenmin een ontslagbesluit genomen, dan geldt dat uit de bedoeling van partijen doorgaans zal kunnen worden afgeleid dat de bestuurder zijn functie heeft neergelegd (dat is immers vormvrij, zie paragraaf 6.8.1 van dit hoofdstuk).

³²⁶ Zie over de achtergronden van deze uitzondering hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2.5.

³²⁷ In sommige beëindigingsovereenkomsten wordt ook nog een nadere beëindigingshandeling voor de arbeidsovereenkomst opgenomen, bijvoorbeeld een opzegging door de werknemer of een einde via een pro forma ontbinding door de rechter.

6.9.2 Bevoegd orgaan – vertegenwoordigingsbevoegdheid

Net als bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst³²⁸ is het de vraag welk orgaan bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen bij het aangaan van de beëindigingsovereenkomst. Ook hier komen meerdere organen in aanmerking omdat de beëindigingsovereenkomst verschillende soorten afspraken bevat.

De bevoegdheid afspraken te maken over het neerleggen van het bestuurderschap past bij het orgaan dat tot ontslag is bevoegd, hoewel strikt genomen geen sprake is van ontslag door de vennootschap, tenzij onderdeel van de afspraken is dat de vennootschap alsnog een ontslagbesluit zal nemen om het einde van het bestuurderschap te bewerkstelligen.³²⁹

Het bestuur komt in aanmerking op basis van artikel 2:130 (240) BW voor zover de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet wettelijk beperkt is. Die wettelijke beperking is er wel als het gaat om de beëindigingsvergoeding die immers onder bezoldiging valt.³³⁰ De Rechtbank Maastricht³³¹ heeft geoordeeld dat het tot ontslag bevoegde orgaan ook bevoegd is de beëindigingsvergoeding vast te stellen omdat het ontslagbesluit nu eenmaal ook de arbeidsrechtelijke relatie beëindigt en dus ook de gevolgen daarvan mag regelen. Dat oordeel houdt geen rekening met artikel 2:135 jo 2:383c lid 1 onder c BW waaruit duidelijk blijkt dat uitkeringen bij einde dienstverband onder bezoldiging vallen en dus moeten worden vastgesteld door het orgaan dat bevoegd is bezoldiging vast te stellen.

Afspraken over postcontractuele verplichtingen zoals een concurrentiebeding vallen niet onder de definitie van bezoldiging. Doorgaans zal echter in de statuten zijn bepaald dat het bevoegde orgaan tot vaststelling van de bezoldiging de arbeidsvoorwaarden vaststelt. Dat leidt ertoe dat in ieder geval het bestuur niet bevoegd is een bestuurder uit zijn concurrentiebeding te ontheffen, zo heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld.³³²

Langs die redenering is het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging vast te stellen, bevoegd de meeste afspraken in de beëindigingsovereenkomst te maken. Is artikel 2:135 BW van toepassing, dan zullen deze afspraken moeten passen in het bezoldigingsbeleid. Uitzondering is mijns inziens de decharge. Spreken partijen finale kwijting

328 Zie uitgebreid hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.2.3 over het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst.

329 Doorgaans zal aan het sluiten van de beëindigingsovereenkomst een voornemen tot ontslag van het bevoegd orgaan zijn voorafgegaan, al dan niet in de vorm van een uitnodiging voor de algemene vergadering van aandeelhouders.

330 Vgl. hoofdstuk 5, paragraaf 2.

331 Rb. Maastricht 20 juni 2012, *JOR* 2012/281 (*Wolder Beheer BV*). Het betrof een beëindigingsovereenkomst waarbij de vennootschap is vertegenwoordigd door de vertrekkende bestuurder zelf.

332 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, *JAR* 2013/105 (*Nocado/Bijlsma*). Het gaat in deze zaak niet om een beëindigingsovereenkomst maar een bestuurder die eenzijdig zijn functie neerlegt en zichzelf, als vertegenwoordiger van de vennootschap, ontheft van het tussen partijen geldende concurrentiebeding. Het hof kwalificeert dit als een nietig besluit tot ontheffing (want door een onbevoegd orgaan genomen).

af, dan zal de bestuurder doorgaans ook iets opgenomen willen zien over decharge. Met een dechargebesluit ontslaat de vennootschap de bestuurder van interne aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van ernstig verwijtbaar gedrag zoals uit de jaarstukken blijkt of ter jaarvergadering is meegedeeld.³³³ Het gaat dus om de interne aansprakelijkheid van de bestuurder op basis van feiten en omstandigheden die al bekend zijn. Uitsluitend de algemene vergadering is bevoegd een besluit tot decharge te nemen.³³⁴ In de praktijk wordt in de beëindigingsovereenkomst meestal een bepaling opgenomen waarin de vennootschap toezegt het bevoegde orgaan te verzoeken bij de eerste gelegenheid decharge te verlenen.

Gelet op het bovenstaande ligt het voor de hand aan te nemen dat het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging vast te stellen ook bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. Is eenmaal een beëindigingsovereenkomst gesloten, dan kan het bevoegde orgaan daar niet op terugkomen door vervolgens besluiten te nemen die afwijken van hetgeen is afgesproken.³³⁵ De gemaakte afspraken kunnen, net als bij de bezoldiging, niet worden doorkruist door andersluidende besluiten zolang de bestuurder er op mocht vertrouwen dat de vennootschap juist is vertegenwoordigd bij het besluiten van de beëindigingsovereenkomst.³³⁶

6.9.3 Finale kwijting

In de vorige paragraaf is al gewezen op de decharge als onderdeel van de finale kwijting. Daarnaast kan, indien artikel 2:135 BW van toepassing is, nog de vraag worden gesteld of de aanpassingsbevoegdheid en terugvorderingsbevoegdheid op grond van de leden 6 en 8 via de finale kwijting kan worden uitgesloten. Met Vestering³³⁷ ben ik van oordeel dat dit mogelijk is. Partijen beogen met de beëindigingsovereenkomst immers alle losse eindjes af te handelen en doorgaans heeft de finale kwijting een alomvattende strekking.

6.10 Bevoegde rechter

Artikel 2:131 (241) BW bepaalt welke rechter absoluut en relatief bevoegd is kennis te nemen van geschillen tussen een bestuurder en de vennootschap. De regeling lijkt eenvoudig en leidt in de praktijk niet vaak tot problemen. De bepaling is desalniettemin interessant omdat bij nadere bestudering het dubbelslachtige karakter van de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap naar voren komt.

