

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

De statutair bestuurder heeft een tweevoudige rechtsbetrekking: enerzijds voortkomend uit een eenzijdige benoeming en anderzijds uit een tweezijdige (arbeids)overeenkomst. Volgens vaste rechtspraak leidt het vennootschapsrechtelijke ontslag van de bestuurder in beginsel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Arbeidsrechtelijke gebreken spelen geen rol bij de toetsing van de geldigheid van het ontslagbesluit. In dit artikel onderbouwen wij dat andersom vennootschapsrechtelijke gebreken wel doorwerken in de arbeidsrechtelijke toets voor een aanspraak op een billijke vergoeding. Daarnaast bespreken wij de gevolgen van de cumulatiegroond voor de billijke vergoeding van de bestuurder.

1. Inleiding

In paragraaf 2 staat het vennootschapsrechtelijke ontslag van de statutair bestuurder (hierna: 'bestuurder') centraal. Wij bespreken de eisen die aan de raadgevende stem en de hoorplicht worden gesteld. In paragraaf 3 gaan wij in op de belangrijkste arbeidsrechtelijke middelen die de bestuurder ter beschikking staan bij ontslag. Wij gaan na of gebreken aan het ontslagbesluit ter zake van de raadgevende stem en de hoorplicht bij de arbeidsrechtelijke beoordeling van het ontslag een rol spelen. Verder bespreken wij of toepassing van de cumulatiegroond voor de bestuurder andere gevolgen heeft dan voor gewone werknemers. Wij sluiten af in paragraaf 4 met de conclusies. Zonder nadere toevoeging wordt steeds uitgegaan van de bestuurder van een naamloze vennootschap (hierna: 'nv') of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: 'bv').

2. Vennootschapsrecht

2.1 Het ontslagbesluit

De vennootschappelijke band van de bestuurder wordt gereguleerd door Boek 2 BW, de statuten, de reglementen en besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA). Het ontslagbesluit van de bestuurder dient hiermee in overeenstemming te zijn. Dit betekent dat de bestuurder (tijdig) moet worden opgeroepen voor de alge-

mene vergadering, dat duidelijk moet zijn dat het voornemen tot ontslag op de agenda van die vergadering staat, dat de bestuurder in de gelegenheid moet worden gesteld in de algemene vergadering een raadgevende stem uit te brengen en dat de bestuurder (daar) moet worden gehoord. Indien sprake is van een rechtsgeldig benoemingsbesluit en indien tevens het daartoe bevoegde orgaan het ontslagbesluit neemt met inachtneming van de procedureregels van Boek 2 BW en de statuten, is het ontslag in beginsel geldig en onaantastbaar.

2.2 De vereisten ten aanzien van raadgevende stem en hoorplicht

De bestuurders en commissarissen hebben ieder in de AVA een raadgevende stem.² De ratio daarvan is dat aandeelhouders met het oog op het uitbrengen van hun stem adequaat geïnformeerd worden over de gevolgen van het geagendeerde besluit voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, zodat zij in staat zijn daarmee rekening te houden.

De bestuurder die geconfronteerd wordt met een voornemen tot ontslag, heeft het recht gehoord te worden door de AVA.³ De ratio van de hoorplicht is het bij de besluitvorming betrekken van de gevolgen van het geagendeerde ontslagbesluit voor de bestuurder. De bestuurder kan naast het vennootschappelijke belang ook persoonlijke belangen inbrengen en hiervoor opkomen.

De eerste eis die aan de raadgevende stem en de hoorplicht gesteld wordt, is dat alle vergader- en stemgerechtigden in de gelegenheid worden gesteld deel te nemen aan en dus worden toegelaten tot de vergadering waarin de besluitvorming over het voorgenomen ontslag plaatsvindt. Deze norm is ingegeven door de gedachte dat een besluit van een meerhoofdig orgaan van een rechtspersoon tot stand dient te komen als 'vrucht van onderling overleg' van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te

¹ Mr. H.A. Hoving en mr. B.M.C. Stenden zijn advocaat bij Dirkzwager legal & tax.

