

Juni 2024

Genoteerd

Actualiteiten
arbeidsrechtelijke
aspecten bestuurder

loyensloeff.com



Nummer 162



In deze uitgave

1. De bijzondere positie van de bestuurder. [Lees hier >](#)
2. Redelijke grond. [Lees hier >](#)
3. Billijke vergoeding. [Lees hier >](#)
4. De zieke bestuurder. [Lees hier >](#)
5. Enkele andere ontwikkelingen. [Lees hier >](#)
6. Conclusie. [Lees hier >](#)

Over Loyens & Loeff

Actualiteiten arbeidsrechtelijke aspecten bestuurder

In 2019 werd in deze nieuwsbrief stilgestaan bij de rechtspositie van de bestuurder.¹ Het wettelijk kader en de aandachtspunten die ten tijde van het voorgenomen ontslag van een bestuurder een rol kunnen spelen, zijn hierin uitgebreid besproken.

Sinds de bijdrage uit 2019 zijn meerdere belangwekkende uitspraken geweest waarin de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder centraal stond en zijn wetswijzigingen geïntroduceerd. In deze editie staan wij aan de hand van een aantal thema's rondom de rechtspositie van de bestuurder stil bij een aantal van deze uitspraken en andere relevante ontwikkelingen die kunnen spelen ten tijde van het ontslag van een bestuurder. Allereerst wordt de bijzondere positie die de bestuurder in het arbeidsrecht inneemt kort toegelicht. Vervolgens gaan wij in op de vereisten die gelden voor een geldig ontslag van de bestuurder en, in het bijzonder, het belang van een redelijke grond voor het ontslag. Daarna staan wij stil bij de mogelijke (financiële) gevolgen als niet aan deze vereisten is voldaan. Wij sluiten af met enkele wetswijzigingen rondom de positie van de stichtingsbestuurder en het inroepen van de bedenktijd.

1. De bijzondere positie van de bestuurder

De bestuurder heeft een dubbele rechtsbetrekking. Enerzijds een vennootschapsrechtelijke betrekking die totstandkomt door de bestuurder te benoemen en anderzijds een contractuele verbintenis, veelal in de vorm van een arbeidsovereenkomst.² Deze bijzondere dubbele rechtsverhouding zorgt ervoor dat ten tijde van het ontslag voor de bestuurder een andere procedure geldt dan die voor een 'gewone' werknemer. Hierbij geldt wel dat het uitgangspunt is dat daadwerkelijk sprake is van de status van bestuurder en dus sprake is geweest van een geldige benoeming en aanvaarding. Het verrichten van typische bestuurshandelingen levert op zichzelf niet de kwalificatie van bestuurder op.

1.1 Benoeming en aanvaarding

Om als bestuurder te kwalificeren is een benoeming vereist.³ De benoeming geschiedt, behoudens bij oprichting of benoeming door de Ondernemingskamer, door een besluit van het orgaan dat daartoe bevoegd is. Normaliter betreft dit de aandeelhoudersvergadering en bij ondernemingen die onder het volledige structuurregime vallen, de raad van commissarissen (**RvC**). Daarnaast is het ook mogelijk om deze bevoegdheid als onderdeel van de statuten toe te kennen aan aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding.

¹ Met de term 'bestuurder' doelen wij telkens op de bestuurder als bedoeld in Boek 2 BW, in de praktijk ook vaak aangeduid als de 'statutair bestuurder', waaronder sinds de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen ook de stichtingsbestuurder wordt geschaard.

² Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de bestuurder er ook voor kan kiezen om met de vennootschap te contracteren op basis van een opdrachtovereenkomst. In deze bijdrage gaan wij, tenzij anders aangegeven, uit van de situatie dat gecontracteerd wordt op basis van een arbeidsovereenkomst. De bestuurder van een beurgenooteerde vennootschap kan op grond van artikel 2:132 lid 3 BW niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.

³ Hoge Raad 15 december 2000, NJ 2001/109 (*Van Ekelenburg/Squamish*). De artikelen die de benoeming van de bestuurder regelen zijn van dwingend recht (artikel 2:25 BW).