333 Orsel 2007 en HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma (*Staleman/Van de Ven*) r.o. 3.4.1. Met de inwerkingtreding van de regels omtrent de flex-BV (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht d.d. 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 299) per 1 oktober 2012, is in artikel 2:210 lid 5 BW voor de BV bepaald dat indien alle aandeelhouders bestuurder zijn, het ondertekenen van de jaarrekening door alle bestuurders tevens geldt als vaststelling van de jaarrekening. In datzelfde lid is bepaald dat de vaststelling tevens strekt tot decharge, tenzij dit in de statuten is uitgesloten.

334 Vgl. Orsel 2007, paragraaf 5.1.

335 Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 m.nt. Nowak (*Kekk/Delfino*) en Hof Amsterdam 31 oktober 2012, *JOR* 2014/158 m.nt. Nowak (*De Wildt/RBOC*).

336 Rb. Utrecht 22 september 2010, *JAR* 2011/9 (*Kortenhorst/Connexion*).

337 Vestering 2014.

6.10.1 Absolute competentie

Voor de bestuurder gelden via artikel 2:131 (241) BW de 'gewone' competentieregels: de afdeling civiel van rechtbank is bevoegd kennis te nemen van vorderingen die een onbepaald belang hebben dan wel een belang van € 25.000 of meer. Artikel 93 RV, waarin is bepaald dat zaken betreffende een arbeidsovereenkomst door de kantonrechter worden behandeld, is dus niet van toepassing op bestuurders, ook al hebben zij een arbeidsovereenkomst met de vennootschap. Ook als sprake is van een kort geding, moet de voorzieningenrechter worden aangezocht en niet de kantonrechter als voorzieningenrechter.

Ontbindingsverzoekschriften worden krachtens de bevoegdheidsbepalingen in Boek 2 BW eveneens voorgelegd aan de rechtbank en niet aan de kantonrechter. Deze laatste regel is ingevoerd in 1984 omdat tot dan toe in de praktijk onduidelijkheid bestaat over de vraag of de afwijkende competentieregeling van Boek 2 BW ook voor verzoekschriftprocedures geldt.³³⁸ Het artikel spreekt immers expliciet van 'rechtsvorderingen'. Uit de memorie van toelichting³³⁹ blijkt dat sprake is van een specifieke uitzondering voor ontbindingsverzoekschriften. Andere verzoekschriften (naar ik aanneem, betrekking hebbend op de arbeidsovereenkomst) blijven wel onder de absolute competentie van kantonrechter vallen. De memorie verwijst expliciet naar een verzoekschrift op grond van artikel 7:643 BW (politiek verlot). Gedacht kan ook worden aan verzoekschriften op grond van 7:670a BW (toestemming voor opzegging). Het is niet waarschijnlijk dat een bestuurder lid is geweest van een ondernemingsraad (uiteeraard voordat hij bestuurder was). Het is iets minder onwaarschijnlijk dat een bestuurder een deskundige werknemer/persoon is als bedoeld in artikel 13 of 14 Arbeidsomstandighedenwet, voor wie eveneens geldt dat voorafgaande toestemming nodig is voor opzegging. Zo'n verzoekschrift zou dan moeten worden voorgelegd aan de kantonrechter, terwijl een verzoekschrift tot ontbinding van de overeenkomst met dezelfde bestuurder/werknemer moet worden voorgelegd aan de afdeling privaatrecht van de rechtbank.

De op het oog eenvoudige bevoegdheidsbepaling heeft in 1995 geleid tot een cassatie in het belang der wet.³⁴⁰ De besloten vennootschap Atlantic Nominee BV ontslaat haar bestuurder Van den Elshout in een algemene vergadering als bestuurder en verzoekt vervolgens de Rechtbank Haarlem de nog bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden. De rechtbank verklaart zich onbevoegd omdat het ontslagbesluit meebrengt dat de hoedanigheid van bestuurder ophoudt te bestaan, zodat het ontbindingsverzoek niet een overeenkomst betreft met een bestuurder van een vennootschap maar enkel een overeenkomst met een werknemer niet-bestuurder. Procureur-generaal Ten Kate stelt cassatie in het belang der wet. Achtergrond is dat sinds het arrest *Levison/MAB*³⁴¹ – waarin is bepaald dat de arbeidsverhouding kan voortduren

338 Wet van 10 maart 1984, *Stb.* 1984, 97.

339 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 620, nr. 3, p. 7.

340 HR 17 november 1995, *NJ* 1996, 142 (*Atlantic Nominees/Van den Elshout*) en *TVVS* 1996/1 m.nt. LT.

341 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*).

na het vennootschapsrechtelijke ontslag – op verschillende wijzen uitleg is gegeven aan de competentieregeling van artikel 2:241 BW. Enerzijds bestaat de opvatting dat een gewezen bestuurder een gewone werknemer is en dus de gewone competentieregels gelden en de kantonrechter bevoegd is.³⁴² Anderzijds is betoogd dat ook in dat geval de rechtbank absoluut bevoegd blijft.³⁴³

De procureur-generaal is van oordeel dat artikel 2:241 BW niet gaat over de functie van de werknemer ten tijde van de procedure, maar dat het artikel ziet op de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap. Het vennootschapsrechtelijk ontslag verandert de arbeidsovereenkomst niet. De Hoge Raad volgt de P-G, r.o. 3.2:

“Indien, zoals de Rechtbank in dit geval op grond van het door de vennootschap gestelde tot uitgangspunt heeft genomen, het door de algemene vergadering van aandeelhouders genomen ontslagbesluit de hoedanigheid van bestuurder maar niet de arbeidsovereenkomst heeft doen eindigen, volgt hieruit niet dat een op deze overeenkomst betrekking hebbende rechtsvordering of ontbindingsverzoek niet meer zou gelden als een vordering of verzoek betreffende de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder in de zin van art. 2:241. Ook wanneer het ontslagbesluit van de algemene vergadering wèl de beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder meebrengt, zoals het geval zal kunnen zijn als niet een aan die beëindiging in de weg staand verbod, zoals dat van art. 7A:1639h lid 3 (zie HR 13 november 1992, NJ 1993, 265), van toepassing is, dient een rechtsvordering die betrekking heeft op rechten of verplichtingen die voortvloeien uit de beëindigde overeenkomst, te worden aangemerkt als een rechtsvordering als bedoeld in art. 2:241.”