² Art. 2:117 lid 4 en art. 2:227 lid 7 BW.

³ Art. 2:8 lid 1 BW.

nemen.⁴ Deze gedachte heeft niet alleen betrekking op het overleg tussen de stemgerechtigden onderling, maar ook op het overleg met de aanwezige overige vergadergerechtigde(n). De hoorplicht is gebaseerd op de algemene norm van art. 2:8 lid 1 BW dat de aandeelhouder(s) en de bestuurder 'zich als zodanig jegens elkander' gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Enige uitzondering hierop is de onaanvaardbaarheidstoets van lid 2 van art. 2:8 BW. Naar onze mening geldt ook bij het horen van de bestuurder de wederzijdse plicht van de stemgerechtigden tot een gedachtewisseling.

Het tweede vereiste is dat het uitbrengen van de raadgevende stem van bestuurders en commissarissen en het horen van de bestuurder *nut* kunnen hebben. Indien de beslissing van het tot ontslag bevoegde orgaan al vaststaat en de bestuurder(s) en/of commissarissen enkel voor de vorm nog gelegenheid wordt gegeven een raadgevende stem uit te brengen en/of gehoord te worden, is dat onvoldoende.⁵ Het gaat om de inhoudelijke gedachtewisseling ook tussen de stem- en adviesgerechtigden. Mogelijk leiden het door de bestuurder ingebrachte advies (en andere ingebrachte adviezen) en de gedachtewisseling in de algemene vergadering tot andere inzichten en zelfs tot een gewijzigde overtuiging.

Of de bestuurder voor een *fait accompli* wordt gesteld en of het uitbrengen van de raadgevende stem en het horen enkel voor de vorm plaatsvinden, moet (dus) niet alleen procedureel maar ook inhoudelijk beoordeeld worden. Het nut kunnen hebben van de raadgevende stem en de hoorplicht zouden volgens ons in de rechtspraak meer en beter benut kunnen worden door de bestuurder die met een ontslagvoornemen geconfronteerd wordt. Hiervoor bieden de conclusie van de A-G van 17 januari 2020⁶ en de lagere rechtspraak⁷ voldoende aanknopingspunten.

4 HR 15 juli 1968, NJ 1969/101: inzet van de procedure was de nietigheid van een besluit van de vergadering van prioriteitsaandeelhouders van Wijsmuller Nederland B.V. Het besluit om de vergadering van prioriteitsaandeelhouders bijeen te roepen was genomen door drie van de vijf bestuurders (dezelfde personen als de vijf prioriteitsaandeelhouders), terwijl in de statuten stond dat de Raad van Bestuur hiertoe bevoegd was. In de statuten stond dat ingeval de oproepingsformaliteiten niet in acht waren genomen, alleen met algemene stemmen een rechtsgeldig besluit kon worden genomen. Hoewel alle vijf prioriteitsaandeelhouders aanwezig waren op de bewuste vergadering, waar goedkeuring werd gegeven met drie stemmen voor en twee tegen, oordeelde de Hoge Raad zonder voorbehoud dat bij een meerhoofdig orgaan het besluit tot bijeenroeping tot stand moet komen als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen. Dat was ten onrechte niet gebeurd. Zie ook J.D.A. den Tonkelaar, 'Hollands Glorie: de Wijsmullerbeschikking', *Trema* 2016, afl. 6.

5 Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125.

6 Conclusie A-G Assink 17 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:111, zie met name de onderdelen 4.31 tot en met 4.48 en noot 111.

7 Rb. Rotterdam 11 augustus 1995, ECLI:NL:RBROT:1995:AH5341; Rb. Zwolle 29 november 2000, *JOR* 2001/80; Rb. Zutphen 27 juli 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ9088; Rb. Limburg 9 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:125 en Rb. Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6844.