Een benoemingsbesluit dat binnen vergadering is genomen is, tenzij de statuten anders bepalen, vormvrij. Uit de wet volgt immers niet dat schriftelijkheid een constitutief vereiste voor de benoeming is. Dat neemt niet weg dat het op schrift vastleggen van de benoeming sterk is aanbevolen om (toekomstige) discussies te voorkomen. Indien een schriftelijk benoemingsbesluit ontbreekt en er discussie ontstaat over de kwalificatie als bestuurder, dan geldt dat het aan de werkgever is om het bestuurderschap aan te tonen. Daarbij kan onder andere worden gedacht aan notulen waarin de benoeming ondubbelzinnig door de aandeelhoudersvergadering wordt genoemd, de inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, de inhoud van de arbeidsovereenkomst en getuigenverklaringen. Hierbij geldt niet dat een enkele omstandigheid doorslaggevend hoeft te zijn, maar dat op basis van de verschillende omstandigheden voldoende aannemelijk moet worden dat op enig moment daadwerkelijk een benoeming heeft plaatsgevonden. De opstelling en het gedrag van de (vermeende) bestuurder dan wel het pretenderen bestuurder te zijn, is op zichzelf onvoldoende voor de kwalificatie als bestuurder. Een benoemingsbesluit buiten vergadering vergt, in tegenstelling tot een benoemingsbesluit binnen vergadering, wel een schriftelijk stuk.

De (al dan niet) geldige benoeming van een bestuurder kan op het moment van ontslag tot discussies leiden, nu het ontbreken van een geldig benoemingsbesluit in beginsel betekent dat de (vermeende) bestuurder kwalificeert als 'gewone' werknemer. In dat geval geldt de volledige bescherming van het arbeidsrecht, hetgeen bijvoorbeeld betekent dat het betrokken individu niet bij wijze van aandeelhoudersbesluit eenzijdig ontslagen kan worden.⁴ Het ontbreken van een benoemingsbesluit (oftewel het betwisten van de status als bestuurder) is dan ook een kaart die de (vermeende) bestuurder nog wel eens trekt in de context van een voorgenomen ontslag, al dan niet als onderhandelingsstrategie.

Zo ook in een rechtszaak waarbij tussen partijen discussie bestond of de (vermeende) bestuurder wel bestuurder was en of hij daardoor als zodanig kon worden ontslagen. De Hoge Raad wees het cassatieberoep van de werkgever tegen de uitspraak van het hof af, waarmee vast kwam te staan dat de (vermeende) bestuurder ten tijde van het ontslag geen bestuurder was.⁵ Hierdoor gold ten tijde van het ontslag het reguliere ontslagrecht voor werknemers en was het besluit tot ontslag dat door de algemene vergadering was genomen ongeldig. De werkgever had overigens hangende de procedure over de status als bestuurder de rechter voorwaardelijk verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor het geval sprake zou zijn van een 'gewone' werknemer, welk verzoek werd toegewezen en waarmee de gevolgen tot op zekere hoogte beperkt bleven. Naast de benoeming is de aanvaarding van de benoeming door de bestuurder een constitutief vereiste voor het bestuurderschap. De aanvaarding kan expliciet of impliciet plaatsvinden. Indien bewijs van de aanvaarding ontbreekt, kan ook aan de hand van feiten, gedragingen en omstandigheden aannemelijk worden gemaakt dat de benoeming is aanvaard. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het door de vermeende bestuurder tekenen van het KvK-formulier, het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering, het fysiek aanwezig zijn op de algemene vergadering waar de benoeming plaats heeft gevonden en het ondertekenen van de jaarrekening.⁶

1.2 Ontslag

Naast de benoeming en aanvaarding komt de bijzondere positie van de bestuurder eveneens tot uiting ten tijde van ontslag. Hierbij geldt dat de bestuurder minder ontslagbescherming geniet ten opzichte van de 'gewone' werknemer. De bestuurder kan te allen tijde (behoudens een opzegverbod zoals ziekte of andersluidende afspraken met de bestuurder) worden ontslagen door het orgaan dat tot benoeming bevoegd is,⁷

⁴ Zie uitgebreid over de benoeming van de bestuurder en de discussies die in dat verband kunnen opkomen: Y. el Harchaoui en K. Wiersma, *Het benoemingsbesluit en de bestuurder: de stand van zaken*, TAP 2023/2 nr. 49.

⁵ Hoge Raad, 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817.

⁶ Zie ook: K. Wiersma & Y. El Harchaoui, *Het benoemingsbesluit en de bestuurder: twee communicerende vaten*, TAP 2014/206.

⁷ Artikel 2:134/244 lid 1 BW.

zonder voorafgaande “toestemming” van de rechter dan wel het UWW.⁸ Het feit dat de opzegging te allen tijde eenzijdig kan geschieden, betekent echter niet dat de opzegging zonder redelijke grond mag plaatsvinden. De rechter kan bij het ontbreken van een redelijke grond (of ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever) een billijke vergoeding toekennen (zie ook paragraaf 3). De rechter kan, anders dan bij de ‘gewone’ werknemer, in geval van een geldig ontslagbesluit niet besluiten tot herstel van de arbeidsovereenkomst.⁹