Ook geschillen tussen de gewezen bestuurder en de vennootschap moeten dus worden voorgelegd aan de afdeling civiel, en niet aan de kantonrechter.³⁴⁴ Dit kan – afhankelijk van de vordering of het verzoek – omslaan. De arbeidsovereenkomst met een bestuurder die al zes en half jaar bestuurder af was en wiens arbeidsovereenkomst na het einde van het bestuurderschap heeft voortgeduurd, moet worden ontbonden door de kantonrechter, en niet door de afdeling civiel. Het Hof Leeuwarden³⁴⁵ bevestigt in deze zaak de hoofdregel uit het Atlantic Nominees arrest, maar overweegt dat in dit geval – waarin partijen zijn overeengekomen de arbeidsovereenkomst voort te zetten na het ontslagbesluit – geldt dat er geen rechtens relevante band meer is tussen het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst zodat de sector kanton de bevoegde rechter is. Duk³⁴⁶ heeft erop gewezen dat in zo'n situatie (de bestuurder is gewoon werknemer geworden) de bestuurder een claim kan hebben die nog dateert uit de periode dat hij bestuurder was (bijvoorbeeld een loonvordering uit die periode). Is in

342 Vgl. Christe 1993 en Scholtens 1993.

343 Vgl. Van Schilfgaarde 1993.

344 Vlg. Ktr. Utrecht 4 januari 1995, *JAR* 1995/62 (*Holthaus/Nutrecon*) en Rb. Oost-Nederland 30 januari 2013, *RAR* 2013/68 (*X./B.V.*).

345 Hof Leeuwarden 18 oktober 2011, *JAR* 2011/314 (*Kers/De Heks*). In iets andere zin Hof Amsterdam 4 januari 2001, *JAR* 2001/109 (*Van Straaten/Vehreschild*). In deze zaak is ook sprake van een gewezen bestuurder die op een totaal dienstverband van ongeveer tien jaar slechts zes maanden statutair bestuurder is geweest. De kantonrechter heeft zich terecht bevoegd verklaard.

346 Duk 2006, p. 87/88.

dat geval de rechtbank of de kantonrechter bevoegd? Duk neigt ernaar aan te sluiten bij de laatste hoedanigheid van de werknemer en de kantonrechter bevoegd te achten, ook voor oude claims. Dat lijkt mij inderdaad de meest werkbare optie.

De omgekeerde situatie is ook aan de orde geweest: de bestuurder is eerst een gewone werknemer geweest en later bestuurder geworden. In een oudere uitspraak³⁴⁷ is wel geoordeeld dat in dat geval de kantonrechter bevoegd was. In die zaak werd het ontslagbesluit ook losgekoppeld van het einde van de arbeidsovereenkomst en lijkt mij alleen al daarom achterhaald. Ook als de bestuurder eerst gewoon werknemer is geweest en later bestuurder is geworden, is de rechtbank de bevoegde rechter op grond van artikel 2:131 (241) BW, ook voor oudere claims uit de periode dat er nog geen bestuurderschap was.

Is de bestuurder in dienst van een andere (groeps)vennootschap, dan is de kantonrechter wel bevoegd en geldt 2:131 (241) BW niet.³⁴⁸

Het gaat nog wel eens fout. Zou overwoog de kantonrechter Roermond dat hij bevoegd was te oordelen over een kennelijk onredelijk ontslagvordering omdat dat geen rechtsvordering betreffende de overeenkomst tussen vennootschap en bestuurder als bedoeld in artikel 2:241 is, maar uitsluitend arbeidsrechtelijke aspecten betreft. Deze uitspraak is onjuist.³⁴⁹

Interessant is de situatie waarin de bestuurder, na een ontslagbesluit, betwist dat hij bestuurder was omdat er geen benoemingsbesluit was (vgl. hoofdstuk 4, paragraaf 4.3). Heeft de bestuurder gelijk, dan maakt het ontslagbesluit geen einde aan de arbeidsovereenkomst. Het betreft dan immers een vernietigbare opzegging wegens het ontbreken van toestemming van het UWV. De vennootschap die het risico wil beperken dat de arbeidsovereenkomst doorloopt, kan een ontbinding voor zover vereist vragen. Mocht blijken dat de bestuurder gelijk had, dan eindigt de arbeidsovereenkomst in ieder geval door de ontbindingsbeschikking.³⁵⁰ In dat geval is de kantonrechter bevoegd van het ontbindingsverzoek kennis te nemen. De voorwaarde waaronder het verzoekschrift is ingediend is namelijk dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat en de bestuurder dus een gewone werknemer was.³⁵¹

347 Ktr. Amsterdam 21 juni 1994, *JAR* 1994/175 (*Crédit Lyonnais*).

348 Vgl. Ktr. Helmond 12 juni 1998, *JAR* 1999/47 (*Vendex*); Rb. Utrecht (ktr.) 28 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF2256 (*Scantech*); Rb. Amsterdam (ktr.) 21 september 2012, *RAR* 2012/162 (*GVB*).

349 Ktr. Roermond 2 februari 2011, *JAR* 2011/85 (*Aqua Terra*). Wel juist: Rb. Oost-Nederland 30 januari 2013, *RAR* 2013/68 (*X./BV*).

350 Aange tekend moet worden dat na inwerkingtreding van de Wwz van de ontbindingsbeschikking hoger beroep kan worden ingesteld, zodat volledige duidelijkheid niet onmiddellijk is bereikt. Vgl. Van der Kind 2014

351 Zie voor een voorbeeld: Rb. Oost-Nederland (ktr.) 20 maart 2013, *JAR* 2013/131 m.nt. Wiersma (*Sensient/Broekhuis*).