Indien niet voldaan is aan deze vereisten van raadgevende stem en/of hoorplicht, kan de bestuurder het ontslagbesluit door de rechter laten vernietigen. De bestuurder kan er ook voor kiezen het ontslagbesluit te aanvaarden en via het arbeidsrecht rechtsmiddelen aan te wenden waarover meer in paragraaf 3.

2.3 Vernietigbaarheid

Indien een besluit van een rechtspersoon in strijd is met de wet of de statuten, leidt dit tot nietigheid, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit.⁸ Een besluit van een rechtspersoon is vernietigbaar wegens strijd met (a) wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, (b) de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en (c) een reglement.

Bij een nietig besluit⁹ is een wettelijke of statutaire bepaling geschonden die betrekking heeft op de geldigheid van het besluit. Denk aan een besluit zonder de vereiste meerderheid.¹⁰ Bij een vernietigbaar besluit¹¹ is een wettelijke of statutaire bepaling geschonden die betrekking heeft op de totstandkoming van het besluit. Het gaat dan om meer formele, procedurele vereisten die geschonden zijn. Bijvoorbeeld bepalingen betreffende oproeping voor een vergadering van het orgaan. Het niet in de gelegenheid stellen van de bestuurder een raadgevende stem uit te brengen en schending van de hoorplicht zien ook op het tot stand komen van het ontslagbesluit. Om die reden leidt het niet-naleven hiervan tot vernietigbaarheid volgens de Hoge Raad.¹² Zie hierover de lezenswaardige conclusie van A-G Assink.¹³

Vernietiging van het ontslagbesluit door de rechter heeft tot gevolg dat ook het arbeidsrechtelijke ontslag ongeldig is.¹⁴ De heersende leer in rechtspraak en literatuur is dat het omgekeerde niet het geval is: een arbeidsrechtelijk gebrek wordt niet meegewogen bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslagbesluit.¹⁵ Anders: De Bock, die van mening is dat onder omstandigheden het niet-bestaan van enige arbeidsrechtelijke ontslaggrond tot vernietiging van het ontslagbesluit kan leiden.¹⁶ Recentelijk

8 Art. 2:14 lid 1 BW.

9 Art. 2:14 lid 1 BW.

10 *Kamerstukken II* 1982/93, 17 725, nr. 3, p. 61.

11 Art. 2:15 lid 1 sub a BW.

12 HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832: de Hoge Raad deed de zaak af op grond van art. 81 RO. Kennelijk is de Hoge Raad van mening – met de A-G – dat de rechtsopvatting die het cassatiemiddel voorstaat, onjuist is in het licht van de onderdelen 4.18–4.43 van de conclusie van de A-G.

13 Conclusie A-G 17 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:111 en Hof 's-Hertogenbosch 27 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4876.

14 Hof Amsterdam 26 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC6834; Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD9776; Rb. Noord-Holland 17 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264 en Rb. Noord-Holland 5 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7938.

15 HR 26 oktober 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4887 (*Sjardin/Sjartec*).

16 E.S. de Bock, 'De bijzondere positie van de bestuurder van de NV of de BV', in: G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 306 en ook recent E.S. de Bock, 'Kroniek statutair bestuurder medio 2018 - medio 2020', *ArbeidsRecht* 2020/36.

verwierp Rechtbank Gelderland deze visie en bevestigde daarmee de heersende leer.¹⁷

3. Arbeidsrechtelijke middelen

3.1 *Het ontbreken van een redelijke ontslaggrond en de billijke vergoeding*

In de 15-april-arresten¹⁸ oordeelde de Hoge Raad dat het vennootschapsrechtelijke ontslag van een bestuurder tevens de opzegging van de arbeidsovereenkomst meebrengt, tenzij sprake is van een wettelijk opzegverbod of tenzij partijen anders overeenkomen.