Indien het ontslagbesluit rechtsgeldig is genomen, leidt het besluit in beginsel ook automatisch tot beëindiging van de onderliggende arbeidsovereenkomst.¹⁰ Hiervoor is wel vereist dat het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst samenvallen bij dezelfde vennootschap en daarnaast als gezegd geen opzegverbod geldt of andersluidende afspraken zijn overeengekomen met de bestuurder.¹¹ Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch heeft in 2022 geoordeeld dat als partijen andersluidende afspraken hierover maken geldt dat wilsovereenstemming moet bestaan over de wens om de arbeidsovereenkomst in stand te houden na een ontslagbesluit.¹²

1.3 Adviesrecht

Op grond van artikel 30 Wet op de ondernemingsraden (**WOR**) dient bij een voorgenomen besluit tot benoeming of (gedwongen) ontslag van een bestuurder de ondernemingsraad door de ondernemer in de gelegenheid te worden gesteld om hier advies over uit te brengen.¹³ Het advies moet worden gevraagd voordat het benoemingsbesluit of ontslagbesluit is genomen, zodat de ondernemingsraad nog wezenlijke invloed op het voorgenomen besluit kan uitoefenen. Voorafgaand aan het advies dient daarbij ten minste

eenmaal overleg te worden gevoerd over het voorgenomen besluit. Indien geen advies op grond van artikel 30 WOR is gevraagd, maar wél een besluit is genomen, bestaat discussie of op de vennootschap¹⁴ een verplichting kan rusten om de beslissing terug te draaien.

2. Redelijke grond

Voor het ontslag van een werknemer is een redelijke grond vereist. De mogelijke redelijke gronden zijn limitatief opgesomd in de wet (artikel 7:669 lid 3 BW). De redelijke gronden kunnen worden onderverdeeld in enerzijds bedrijfseconomische redenen, zoals een economische, technologische of organisatorische reden (de zogenaamde a-grond) of langdurige arbeidsongeschiktheid (de zogeheten b-grond) en anderzijds persoonlijke redenen zoals disfunctioneren van de werknemer (de d-grond), verwijtbaar handelen van de werknemer (de e-grond) of andere redenen op basis waarvan van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht om de arbeidsovereenkomst in stand te houden (de h-grond). Het is daarnaast mogelijk om meerdere persoonlijke gronden samen te voegen en daarmee op gecombineerde wijze ten grondslag te leggen aan het ontslag (de zogeheten i-grond). Het vereiste van een redelijke grond geldt ook voor een bestuurder. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet dat minder zware of juist zwaardere eisen gelden bij de toetsing van redelijke gronden bij het ontslag van een bestuurder.¹⁵ Of sprake is van een redelijke grond in een concreet geval dient dus in beginsel op dezelfde wijze getoetst te worden bij het ontslag van een bestuurder als bij een ‘gewone’ werknemer.

8 Artikel 7:671 lid 1 onder e BW.

9 Artikel 2:134/244 lid 3 jo. 7:682 lid 3 BW.

10 Hoge Raad 15 april 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AS2030.

11 Uit de Floriade zaak lijkt te volgen dat dit vereiste ook geldt voor de managementovereenkomst. De rechtspraak is op dit gebied echter niet uitgekristalliseerd. Zie Rechtbank Rotterdam 3 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1004.

12 Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 28 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2654 m.nt. K. Wiersma.

13 Dit geldt alleen voor bestuurders die tevens bestuurder zijn op basis van de definitie van de WOR (de bestuurder die alleen of gezamenlijk de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid).

14 In de WOR wordt de vennootschap aangeduid als ‘de ondernemer’.

15 Rechtbank Amsterdam 14 maart 2019, JAR 2019/104 m.nt. K. Wiersma.

Niet alleen de aanwezigheid van een redelijke grond, maar ook de timing hiervan is van belang. In een recente uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is meer duidelijkheid gegeven over het toetsingsmoment wat betreft het bestaan van een redelijke grond bij bestuurdersontslag.¹⁶ Hierbij is van belang dat de bestuurder het recht heeft om ten aanzien van het voorgenomen ontslag te worden gehoord en om zijn raadgevende stem uit te brengen (waarover later meer).¹⁷ Deze bevoegdheden worden in beginsel uitgeoefend tijdens de aandeelhoudersvergadering waarin het voorgenomen ontslag op de agenda staat (of tijdig voorafgaand aan het moment dat het ontslagbesluit buiten vergadering wordt genomen). De bestuurder moet volgens de rechtbank bekend zijn met de redenen voor het voorgenomen ontslagbesluit om deze bevoegdheden te kunnen uitoefenen. Hierbij zijn ook de redenen van ontslag die voorafgaand aan de aandeelhoudersvergadering zijn medegedeeld, van belang. Als op het moment van de mededeling van het voornemen geen redelijke grond aanwezig was, kan dat mogelijk van invloed zijn op de vraag of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (hetgeen in een billijke vergoeding resulteert). Het kan volgens de rechtbank immers niet zo zijn dat een bestuurder zomaar en zonder redelijke grond met een ontslagvoornemen wordt geconfronteerd.