Wordt de verkeerde afdeling aangezocht dan bepaalt artikel 71 Rv dat de rechter, op verzoek van partijen of ambtshalve moet doorverwijzen. Ook in kort geding moet worden doorverwezen (artikel 71 jo 110 Rv).³⁵² Tegen de verwijzingsbeslissing staat geen hoger beroep open en de rechter naar wie is verwezen is aan de verwijzing gebonden (artikel 71 lid 5 Rv). De vraag of verwijzing nodig is, beoordeelt de rechter, voor zover daarvoor het onderwerp van het geschil bepalend is, aan de hand van zijn voorlopig oordeel over het onderwerp van het geschil, zo bepaalt lid 3 van artikel 71 Rv. Bij geschillen die betrekking hebben op de bestuurder zal vaak bepalend zijn of wel of er wel of geen benoemingsbesluit is. Deze vraag is niet alleen belangrijk voor de competentie, maar ook voor het uiteindelijke niveau van ontslagbescherming. Omdat sprake is van een voorlopig oordeel, is de rechter naar wie is verwezen niet gebonden aan de inhoud van dat voorlopige oordeel (wel aan de verwijzing zelf).³⁵³

6.10.2 Relatieve competentie

Artikel 2:131 (241) BW geeft ook een bijzondere regeling voor de relatieve competentie: de bevoegde rechtbank om kennis te nemen van een geschil tussen bestuurder en vennootschap is de rechtbank binnen welk rechtsgebied *de vennootschap* woonplaats heeft. Dit is een uitzondering op de gewone regels voor relatieve competentie als het gaat om vorderingen uit een arbeidsovereenkomst (inclusief de relatieve bevoegdheid in een verzoekschriftprocedure ex artikel 7:685 BW).³⁵⁴ De gewone arbeidsrechtelijke bevoegdheidsregels luiden als volgt. Hoofregel is dat de woonplaats van de gedaagde (of verweerder) bepalend is (artikel 99 Rv). Mede bevoegd is de rechter in de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht (artikel 100 Rv). Een forumkeuze in een arbeidsrechtelijk geschil is alleen geldig als deze is gemaakt na het ontstaan van het geschil, of als de werknemer zich wendt tot de bij de forumkeuze aangewezen rechter (artikel 108 lid 2 Rv).

De regel van artikel 2:131 (241) BW sluit aan bij artikel 105 Rv, waarin de rechter van de woonplaats/vestigingsplaats van de vennootschap mede de bevoegde rechter is om kennis te nemen van zaken betreffende de geldigheid, nietigheid of rechtsgevolgen van besluiten.³⁵⁵

352 Vgl. Hof Amsterdam 1 maart 2007, *JAR* 2007/106 (*MetierPlancon*). Het hof liet een uitspraak van de Rb. Haarlem ((ktr. vzr.) 19 september 2006, *JAR* 2006/256 (*Metier Plancon*)) die de vordering afwees in plaats van door te verwijzen op grond van art. 71 Rv, niet in stand.

353 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 34-35. Vgl. Hof Den Bosch 10 april 2007 ECLI:NL:GHSHE:2007:BA3432 (*X/Y*), r.o. 4.5. Het ging hier niet om een statutair bestuurder maar wel om de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat of niet. In vergelijkbare zin, wel over een statutair bestuurder: Rb. Haarlem 18 mei 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM4921 (*Hostway*). Anders, en naar mijn oordeel onjuist: Rb. Rotterdam (vzr.) 27 februari 2014 (*Van Keulen/Q-Shipping*), *RAR* 2014/83 en *JAR* 2014/96.

354 Artikel 7:685 lid 3 BW bepaalt dat de artikelen 99, 100, 107-109 Rv van toepassing zijn op een ontbindingsverzoek. Artikel 262 Rv, dat de relatieve competentie voor verzoekschriftprocedures regelt, is dus niet van toepassing op ontbindingsverzoeken. Na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 is dit geregeld in artikel 7:686a lid 9 (nieuw).

355 Deze alternatieve bevoegdheid ex artikel 105 Rv geldt ook als een derde wil procederen over een besluit van (een orgaan van) de vennootschap, zie HR 30 november 2007, *JOR* 2008/9 m.nt. De Haan (*Sjarbaini/Audilux*). Het betrof in die zaak overigens een benoemingsbesluit.

De relatieve competentie leidt vrijwel nooit tot problemen. Dat is anders als sprake is van een internationale component. Is sprake van een arbeidsovereenkomst met een werknemer die in het buitenland woont, dan is de Nederlandse rechter niet altijd bevoegd van een geschil met betrekking tot die arbeidsovereenkomst kennis te nemen. Is er geen verdrag van toepassing, dan heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht in een arbeidsrechtelijk geschil indien de gedaagde in Nederland woont (in een dagvaardingsprocedure, artikel 2 Rv) of indien de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht of laatstelijk in Nederland werd verricht (artikel 6 sub b Rv). Vennootschapsrechtelijke geschillen over o.a. de geldigheid of de nietigheid van besluiten kunnen ook aan de Nederlandse rechter worden voorgelegd als de vennootschap in Nederland is gevestigd (artikel 6 onder h Rv).

Doorgaans is er echter een verdrag of andere internationale regeling die de bevoegde rechter aanwijst. De belangrijkste regeling op dit gebied is de EEX-verordening.³⁵⁶ Daarin is bepaald dat indien de werkgever de procedure start, hij de werknemer alleen in rechte kan betrekken in het woonland van de werknemer, tenzij sprake is van een tegenvordering. In dat geval kan de tegenvordering worden ingediend bij het gerecht waar de oorspronkelijke vordering is ingediend (artikel 20 EEX-verordening).³⁵⁷ Een forumkeuze is geldig als de afspraak is gemaakt na het ontstaan van het geschil of indien de forumkeuze de werknemer een alternatief forum biedt, naast het forum dat bevoegd is op grond van de verordening (artikel 21 EEX-verordening).³⁵⁸ Deze regeling is met name problematisch voor de ontbindingspraktijk: een ontbindingsverzoek indienen als de werknemer in een ander land woont, zal in dat land moeten gebeuren. Vooral bij grensarbeiders is dit onpraktisch. De ontbindingspraktijk speelt bij bestuurders eigenlijk alleen een rol als sprake is van een opzegverbod. Woont de bestuurder in het buitenland, dan zal de vennootschap het ontbindingsverzoek daar moeten indienen (indien de EEX-verordening van toepassing is).

Is sprake van een opzegging, dan zal de bal bij de bestuurder liggen om te gaan procederen op basis van een kennelijk onredelijk ontslagvordering (artikel 7:681 BW) of, naar nieuw recht, om een billijke vergoeding te verkrijgen (ex artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW). De werknemer heeft dan op grond van artikel 19 EEX-Verordening³⁵⁹ de keuze tussen de plaats waar de werkgever zijn woonplaats heeft, de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of de laatste plaats waar hij gewoonlijk heeft gewerkt en de plaats waar de vestiging zich bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.