3.1.1 *De redelijke ontslaggrond*

Sinds 1 juli 2015 is voor ontslag van een werknemer een 'redelijke grond' vereist. Dit geldt ook voor het ontslag van een bestuurder.¹⁹ Het ontbreken van een redelijke ontslaggrond leidt evenwel niet tot een ongeldig ontslagbesluit. De rechter kan, anders dan bij een gewone werknemer, de arbeidsovereenkomst niet herstellen²⁰ noch de opzegging vernietigen.²¹ De ontslagen bestuurder kan bij een ontslag wegens strijd met art. 7:669 BW alleen aanspraak maken op een billijke vergoeding (art. 7:682 lid 3 sub a BW).

De redelijke ontslaggronden zijn limitatief opgesomd in art. 7:669 lid 3 BW. Iedere ontslaggrond heeft specifieke vereisten. Bij het ontslag van een bestuurder liggen de ontslaggronden disfunctioneren (de d-grond) en verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond), vanwege de hieraan gestelde vereisten niet voor de hand. Denk aan de situatie dat de bestuurder botst met een aantal aandeelhouders en/of commissarissen of dat sprake is van een strijd tussen bloedgroepen.²² Men kan zich in die gevallen afvragen of het aanbieden van een verbetertraject of een vorm van mediation redelijkerwijs van de vennootschap gevegd kan worden en praktisch uitvoerbaar is.²³ Hieronder bespreken wij of de h-grond uitkomst kan bieden.

3.1.2 *De h-grond: het kan vriezen en het kan dooien*

Voor een geslaagd beroep op de h-grond dient sprake te zijn van 'andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld van het toepassingsbereik van de h-grond genoemd de manager met wie verschil van inzicht bestaat over het te

voeren beleid.²⁴ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de h-grond niet kan worden aangevoerd voor het repareren van onvoldragen ontslaggronden.²⁵

Uit een analyse die Muradin²⁶ maakte van de gepubliceerde rechtspraak over de h-grond gedurende de periode 1 juli 2015 tot april 2017, blijkt dat slechts in 13 van de 24 ontslagzaken een voldragen h-grond werd aangenomen.²⁷ In de uitspraken waarin de h-grond niet aanwezig werd geacht, was deze vaak (meer) subsidiair aangevoerd zonder specifieke onderbouwing van de stelling dat de aangevoerde feiten en omstandigheden tot de aanwezigheid van deze ontslaggrond leidden.²⁸

Onze analyse van de rechtspraak van april 2017 tot en met november 2020 borduurt voort op die van Muradin, maar – anders dan Muradin – hebben wij ons onderzoek beperkt tot statutair bestuurders en niet ook andere hooggeplaatste werknemers meegenomen omdat 'hooggeplaatst' relatief is. Slechts in zes van de twintig²⁹ uitspraken die wij onderzochten werd een voldragen h-grond aanwezig geacht.³⁰ In de veertien uitspraken waarin de h-grond niet aanwezig werd geacht, komen de volgende dragende overwegingen voor:

- a. De feiten behelzen geen verschil van inzicht over het te voeren beleid maar disfunctioneren (of een verstoorde arbeidsverhouding). De h-grond is niet bedoeld voor het aanvullen van deze onvoldragen ontslaggronden.³¹

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

18 HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030 (*Eggenhuizen/Unidek*); HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2032 (*Verkerk/Unidek*) en HR 15 april 2015, ECLI:NL:HR:2005:AS2713 (*Bartelink/Ciris*).

19 Art. 7:669 lid 1 en 3 BW.

20 Art. 2:134 lid 3 en art. 244 lid 3 BW en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 29.

21 Art. 7:671 lid 1 sub e BW.

22 A.J. Swelheim, 'Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?', *ArbeidsRecht* 2014/51.

23 Rb. Noord-Holland 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6962.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 3, p. 46 en 99 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 7, p. 130.