Bij het ontslag van de bestuurder ligt met name de ontslaggrond disfunctioneren over het algemeen minder voor de hand (de d-grond), onder meer gelet op het vereiste dat een verbetertraject moet zijn doorlopen. Voor een uitgebreid verbetertraject bij disfunctioneren bestaat bij de bestuurder namelijk meestal geen ruimte.

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de d-grond, blijkt uit rechtspraak dat door de werkgever bij bestuurdersontslag vaker (onder meer) een beroep wordt gedaan op omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (de eerdergenoemde h-grond). De wetgever heeft als voorbeeld wat betreft het toepassingsbereik van de h-grond de manager genoemd met wie een verschil van inzicht bestaat over het te voeren beleid.¹⁸ Hoewel mede vanwege dit voorbeeld meer ruimte lijkt te bestaan voor het ontslag van de bestuurder op deze grond, toont rechtspraak aan dat ook het aanwezig zijn van deze grond niet eenvoudig wordt aangenomen.¹⁹ Redenen waarop een ontslagverzoek strandt, zijn onder andere gelegen in (i) het feit dat geen daadwerkelijk verschil van inzicht bestaat, (ii) er onvoldoende met de bestuurder over het verschil van inzicht is gesproken en (iii) het feit dat het vennootschapsrechtelijke ontslag naar zijn aard niet per definitie een voldragen (h-)grond voor arbeidsrechtelijk ontslag met zich meebrengt. Naast een verschil van inzicht, wordt ook invulling gegeven aan deze ontslaggrond in de vorm van een gebrek aan vertrouwen in de bestuurder. Gelet op de bijzondere aard van de verhouding tussen een vennootschap en haar bestuurder, kan zonder vertrouwen niet van de vennootschap gevergd worden om het dienstverband voort te zetten (mits de vertrouwensbreuk voldoende is onderbouwd). Zo werd in een recente uitspraak voldoende voor het aannemen van een vertrouwensbreuk geacht dat een bestuurder ondanks een fors teruggelopen omzet onvoldoende actie ondernam om de productie op peil te krijgen en onvoorbereid deelnam aan belangrijke meetings.²⁰

¹⁶ Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 4 januari 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:162.

¹⁷ Artikelen 2:8 en 2:227 lid 7 BW.

¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 130.

¹⁹ A. Hoving & B.M.C. Stenden, *Ontslag van de statutair bestuurder: meer kans op billijke vergoeding bij inbreuk op raadgevende stem en hoorplicht, minder kans op billijke vergoeding door cumulatiegrond*, TRA 2021/23.

²⁰ Rechtbank Zeeland-West Brabant, 4 januari 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:162.

Op 1 januari 2020 werd een extra ontslaggrond toegevoegd aan artikel 7:669 lid 3 BW, de hiervoor genoemde cumulatiegrond (de i-grond). Een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer onvoldragen ontslaggronden, te weten de ontslaggronden die verband houden met persoonlijke redenen (gronden c-, d-, e-, g- of h-, zoals genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW), die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, leidt tot een i-grond en daarmee een redelijke grond voor het ontslag. Indien de rechter concludeert tot ontslag op basis van de i-grond dan kan de rechter naast de transitievergoeding een extra vergoeding toekennen ter hoogte van de helft van de transitievergoeding. Een voorbeeld van een voldragen cumulatiegrond (de i-grond) waar een extra vergoeding van 50% van de transitievergoeding is toegewezen, betrof een combinatie van redenen die zagen op disfunctioneren (de d-grond), een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond) en andere omstandigheden die zodanig waren dat van de werkgever niet kon worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (de h-grond). De bestuurder kon niet goed samenwerken met de algemeen directeur, die geen vertrouwen meer in de bestuurder had. Daarnaast zorgde de bestuurder voor onrust op de werkvloer en was sprake van meerdere verstoorde verhoudingen in de managementlaag. De verschillende persoon gerelateerde gronden (d, g en h) waren op zichzelf onvoldragen aangetoond door de werkgever, maar indien in samenhang naar de omstandigheden werd gekeken dan resulteerde dat volgens de rechtbank wel in een voldragen cumulatiegrond (de i-grond). Gelet op het niet toereikende verbetertraject dat de bestuurder is aangeboden, is door de rechtbank een maximale cumulatievergoeding (1.5x de transitievergoeding) toegekend aan de bestuurder.²¹