356 Verordening 44/2001, *PbEG* 2001, L 12. Tot 1 maart 2002 was dit het EEX-Verdrag (Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handzaken, Brussel 7 september 1968, *PbEG* 1969,101). Met ingang van 10 januari 2015 is de EEX-verordening vervangen door Verordening (EU) nr. 1215/2012, *PbEU* 2012, L 351.

357 Artikel 22 Verordening (EU) 1215/2012.

358 Artikel 23 Verordening (EU) 1215/2012.

359 Artikel 21 Verordening 1215/2012.

Kiest de werknemer ervoor ook het ontslagbesluit langs de vennootschapsrechtelijke weg aan te vechten door het ontslagbesluit te vernietigen of zich te beroepen op de nietigheid daarvan, dan is het de vraag welke rechter bevoegd is kennis te nemen van een dergelijke vordering. Op basis van artikel 22 lid 2 EEX-verordening³⁶⁰ is dat het gerecht van het land waar de vennootschap is gevestigd.³⁶¹ Daar is dus minder keuze voor bestuurder dan wanneer het gaat om de arbeidsrechtelijke vordering.

Welke regeling toepassing vindt, hangt dus af van de vraag op welke rechtsbetrekking de eisende partij zich beroept, de vennootschapsrechtelijk of de contractuele.³⁶²

Problematisch kan het voor de vennootschap worden als zij een aansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder wil starten. Doorgaans worden er dan meerdere grondslagen gekozen: zowel schending van artikel 2:9 BW als op grond van artikel 7:661 BW. Zou de vennootschap tegen een gewone werknemer procederen dan zouden de bevoegdheidsregels ex artikel 20 en 21 EEX-verordening gelden en zal de vennootschap de zaak aanhangig moeten maken in het land waar de werknemer woont. Hoe zit dat met een vordering ex artikel 2:9? Dit is geen vordering waarop artikel 22 EEX-verordening van toepassing is, maar een vordering uit overeenkomst of uit onrechtmatige daad. Hierover kan verschillend worden gedacht. Ik wijs op het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2014 waarin hierover prejudiciële vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie.³⁶³ De Hoge Raad heeft eveneens een prejudiciële vraag gesteld over de verhouding tussen afdeling 5 EEX-verordening (*bevoegdheid voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst*) en artikel 5 EEX-verordening³⁶⁴ waarin de bevoegdheid is gegeven voor geschillen die zien op verbintenissen uit overeenkomst (lid 1) of uit onrechtmatige daad (lid 3). De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.8.3 dat de achtergrond van afdeling 5 EEX-verordening is dat de werknemer als zwakkere partij wordt beschermd. Onder verwijzing naar het *Glaxosmithkline/Rouard*-arrest³⁶⁵ waarin is bepaald dat artikel 6 EEX-verordening geen toepassing vindt in geschillen die vallen binnen afdeling 5 EEX-verordening, vraagt de Hoge Raad zich af of afdeling 5 niet ook in deze casus moet voorgaan op

360 Artikel 24 lid 2 Verordening 1215/2012.

361 De verordeningen hanteren een verdragsautonoom begrip van woonplaats, behalve als het gaat om de vestiging van een rechtspersoon. De laatste volzin van artikel 22 (24) lid 2 EEX-verordening (Verordening 1215/2012) bepaald dat de vestigingsplaats moet worden bepaald aan de hand van het IPR van de aangezochte rechter.

362 Zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam 22 november 2011, *JOR* 2012/174 m.nt. Veder (*Cancun/Equity Trust*) waarin het hof oordeelt dat het bevoegd is kennis te nemen van een vordering tegen een in Spanje woonachtige bestuurder met betrekking tot de afgifte van stukken. De verplichting om de stukken af te geven vloeit volgens het hof voort uit de (opdracht) overeenkomst tussen partijen en dus is op grond van artikel 5 EEX-verordening de rechter het land waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd, bevoegd van het geschil kennis te nemen.

363 HR 24 januari 2014, *JOR* 2014/191 m.nt. Veder (*Holterman/Spies*).

364 Artikel 7 Verordening 1215/2012.

365 HvJ EU 22 mei 2008, *NJ* 2009, 393 (*Glaxosmithkline/Rouard*).

artikel 5 EEX-verordening.³⁶⁶ Er is op het moment van afsluiting van dit onderzoek³⁶⁷ nog geen conclusie van de advocaat-generaal over deze vragen.

6.10.3 Arbitrage

Aandacht verdient nog de situatie waarin bestuurder en vennootschap arbitrage zijn overeengekomen. Het staat partijen bij een arbeids- of opdrachtovereenkomst vrij af te spreken dat geschillen over die overeenkomst worden beslecht via arbitrage. Een arbitragebeding kan ook zien op ontbindingsverzoeken ex artikel 7:685 BW en, na inwerkingtreding van de Wvz, ex artikel 7:671 b en 671 c (nieuw) BW. Is de werknemer bestuurder dan geldt daarbij een complicerende factor. De Hoge Raad heeft in 2006³⁶⁸ geoordeeld dat de vernietiging van besluiten van rechtspersonen niet tot de vrije beschikking van partijen staat en bovendien jegens eenieder werkt. Daarmee is het aan de overheidsrechter voorbehouden om over die vernietiging te oordelen en kan dat niet aan arbiters worden overgelaten.

Is sprake bijvoorbeeld van een ontslagbesluit terwijl een arbitrage beding is afgesproken, dan vindt een splitsing plaats: wil de bestuurder een nietigheidssanctie tegen het ontslagbesluit inroepen wegens vennootschapsrechtelijke gebreken (vgl. paragraaf 6.3 van dit hoofdstuk), dan zal hij dat bij de overheidsrechter moeten doen. Wil de bestuurder een arbeidsrechtelijke procedure starten, dan kan dat onder het arbitraal beding.³⁶⁹ Dit illustreert goed de dubbele rechtsbetrekking: beide kanten van de rechtsbetrekking worden door het eigen (proces)recht geregeerd.

6.11 Overgang van onderneming

6.11.1 Inleiding

Boek 7, titel 10, afdeling 8 BW beschermt werknemers bij een overgang van onderneming.³⁷⁰ Is sprake van een overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW,³⁷¹ dan

366 Zie hierover kritisch annotator Arons bij HR 24 januari 2014, *Ondernemingsgecht* 2015/64 m.nt. Arons, die meent dat uit de 'algemeen aanvaarde prioriteit die aan de vennootschapsrechtelijke verhouding wordt gegeven' volgt dat het onaanvaardbaar zou zijn dat beide vordering (ex artikel 2:9 en 7:661 BW) voor een arbeidsrechtelijk forum gebracht zouden moeten worden.