25 *Handelingen I* 2013/14, 33 818, 32, p. 10.

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

27 Rb. Amsterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600; Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365; Rb. Den Haag 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882; Rb. Rotterdam 3 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4316; Rb. Den Haag 9 juni 2016, zaaknummer: 4906443 RP VERZ 16-50210; Ktr. Amsterdam 22 juni 2016, zaaknummer: EA 16-375 en EA 16-453; Rb. Noord-Holland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5666; Rb. Limburg 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8114; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8079; Ktr. Enschede 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870; Rb. Gelderland 1 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6853; Hof Den Haag 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520 en Hof Arnhem-Leeuwarden 19 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10230.

28 Rb. Maastricht 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8914.

29 De uitspraken van Rb. Noord-Holland 6 september 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:7944; Rb. Amsterdam 15 november 2018 C/13/653131 / HA RK 18-269 en Rb. Noord-Nederland 22 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5483 waarin de h-grond (subsidiair) was aangevoerd, maar de rechter daar niet aan toekwam omdat een verstoorde arbeidsverhouding werd aangenomen, hebben wij buiten beschouwing gelaten.

30 Rb. Overijssel 21 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1908; Rb. Amsterdam 26 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:8002; Rb. Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:16170; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4989; Rb. Midden-Nederland 12 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2903 en Rb. Noord-Holland 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6962.

31 Rb. Amsterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9104; Rb. Amsterdam 14 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2115; Rb. Gelderland 28 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1439; Rb. Noord-Holland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5158 en Rb. Gelderland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3696.

- b. Er had onvoldoende inhoudelijk overleg plaatsgevonden met de bestuurder over het gestelde verschil van inzicht over het te voeren beleid.³²
- c. Het vennootschapsrechtelijke ontslag van een bestuurder brengt naar zijn aard niet mee dat sprake is van een voldragen h-grond.³³

Muradin had in zijn analyse al geconstateerd dat de h-grond specifiek moet worden onderbouwd en dat deze niet mag worden gebruikt om andere gronden aan te vullen. Dit stemt overeen met onze bevindingen van de rechtspraak ná april 2017 (zie sub a). Aanvullend constateren wij dat serieus overleg met de bestuurder over het verschil van inzicht, gevolgd door het falen van pogingen dit op te heffen, doorslaggevend kan zijn voor de rechterlijke honorering van een beroep op de h-grond. Tot slot constateren wij dat een beroep op de h-grond de voorbije drie jaren vaker werd afgewezen (14 op de 20, 70%) dan twee jaar daarvoor (11 op de 24, 46%). Wellicht waren de rechters de eerste twee jaar na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid nog zoekend en is gaandeweg een duidelijkere (lees: stringenter) lijn in de rechtspraak ontstaan.

3.1.3 Billijke vergoeding

Indien de rechter oordeelt dat geen sprake is van een voldragen redelijke ontslaggrond, kan op verzoek van de bestuurder ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toegekend worden (art. 7:682 lid 3 sub a BW).³⁴ De rechter kan daarnaast aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:682 lid 3 sub b BW). Voor de vraag of een werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, kan relevant zijn of de werkgever jegens de bestuurder arbeidsrechtelijke of vennootschapsrechtelijke verplichtingen, zoals de raadgevende stem en de hoorplicht, heeft geschonden. In het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht van Titel 7.10 BW was dit niet anders bij het toetsen van de vraag of de werkgever de arbeidsovereenkomst met de bestuurder kennelijk onredelijk had opgezegd.³⁵ De enkele omstandigheid dat de bestuurder niet op grond van art. 2:15 BW vernietiging van het ontslagbesluit van de AVA had gevorderd, belette niet dat de totstandkoming en de inhoud van dit besluit (mede) ten grondslag konden worden gelegd aan de stelling dat de vennootschap de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk had opgezegd.