In een recente uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd een beroep gedaan op bedrijfseconomische omstandigheden (de a-grond) bij het ontslag van een bestuurder.²² Het Gerechtshof benadrukt dat het in beginsel aan de aandeelhouders is om te beslissen om de bestuurder te vervangen. Deze vrijheid gaat echter niet zo ver dat het ontslag van de bestuurder zonder redelijke grond kan plaatsvinden. Het achteraf aanvoeren van bedrijfsorganisatorische redenen voor het ontslag terwijl dit niet met de bestuurder op deze wijze is besproken en niet objectief kan worden aangetoond, biedt geen voldragen ontslaggrond. Hoe een bedrijfseconomisch ontslag objectief kan worden aangetoond, is neergelegd in de ontslagregeling en uitvoeringsregels van het UWV. De regels van het UWV zijn ook leidend voor de toetsing door de rechter indien het ontslag van de bestuurder bedrijfsorganisatorisch van aard is, aldus Rechtbank Gelderland.²³ De rechtbank bevestigt net als Hof Arnhem-Leeuwarden de zekere mate van vrijheid die toekomt aan de werkgever/aandeelhouders om de organisatie zodanig in te richten dat het bestaan van de vennootschap op lange termijn verzekerd is, maar deze vrijheid is niet dusdanig dat de werkgever meer vrijheid toekomt bij het ontslag van een bestuurder dan bij een 'gewone' werknemer het geval is.²⁴ Ook geldt in beginsel dat bij het ontslag van de bestuurder de werkgever, net als bij het ontslag van de 'gewone' werknemer, de plicht heeft om te onderzoeken of de bestuurder binnen de organisatie van de werkgever herplaatst kan worden.²⁵ Wel geldt dat bij een bestuurder, gelet op diens bijzondere positie, herplaatsing over het algemeen minder in de rede zal liggen.

²¹ Rechtbank Limburg, 22 november 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:9229.

²² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 29 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:693.

²³ Rechtbank Gelderland 4 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:52.

²⁴ Rechtbank Amsterdam 26 januari 2023, *JAR* 2023/60 m.nt. K. Wiersma.

²⁵ Rechtbank Amsterdam 26 januari 2023, *JAR* 2023/60 m.nt. K. Wiersma; Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2021: ECLI:NL:GHSHE:2021:2155 en Hof Amsterdam 20 augustus 2019, *JAR* 2019/233 (*Under Armour*).

3. Billijke vergoeding

Ontbreekt een redelijke grond maar is wel sprake van een geldig vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit, dan blijft het ontslag staan maar komt de bestuurder in aanmerking voor een compensatie (in aanvulling op de wettelijke transitievergoeding). De compensatie betreft de zogenaamde billijke vergoeding. Het recht op de billijke vergoeding bestaat bij een bestuurder reeds vanwege het enkele feit dat een redelijke grond voor ontslag ontbreekt. Als wel sprake is van een redelijke grond, dan komt de bestuurder net als de 'gewone' werknemer alleen in aanmerking voor de billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De wet bevat, anders dan voor de transitievergoeding, geen vooraf vastgestelde formules voor de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. De Hoge Raad heeft in 2017 (niet-limitatieve) gezichtspunten opgesomd die een rol kunnen spelen bij de begroting van de billijke vergoeding. Onder andere de mate van verwijtbaarheid van de werkgever, het inkomen dat de werknemer had ontvangen als het dienstverband was voortgezet totdat een redelijke grond voor ontslag zou bestaan, de (slechte) financiële situatie van de werkgever en de hoogte van de transitievergoeding, kunnen een rol spelen bij de begroting.²⁶ Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad op een 'gewone' werknemer zag, wordt aangenomen dat deze gezichtspunten ook gelden voor de bestuurder.²⁷ Dit blijkt ook uit rechtspraak waarin het ontslag van de bestuurder centraal staat.²⁸

Uit rechtspraak volgt dat de volgende gezichtspunten het meest worden meegewogen door de rechter bij de begroting van de billijke vergoeding als het om een bestuurder gaat:

- de verwachte resterende duur van het dienstverband totdat een voldragen ontslaggrond zou hebben bestaan;
- de verwachte duur van werkloosheid; en
- de mate van verwijtbaarheid van de werkgever.