367 1 februari 2015.

368 HR 10 november 2006, *NJ* 2007, 561 m.nt. Snijder (*Groenselect*). Dit oordeel is bevestigd en verijnd in HR 26 november 2010, *NJ* 2011, 55 m.nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*) Zie over deze arresten ook Van Slooten 2011.

369 Zie voor een voorbeeld waarin wel sprake is van een statutair bestuurder maar niet van een geschil dat niet ter vrije beschikking van partijen staat (namelijk het vorderen van commissiebetalingen op grond van de tussen partijen geldende overeenkomst) Rb. Amsterdam 11 juli 2013, *JAR* 2013/242 (*Options Express*). In die zaak was het arbitraal beding gewoon geldig.

370 Zie uitgebreid over overgang van onderneming Beltzer 2008a en Holtzer 2013.

371 Hiervan is kort gezegd sprake als de vervreemder een economische eenheid met behoud van identiteit overdraagt aan een ander, de verkrijger. Is sprake van koop, dan moet het gaan om een activa-passiva transactie. Bij een aandelentransactie speelt overgang van onderneming niet. De rechtspersoon krijgt een andere eigenaar, maar blijft werkgever van de werknemers en er is geen effect op de arbeidsrelatie. Overgang van onderneming kan ook aan de orde zijn bij o.a. pacht, huur, uitbesteding of her-aanbesteding.

gaan werknemers van rechtswege over naar de verkrijger, met behoud van al hun rechten en verplichtingen. Alle werknemers die in dienst zijn van de vervreemder gaan mee over. Wordt een deel van de onderneming overgedragen, dan gaan de werknemers die in dienst zijn van de vervreemder³⁷² en behoren tot het onderdeel dat overgaat, mee over. De overgang van de arbeidsovereenkomst vindt van rechtswege plaats en de verkrijger treedt als het ware in de plaats van de vervreemder.³⁷³ Een werknemer die weigert mee over te gaan, verliest zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder.³⁷⁴ Als de overgang een nadelige wijziging van omstandigheden voor de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst daarom wordt ontbonden,³⁷⁵ is dat een ontbinding met een reden die voor rekening van de werkgever komt. Ten slotte geldt een opzegverbod wegens overgang van onderneming (artikel 7:670 lid 8 BW).³⁷⁶

6.11.2 Positie bestuurder na overgang

In Europese en nationale rechtspraak is uitgemaakt dat de statutair bestuurder met een arbeidsovereenkomst een beroep toekomt op de bescherming van artikel 7:663 e.v.³⁷⁷ Ook duidelijk is dat de statutaire band niet mee overgaat naar de verkrijger. Een bestuurderschap kan immers alleen tot stand komen op bij wet voorgeschreven wijzen en overgang van onderneming hoort daar niet bij.³⁷⁸

De eerste vraag die zich voordoet is wat de inhoud is van de arbeidsovereenkomst die mee over gaat. Welke functie gaat de bestuurder bekleden bij de vervreemder nu hij zijn bestuurderschap niet meeneemt?

372 Ook werknemers die in dienst zijn bij een personeelsvereniging en tewerkgesteld zijn bij het onderdeel dat overgaat, gaat mee over, HR 5 april 2013 *JAR* 2013/125, *JOR* 2013/197 (*Albron*).

373 Zie Van Straalen 1999, p. 138 die ook verwijst naar Verslag van de Commissie aan de Raad van 24 november 1982 (V/949/82-NL), p. 28. Daarin wordt de overgang technisch een subrogatie genoemd waarbij de rechten en plichten van de vervreemder overgaan op de verkrijger. Beltzer noemt het een algemene vermogensovergang zonder dat sprake is van een overgang onder algemene titel, Beltzer 2008a p. 95.

374 De arbeidsovereenkomst met de vervreemder eindigt van rechtswege: HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/240 (*De Waterlijn*) en HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/152 (*Van Vuuren*). Het spreekt voor zich dat de werknemer voldoende geïnformeerd moet zijn over de overgang van onderneming. Zoals altijd, mag niet te lichtvaardig worden aangenomen dat een werknemer rechten opgeeft: HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183 en Hof Arnhem 26 april 2011, *JAR* 2011/170 (*Bos/Pax*).

375 Door werkgever (vervreemder/verkrijger) of door werknemer en voor of na de overgang – artikel 7:665 BW.

376 Dit verbod geldt voor de vervreemder en de verkrijger. Het moet gaan om een ontslag dat uitsluitend is gestoeld op de overgang.

377 HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 211 m.nt. PAS, *JAR* 1993/244 (*Mooij Verf/De Waard*) en HvJ EG 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907 (*Mikkelsen*). Ook de Centrale Raad van Beroep heeft in gelijke zin geoordeeld: CRvB 24 mei 1988, *RSV* 1989, 23 (*S./Bedrijfsvereniging*).

378 Zie bijvoorbeeld: Rb. Zutphen (ktr.) 28 februari 2008, *JAR* 2008/177 (*Fassin*), Rb. Amsterdam (ktr.) 22 november 2007, *JAR* 2008/23 (*Hypo/Oostmeijer*), Ktr. Harderwijk 29 maart 1993, *JAR* 1993/106 (*Besseling/Natufood*). Anders, maar niet leidend en bekritiseerd: Rb. Rotterdam (vzr.) 24 april 1997, *JAR* 1997/118 (*Spido*), waarover terecht kritisch o.m. Huizink 1997 en Verburg 2010.