32 Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726; Rb. Oost-Brabant 4 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6831; Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137; Rb. Gelderland 6 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5917; Hof 's-Hertogenbosch 19 april 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1643; Rb. Overijssel 26 september 2018; Rb. Amsterdam 3 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7351 en Rb. Gelderland 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4618.

33 Rb. Amsterdam 6 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6636 en Rb. Noord-Holland 16 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5158.

34 Art. 2:134 lid 1 en lid 3 (bv), art. 2:244 lid 1 en lid 3 BW (nv) en art. 2:37 lid 6 BW (vereniging).

35 HR 18 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7225, NJ 1996, 609, m.nt. M. Maeijer (*Van der Giessen/ACV*) en Hof Arnhem 20 januari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4267.

Voor de omvang van de billijke vergoeding, ook voor die aan een bestuurder, komt het aan op alle omstandigheden van het geval en kan mede gelet worden op zeven gezichtspunten.³⁶ Eén van deze gezichtspunten is in hoeverre de reden waarom de werknemer afziet van vernietiging, aan de werkgever kan worden toegerekend. De bestuurder kan weliswaar niet de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigen, maar wel het ontslagbesluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub a en sub b BW, indien bijvoorbeeld de raadgevende stem en/of de hoorplicht zijn/is geschonden. Indien de bestuurder afziet van de vernietiging van het ontslagbesluit om redenen die aan de vennootschap (werkgever) zijn toe te rekenen, is dit volgens ons een relevant gezichtspunt in het arbeidsrechtelijke debat over de begroting van de billijke vergoeding.³⁷

In antwoord op de onderzoeksvraag concluderen wij dat vennootschapsrechtelijke gebreken bij de totstandkoming van het ontslagbesluit, zoals schending van de raadgevende stem en de hoorplicht, kunnen doorwerken bij de arbeidsrechtelijke toets ter zake van de ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever (art. 7:682 lid 3 sub b BW) en vervolgens bij de vaststelling van de omvang van de billijke vergoeding. Dit blijkt ook uit een uitspraak van de Rechtbank Den Haag in 2019 waarin werd geoordeeld dat schending van statutaire bepalingen bij schorsing van de bestuurder ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever opleverde én werd meegewogen bij vaststelling van de omvang van de billijke vergoeding.³⁸

3.2 De cumulatiegrond en de extra vergoeding

3.2.1 Algemeen

Op 1 januari 2020 werd een extra ontslaggrond toegevoegd aan art. 7:669 lid 3 BW, de i-grond. Deze toevoeging heeft wellicht grotere gevolgen voor de bestuurder dan voor de gewone werknemer. Wij lichten dit hieronder toe.

De reden van toevoeging van deze i-grond (ook wel de cumulatiegrond genoemd) is dat in de praktijk bleek dat zich situaties kunnen voordoen waarin ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is, terwijl geen sprake is van een voldragen c, d, e, g of h-grond. De rechter kon in dat geval de arbeidsovereenkomst niet ontbinden en dus onvoldoende maatwerk leveren. De cumulatiegrond zou hiervoor de oplossing moeten bieden. De introductie van de cumulatiegrond is een versoepeling én verruiming van het ontslagrecht. Wel blijft onveranderd dat er een deugdelijk dossier moet zijn.³⁹ Een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer onvoldragen ontslaggronden, te

36 HR 30 juni 2017 (*New Hairstyle*), ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.4 en HR 8 juni 2018 (*Zinzia*), ECLI:NL:HR:2018:878 en P. Kruit in een annotatie in *AR-updates* van 3 februari 2020.