Daarnaast is de omstandigheid dat de bestuurder al een vergelijkbare positie elders heeft gevonden vaak een aanwijzing om de billijke vergoeding naar beneden bij te stellen. Dat de billijke vergoeding afhankelijk van de omstandigheden in een substantieel bedrag kan resulteren, blijkt uit meerdere recente uitspraken. In een zaak werd een hoge billijke vergoeding toegekend, ondanks dat de bestuurder uitzicht had op een nieuwe baan (met weliswaar een aanzienlijk lager salaris). Omstandigheden die hierbij een rol speelden waren (i) het dienstverband van 15 jaar naar alle tevredenheid, (ii) waarvan ruim 12 jaar als CFO, (iii) het ontslag van de ene op de andere dag, (iv) de summiere toelichting wat betreft de achtergrond van het ontslag, (v) de afwezigheid van vertegenwoordiging van de werkgever en aandeelhouders op de buitengewone vergadering van aandeelhouders waarin het ontslag geagendeerd stond (alleen advocaten waren aanwezig) en (vi) een jaarsalaris van EUR 540.000 bruto. Een en ander resulteerde in een billijke vergoeding voor de bestuurder van EUR 750.000 bruto.²⁹ De uitspraak laat zien dat het zonder redelijke grond doorzetten van het ontslag kan resulteren in een substantiële billijke vergoeding voor de bestuurder. In een andere recente uitspraak kende de rechter een billijke vergoeding van EUR 670.000 bruto toe. Omstandigheden die hier relevant werden geacht waren onder andere (i) de inkomensschade, (ii) de uitgesproken intentie om het dienstverband nog vijf jaar voort te zetten (dit was door middel van een addendum op de arbeidsovereenkomst

²⁶ Hoge Raad 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).

²⁷ Hoge Raad 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (*Zinzia*).

²⁸ Zie ook: S.J. Sterk & D.J. Koenrades, *De billijke vergoeding van de statutair bestuurder sinds de Wwz: wind in de rug voor de bestuurder?* ArbeidsRecht 2021/16.

²⁹ Rechtbank Amsterdam 26 januari 2023, *JAR* 2023/60 m.nt. K. Wiersma.

vastgelegd), (iii) een aantal toegekende (hoge) bonussen en (iv) pensioenschade. Relevant was verder dat partijen een schriftelijke afspraak hadden gemaakt dat de beëindigingsvergoeding bij ontslag maximaal EUR 264.229,56 bruto mocht bedragen. Nu reeds een transitievergoeding van ca. EUR 165.665,40 bruto door de werkgever aan de bestuurder was betaald, kon de billijke vergoeding, volgens de werkgever, niet meer dan het verschil tussen de contractueel afgesproken beëindigingsvergoeding en de transitievergoeding bedragen (oftewel EUR 98.564,16 bruto). De rechtbank ging hier echter niet in mee, waarmee nogmaals is benadrukt dat het contractueel uitsluiten of beperken van de mogelijke aanspraak op een billijke vergoeding geen stand zal houden.³⁰

4. De zieke bestuurder

Als gezegd, betekent het vennootschapsrechtelijk ontslag als bestuurder niet tevens het einde van de arbeidsovereenkomst als sprake is van een opzegverbod. Indien de algemene vergadering een ontslagbesluit neemt terwijl sprake is van een opzegverbod, dan eindigt de vennootschapsrechtelijke bestuursfunctie maar blijft de arbeidsovereenkomst in stand. Van een dergelijk opzegverbod is bijvoorbeeld sprake als de bestuurder ten tijde van zijn ontslag ziek is. Met name de timing van het ontslagbesluit en het moment van ziekmelding kunnen in de praktijk tot discussies leiden. In 2000 besliste het Hof 's-Hertogenbosch dat het ontslag van een bestuurder die arbeidsongeschikt is geworden nadat hij de oproep had ontvangen voor het bijwonen van de aandeelhoudersvergadering waarin over zijn ontslag zou worden beslist, geldig is.³¹ De reikwijdte van deze zogeheten Van Kalmthout- leer kwam in 2022 in één van de vier Volksbank-arresten aan de orde. De betrokken bestuurder had zich één dag na ontvangst van een concept vaststellingsovereenkomst (inclusief concept ontslagbesluit),

ziek gemeld. Deze concepten had de bestuurder ontvangen van de RvC, terwijl de aandeelhoudersvergadering bevoegd was tot ontslag. Hij werd vervolgens alsnog door de aandeelhoudersvergadering ontslagen. De vraag die zich voordeed was of de ontvangst van de vaststellingsovereenkomst en het gesprek met de RvC waarin zijn voorgenomen ontslag werd aangekondigd, voldoende was voor de geldigheid van het ontslagbesluit. Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat de Van-Kalmthout leer strikt dient te worden toegepast.³² Volgens het Hof is in dit geval in strijd met het opzegverbod bij ziekte opgezegd, nu de ziekte dateerde van voor de ontvangst van de uitnodiging voor de (tot ontslag bevoegde) aandeelhoudersvergadering. Dat de bestuurder via de RvC al van het voornemen van zijn ontslag op de hoogte was ten tijde van zijn ziekmelding, doet daar niet aan af nu de RvC niet het tot ontslag bevoegde orgaan was. Het Hof overwoog dat het moment waarop de bestuurder wordt uitgenodigd om verweer te voeren tegen het voorgenomen ontslag bij het tot ontslag bevoegde orgaan, als ijkmoment geldt voor de vraag of sprake is van een opzegverbod.