Instructief is het al wat oudere arrest *Mooij Verf/De Waard*.³⁷⁹ De Waard is in dienst van Tollens Alkmaar BV als vestigingsmanager en statutair bestuurder. De onderneming van Tollens Alkmaar BV wordt overgedragen aan Mooij Verf B.V. Mooij Verf en De Waard bereiken geen overeenstemming over de taken die De Waard moet gaan vervullen. De Waard verzoekt de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding. De kantonrechter wijst dit toe. Vervolgens procederen partijen tot aan de Hoge Raad over de vraag of (a) de kantonrechter bevoegd was en niet de rechtbank en (b) of er wel een arbeidsovereenkomst bestond tussen De Waard en Mooij Verf. De Hoge Raad oordeelt dat de beschermende bepalingen bij overgang van onderneming ook van toepassing zijn op een statutair bestuurder die een arbeidsovereenkomst heeft. De Waard heeft dus een arbeidsovereenkomst met de verkrijger. De kantonrechter is bevoegd om de arbeidsovereenkomst tussen De Waard en verkrijger Mooij Verf te ontbinden omdat De Waard in zijn verzoek niet heeft gesteld dat hij als bestuurder bij Mooij Verf in dienst was. De Hoge Raad overweegt dan het volgende (r.o. 3.4):

“Niet valt immers in te zien waarom De Waard, die er geen aanspraak op maakte als bestuurder te worden beschouwd, zijn functie als vestigingsmanager niet zou kunnen blijven uitoefenen, terwijl in het geval waarin behoud van de voorheen uitgeoefende taken niet mogelijk is – Mooij beschikte al over een andere filiaalchef – en overleg over ander passend werk niet tot resultaat leidt, een ontbindingsprocedure voor de kantonrechter de voor de hand liggende weg is om tot een oplossing te komen, waarbij – anders dan uitgangspunt van voormeld betoog van Mooij is – zonder belang is of De Waard al of niet bestuurder bij Tollens Alkmaar BV was.”

Heeft een bestuurder naast het bestuurderschap andere taken, of is het bestuurderschap niet wezenlijk voor zijn rol, zo lees ik deze uitspraak, dan kan de werknemer aanspraak maken op zijn taken bij de vervreemder. Zijn die taken er niet, dan dient overlegd te worden over passend werk.

In 2009 heeft het Europees Hof³⁸⁰ geoordeeld over de vraag op welke functie een werknemer (in deze zaak een afdelingshoofd) na de overgang aanspraak kan maken. Het Hof overweegt:

“Wanneer het eventueel volstrekt niet mogelijk is om bij een overgang een werknemer in de door de verkrijger ingevoerde organisatorische structuur een functie aan te bieden die gelijkwaardig is aan die welke hij bij de vervreemder vervulde, en deze situatie leidt tot een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer, moet zij eveneens worden gelijkgesteld met een verbreking van de arbeidsovereenkomst door toedoen van de werkgever in de zin van deze bepaling [bedoeld wordt art. 4 lid 2 Richtlijn 2001/23, in Nederland geïmplementeerd in art. 7:665 BW, JHB].”

379 HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 211 m.nt. PAS, JAR 1993/244.

380 HvJ EU 12 februari 2009, JAR 2009/92 (*Klarenberg*). Zie voor een toepassing van dat arrest 'avant la lettre' bijvoorbeeld Rb. Assen 16 juli 2008, JAR 2008/247 (*Lidl*). Een supermarktmanager bij Super de Boer die overging naar Lidl hoefde geen genoegen te nemen met de positie van filiaalmanager die qua taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden niet gelijkwaardig was aan de positie van supermarktmanager.

Dit betekent dat er op de verkrijger een verplichting rust om de bestuurder die als werknemer overkomt een gelijkwaardige passende functie aan te bieden, op straffe van een ontbindingsvergoeding. Beltzer heeft erop gewezen dat hieraan – uiteraard – pas wordt toegekomen indien de oorspronkelijke functie niet meer bestaat.³⁸¹

Of het mogelijk is een statutair bestuurder bij de verkrijger een gelijkwaardige functie aan te bieden is de vraag. Wordt hij bij de verkrijger weer benoemd als statutair bestuurder, dan zal dat doorgaans het geval zijn. Is dat niet het geval, dan kan in ieder geval worden gezegd dat hij in zijn nieuwe rol niet dezelfde verantwoordelijkheden heeft. De in Boek 2 BW aan een bestuurder opgedragen formele taken en verantwoordelijkheden ontbreken immers. Aan de hand van het arrest *Mooij Verf/De Waard* kan worden betoogd dat dat niet doorslaggevend hoeft te zijn. Kennelijk gaat de Hoge Raad ervan uit dat het zo kan zijn dat andere aspecten van de functie, zoals een leidinggevend aspect (de filiaalhouder), zwaarder weegt dan de statutaire bevoegdheden. Of dit in een concreet geval zo is, hangt dus af van de vraag hoe belangrijk het bestuurderschap vóór de overgang was.

Dit raakt aan de wezenlijke vraag hoe de rechtsverhouding van de bestuurder moet worden gezien: is hij primair werknemer, met de functie van statutair bestuurder,³⁸² of wordt de rechtsbetrekking voornamelijk beheerst door het bestuurderschap en is de arbeidsovereenkomst slechts de contractuele, afgeleide poot?³⁸³ Tegen de eerste variant pleit dat er maar één soort bestuurder is in Boek 2 BW en dat daarin geen gradaties zijn; een bestuurder is een bestuurder – ook al zijn ze er in soorten en maten.³⁸⁴ Zou voor de laatste opvatting worden gekozen, dan valt het arrest *Mooij Verf/De Waard* niet goed te plaatsen. Het zal dus aankomen op een weging van de feiten en omstandigheden.³⁸⁵ Ik wijs hierbij ook op de herplaatsingsplicht bij opzegging, die op grond van het per 1 juli 2015 geldende artikel 7:669 BW ook voor de bestuurder geldt, vlg. paragraaf 6.4.3 van dit hoofdstuk.

Vanuit het oogpunt van samenloop, zijn er geen regels die conflicteren. Het bestuurderschap wordt volgens de eigen regels beëindigd en op de arbeidsovereenkomst is het 'volle' arbeidsrecht van toepassing; zeker na overgang.

6.11.3 Opzeverbod wegens overgang van onderneming

Wordt een bestuurder (met arbeidsovereenkomst) door de algemene vergadering ontslagen met het oog op een komende overgang van onderneming dan geldt het opzeverbod krachtens artikel 7:670 lid 8 BW. Dit betekent dat het ontslagbesluit van de algemene vergadering géén einde maakt aan de arbeidsovereenkomst. Er is

381 Beltzer 2009, p. 61.

382 Rood 1993, p. 46. Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.2

383 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.1.

384 Verburg 2002b en Verburg 2004b.

385 Zie hierover ook De Wind & Pronk 2010, p.

dus sprake van één van de uitzonderingen zoals benoemd in de 15 april-arresten. Er blijft een arbeidsovereenkomst over die als de overgang plaatsvindt mee over gaat naar de verkrijger (zie boven).