5. Enkele andere ontwikkelingen

5.1 De stichtingsbestuurder

Per 1 juli 2021 is de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (**WBTR**) van kracht. De wet beoogt om de regelingen met betrekking tot het bestuur en toezicht van rechtspersonen te uniformeren en op een aantal punten verduidelijking te bieden als het gaat om het wettelijk kader van de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.³³ De belangrijkste wijzigingen van de WBTR voor de rechtspositie van de stichtingsbestuurder, zijn het recht van de stichtingsbestuurder op een raadgevende stem voorafgaand aan zijn/haar ontslag en het einde aan de mogelijkheid

³⁰ Rechtbank Zeeland- West Brabant, 13 maart 2023, *JAR* 2023/123. Dit volgt eveneens uit artikel 7:682 lid 8 BW. Hoogstens zal van verrekening met de contractuele beëindigingsvergoeding sprake kunnen zijn.

³¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2000, *JAR* 2000/207.

³² Gerechtshof Arnhem Leeuwarden 30 mei 2022, *JAR* 2022/154 m.nt. K. Wiersma (*CFO Volksbank*).

³³ Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 1.

om de arbeidsovereenkomst van de stichtingsbestuurder na ontslag te herstellen.³⁴ Deze ontwikkelingen zullen hierna kort worden besproken.

Raadgevende stem

Sinds de WBTR heeft de stichtingsbestuurder, net als de bestuurder van de BV en de NV, een raadgevende stem voordat rechtsgeldig tot zijn/haar ontslag kan worden besloten.³⁵ Wordt de bestuurder geen mogelijkheid gegeven tot het uitbrengen van de raadgevende stem, dan kan het besluit tot schorsing of ontslag worden vernietigd.³⁶ In geval van vernietiging van het ontslagbesluit betekent dit dat de (eventueel bestaande) arbeidsovereenkomst ook niet is geëindigd. Het niet in staat stellen van de bestuurder om op een goede manier gebruik te maken van zijn/haar raadgevende stem kan daarnaast ook een rol spelen bij de vraag of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en kan daardoor bij de vaststelling van de (hoogte van de) billijke vergoeding van belang zijn, zoals uiteengezet in paragraaf 3.³⁷

Het ontslag van de stichtingsbestuurder

Het rechtspersonenrechtelijke ontslag van een stichtingsbestuurder leidde voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WBTR niet direct tot het einde van de (eventueel bestaande) arbeidsovereenkomst. Lukte het de stichting en de bestuurder niet om overeenstemming over het einde van het dienstverband te bereiken, dan moest de stichting ofwel vervangende instemming bij het UWV vragen ofwel de rechter vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Met de invoering van de WBTR is een einde gekomen aan deze preventieve ontslagtoets en geldt dat ook bij de stichting een geldig rechtspersonenrechtelijk ontslag van een bestuurder met een arbeidsovereenkomst in

beginsel het einde betekent van die arbeidsovereenkomst zonder mogelijkheid tot herstel door de rechter (2:298a BW).

5.2 Bedenktijd bestuurder beursvennootschap

Naast de WBTR is in 2021 de Wet wettelijke bedenktijd beursvennootschappen aangenomen. Op grond van deze wet heeft het bestuur van een beursvennootschap in twee gevallen de mogelijkheid om een bedenktijd van maximaal 250 dagen in te roepen.³⁸ De wet strekt ertoe het bestuur van een beursvennootschap meer tijd te gunnen voor de inventarisatie en weging van belangen van de onderneming en haar stakeholders om in deze gevallen tot een zorgvuldige beleidsbepaling te kunnen komen.

Naast de mogelijkheid om deze bedenktijd in te roepen bij een "vijandig" bod, kan de bedenktijd ook worden ingeroepen indien een of meer aandeelhouders of certificaathouders op grond van de wet of een statutaire bepaling een verzoek indienen om een voorstel tot benoeming, schorsing of ontslag van een of meer bestuurder(s) (of commissarissen) tijdens een algemene vergadering van aandeelhouders te behandelen. Als het bestuur dit verzoek wezenlijk in strijd met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming acht, kan het bestuur de bedenktijd inroepen. Het besluit moet met redenen zijn omkleed en behoeft (indien ingesteld) goedkeuring van de RvC. Als het besluit tot het inroepen van de bedenktijd is goedgekeurd, schort de bedenktijd de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering om bestuurders (en commissarissen) te benoemen, schorsen of ontslaan op. Aandeelhouders kunnen dan bijvoorbeeld nog wel het ontslag van een bestuurder agenderen, maar daarover kan dus gedurende de bedenktijd geen besluit worden genomen door de

³⁴ In februari 2022 is in de 145^e editie van Genoteerd uitgebreid stilgestaan bij de stichtingsbestuurder en de WBTR.

³⁵ Artikel 2:44 lid 8 BW.

³⁶ Artikel 2:15 lid 1 sub a en b BW.

³⁷ A. Hoving & B.M.C. Stenden, *Ontslag van de statutair bestuurder: meer kans op billijke vergoeding bij inbreuk op raadgevende stem en hoorplicht, minder kans op billijke vergoeding door cumulatiegroond*, TRA 2021/23.

³⁸ Het wetsvoorstel is in een eerdere editie van Genoteerd uitvoerig besproken.

aandeelhoudersvergadering. De bedenktijd heeft immers alleen tot gevolg dat bepaalde besluiten (tijdelijk) niet kunnen worden genomen. Tijdens de bedenktijd vergaart het bestuur alle informatie die nodig is voor een zorgvuldige beleidsbepaling, waarna een besluit kan worden genomen. Als het bestuur minder dan 250 dagen nodig heeft, kan het bestuur de bedenktijd met instemming van de RvC verkorten. Aandeelhouders en certificaathouders die gezamenlijk tenminste drie honderdste gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (of minder indien bepaald in de statuten) kunnen de Ondernemingskamer verzoeken om de bedenktijd te beëindigen. De Ondernemingskamer kan de bedenktijd bijvoorbeeld beëindigen als het voortduren van de bedenktijd in redelijkheid niet langer geacht kan worden bij te dragen aan een zorgvuldige beleidsbepaling.

6. Conclusie

De duale rechtspositie van de bestuurder zorgt ervoor dat zowel met vennootschapsrechtelijke als arbeidsrechtelijke elementen rekening gehouden dient te worden. Dit is het geval ten tijde van de benoeming en het ontslag van de bestuurder. Hoewel voor een (kwalificerende) bestuurder weliswaar geldt dat deze eenvoudiger eenzijdig ontslagen kan worden dan de 'gewone' werknemer, geldt niet dat de bestuurder vogelvrij is. Ook voor de bestuurder geldt namelijk dat een redelijke grond vereist is en hierbij gelden in beginsel geen minder zware eisen dan met betrekking tot de 'gewone' werknemer. Is van een redelijke grond geen sprake, dan zal de bestuurder aanspraak kunnen maken op een billijke vergoeding. De werkgever/aandeelhouder dient hier bedacht op te zijn nu, zoals ook uit de uitgelichte recente uitspraken blijkt, de hoogte van een billijke vergoeding onder omstandigheden hoog uit kan pakken. Tegelijkertijd geldt ook voor de bestuurder dat vooraf geen zekerheid bestaat over het recht op en de hoogte van een eventuele billijke vergoeding nu een formule ontbreekt, waardoor ook voor de bestuurder risico's kleven aan een eenzijdig ontslag gevolgd door een eventuele rechtsgang.

Wij verwachten dat onder meer om deze redenen in de meeste gevallen het ontslag van de bestuurder via een vaststellingsovereenkomst zal blijven plaatsvinden nu dat voor beide partijen de meeste zekerheid zal bieden.



Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteurs van deze bijdrage zijn:

Youssef el Harchaoui (youssef.el.harchaoui@loyensloeff.com) en

Roos Veldkamp (roos.veldkamp@loyensloeff.com).

Redactie

prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk

prof. dr. R.P.C. Cornelisse

mr. P.E.B. Corten

mr. E.H.J. Hendrix

P.L. Hezer

mr. H.L. Kaemingk

mr. G. Koop

prof. mr. W.J. Oostwouder

mr. R.L.P. van der Velden

prof. mr. dr. F.J. Vonck

mr. K. Wiersma

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Disclaimer

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Loyens & Loeff N.V. en alle andere entiteiten, samenwerkingsverbanden, personen en praktijken die handelen onder de naam 'Loyens & Loeff', geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder hun medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.



Als **One Firm: Law & Tax** zijn wij trots op de unieke ondersteuning die wij bieden aan internationale ondernemingen, financiële instellingen, investeerders en vermogenden. Dit doen we vanuit Nederland, België, Luxemburg en Zwitserland, onze thuismarkten. En met kantoren in financiële centra en een wereldwijd partnernetwerk, staan wij u bij waar u wenst.

Op het Europese vasteland zijn wij koploper en met bijzondere aandacht voor Private Equity & Funds, Real Estate, Life Sciences & Healthcare en Energy & Infrastructure. Door fiscale, civiel rechtelijke en notariële expertise te integreren en aan de hand van advies, transacties en procesvoering, helpen wij u vooruit met slimme en efficiënte oplossingen.

Binnen een goed partnerschap draait topadvies niet alleen om kennis, maar ook om het begrijpen van uw zaak tot in detail en het vinden van de beste oplossing. Deze toewijding is de basis van ons succes.

Laten we samen oplopen - **Further. Better. Together.**

Amsterdam, Brussel, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Tokio, Zürich