Het betreft een opzegverbod *wegens* overgang van onderneming. Is er dus een andere reden waarom wordt opgezegd, dan eindigt de arbeidsovereenkomst wel conform de 15 april-arresten.³⁸⁶

Is er geen ontslagbesluit van de algemene vergadering voor de overgang, dan gaat de arbeidsovereenkomst mee over zonder het bestuurderschap (zie paragraaf 6.11.2). Het bestuurderschap bij de vervreemder eindigt niet van rechtswege, dat moet separaat worden beëindigd. Ten opzichte van de verkrijger is de bestuurder dan een gewone werknemer: de kantonrechter is de bevoegde rechter en het BBA is van toepassing. Het opzegverbod *wegens* overgang van onderneming geldt dan ook nog: de verkrijger kan dus niet opzeggen *wegens* de overgang van onderneming, ook al heeft de verkrijger een vergunning van het UWV gekregen. Wel kan het zo zijn dat er economische, technische of organisatorische redenen zijn waarom de arbeidsovereenkomst zou moeten eindigen. Zeker in het geval van een inkomende (gewezen) statutair bestuurder is goed voorstelbaar dat er organisatorische redenen zijn waarom de arbeidsovereenkomst moet eindigen. Gedacht kan worden aan de situatie waarin bij de verkrijger geen leidinggevende functie beschikbaar is.

6.11.4 Juridische fusie

Juridische fusie

Bij een juridische fusie tussen twee of meer vennootschappen is er altijd één verkrijgende vennootschap en één of meerdere verdwijnende vennootschappen. De verkrijgende vennootschap kan één van de betrokken vennootschappen zijn, of een nieuwe vennootschap. De fusie is een meerzijdige rechtshandeling waarbij de verkrijgende vennootschap onder algemene titel het vermogen verkrijgt van de verdwijnende vennootschappen (artikel 2:309 BW).

De juridische fusie kwalificeert, indien de verdwijnende vennootschap werknemers in dienst heeft, als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW.³⁸⁷ Voor werknemers betekent dit dat de rechten en verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst bij een fusie zowel krachtens de fusiebepalingen in Boek 2

³⁸⁶ Zie Rb. Leeuwarden (ktr. vzr.) 26 juli 2011, *JAR* 2011/231 m.nt. Beltzer (*Boxes*). De rechter oordeelt dat het ontslagbesluit niet enkel verband houdt met organisatorische wijzigingen, maar gelegen is in de overgang zelf zodat het opzegverbod toepassing vindt.

³⁸⁷ Voorheen werd hier verschillend over gedacht, vgl. Beltzer 2008a p. 232/233. Sinds 2002 is de fusie expliciet in artikel 7:662 BW opgenomen: Wet van 18 april 2002, Stb. 2002, 215; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 9 bovenaan. Anders en ik meen onjuist: Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013 nr. 131, p. 412: 7:662 e.v. zijn niet van toepassing omdat geen sprake is van een overgang krachtens overeenkomst. Dit is een te beperkte uitleg, zie verder Beltzer 2008a t.a.p.

onder algemene titel overgaan naar de verkrijgende vennootschap, als ook krachtens de bepalingen van 7:662 e.v. BW.³⁸⁸ Deze bepalingen kunnen naast elkaar bestaan.

De arbeidsovereenkomst van een bestuurder gaat dus mee over naar de verkrijger. In 6.11.2 is al duidelijk geworden dat het bestuurderschap niet mee overgaat wegens een overgang van onderneming.³⁸⁹ Is sprake van een juridische fusie, dan verliezen de bestuurders van de verdwijnende vennootschap hun vennootschapsrechtelijke functie door en tegelijkertijd met het van kracht worden van de fusie, aldus Raaijmakers en Van der Sangen.³⁹⁰ Op het moment dat de fusie van kracht wordt, houdt de verdwijnende vennootschap op te bestaan en houdt de bestuurder van rechtswege op bestuurder te zijn. Men kan immers geen bestuurder zijn van een niet bestaande vennootschap.

Betoogd zou kunnen worden dat met het eindigen van het bestuurderschap op grond van de 15 april-arresten³⁹¹ ook de arbeidsovereenkomst tegelijk met het bestuurderschap eindigt en dus niet overgaat. Ik meen dat dat niet het geval is. Zoals eerder betoogd (paragraaf 6.2.5), lenen de 15 april-arresten zich voor een restrictieve uitleg. Het einde van het bestuurderschap wordt hier immers niet bewerkstelligd door een ontslagbesluit van het bevoegd orgaan, maar door het tot stand komen van de fusie. Het fusiebesluit van de verdwijnende onderneming wordt altijd door de algemene vergadering genomen. Is de algemene vergadering ook het tot ontslag van de bestuurder bevoegd orgaan, dan zou nog betoogd kunnen worden dat het fusiebesluit in feite ook een ontslagbesluit behelst, maar ik vind dat niet goed vol te houden, al was het maar omdat in sommige vennootschappen de raad van commissarissen het tot ontslag bevoegde orgaan is.

Bij een juridische fusie gaat de arbeidsovereenkomst dus over naar de verkrijgende rechtspersoon en eindigt het bestuurderschap. In dit geval lopen Boek 2 en Boek 7 BW op een andere manier samen: op het overgaan van de arbeidsovereenkomst zijn zowel Boek 2 als Boek 7 BW van toepassing. Hoe het de functionele en de contractuele band vergaat na de fusie, is een vraag die voor elke band naar het eigen regelstelsel moet worden beantwoord.

388 Er zijn enkele verschillen aan te wijzen zoals o.a. het voortduren van de aansprakelijkheid van de vervreemder gedurende een jaar ex artikel 7:663 BW, laatste zin en de pensioenuitzondering in artikel 7:664. Zie hierover Beltzer 2008a p. 232.

389 Anders Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 170 o, waarin is opgenomen dat overeenkomsten die aan het bestaan van de verdwenen rechtspersoon zijn verbonden zoals *de overeenkomsten met bestuurders en commissarissen* niet mee overgaan. Ik hou het ervoor dat hierbij bedoeld wordt op de functionele, vennootschapsrechtelijke band, en niet op de arbeidsovereenkomst. In gelijke zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 440.

390 M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, *Losbladige Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer, Fusie en splitsing, art. 2:312, aant. 7 onder c.

391 *Eggenhuizen/Unidek*, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 en *Bartelink/Ciris*, NJ 2005, 838 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144.