37 Zowel de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 sub a BW als van art. 7:682 lid 3 sub b BW.

38 Rb. Den Haag 20 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:379.

39 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 64.

weten de c-, d-, e-, g- of h-grond, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, kan leiden tot een voldragen cumulatiegrond. Anders dan tot nu toe in de rechtspraak wordt geoordeeld,⁴⁰ is bij de cumulatiegrond volgens de tekst van de wet niet vereist dat een van de andere ontslaggronden bijna voldragen is.⁴¹ Een volgens ons juiste toetsingsmaatstaf wordt gegeven in een uitspraak van Rechtbank Gelderland.⁴²

Indien de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de cumulatiegrond, kan – ook door de bestuurder – naast de transitievergoeding aanspraak worden gemaakt op een extra vergoeding ter hoogte van de helft van de transitievergoeding.⁴³ Het toekennen van een extra vergoeding is volgens ons een (nieuw) gezichtspunt waarmee een rechter rekening dient te houden bij de vaststelling van een billijke vergoeding in geval van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever (art. 7:682 lid 3 sub b BW).

3.2.2 De gevolgen van de cumulatiegrond voor de bestuurder

De rechtspraak over de h-grond levert een wisselend beeld op; een voldragen h-grond wordt vaker niet dan wel aanwezig geacht. Bij afwijzing wordt regelmatig het argument genoemd dat de aan de h-grond ten grondslag liggende feiten en omstandigheden horen bij een andere ontslaggrond en de h-grond niet bedoeld is om andere niet-voldragen ontslaggronden te repareren en aan te vullen. Het ten grondslag leggen van feiten en omstandigheden die horen bij een of meer andere ontslaggronden mag bij de i-grond juist wél. Daarnaast is van belang dat de h-grond (onder andere) bedoeld is voor de situatie van de manager met wie een verschil van inzicht bestaat over het te voeren beleid. Deze situatie, in combinatie met de verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond), doet zich veelvuldig voor bij ontslag van een bestuurder. Voor managers/bestuurders is een extra ontslaggrond (de h-grond) voorhanden, met dus meer mogelijkheden om te cumuleren in de i-grond.

Vanwege de koppeling van het ontbreken van een redelijke ontslaggrond (art. 7:683 lid 3 sub a BW) aan de aanspraak op een billijke vergoeding verwachten wij dat aan bestuurders minder snel dan vóór 2020 een billijke vergoeding zal worden toegekend. De nadruk zal meer komen te liggen op (onderhandelingen over) de cumulatiegrond en de toekenning van de extra vergoeding van art. 7:682 lid 7 BW naast de transitievergoeding. Nog meer dan voorheen dient de bestuurder zich bij de aanvaarding van de benoeming en

het overleg over de arbeidsovereenkomst te realiseren dat zijn rechtspositie bij ontslag slechter is dan die van een gewone werknemer. Dit pleit ervoor in de arbeidsovereenkomst van de bestuurder afspraken te maken over al dan niet voorzienbare situaties waarin het mis kan gaan en ontslag aan de orde komt. Hierbij liggen een langere opzegtermijn en een beëindigingsvergoeding (afhankelijk van de tijdsfactor en de omstandigheden van het geval) het meest voor de hand.

4. Conclusies

Gebreken met betrekking tot het gelegenheid bieden aan bestuurders en commissarissen om in geval van een voorname tot ontslag van een bestuurder een raadgevende stem uit te brengen en gebreken die kleven aan het horen van de bestuurder die geconfronteerd wordt met een ontslagvoornemen, tellen niet alleen mee bij de procedurele, maar ook bij de materiële beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslagbesluit van de vennootschap. De bestuurder mag door de stemgerechtigde aandeelhouder(s) niet voor een *fait accompli* worden gesteld.

Arbeidsrechtelijke gebreken spelen geen rol bij de toetsing van de geldigheid van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit. Andersom kan wel: vennootschapsrechtelijke gebreken zoals inbreuken van de AVA op de raadgevende stem en de hoorplicht kunnen een rol spelen bij het antwoord op de arbeidsrechtelijke vraag of het ontslag ernstig verwijtbaar is aan de werkgever en bij de vaststelling van de omvang van de billijke vergoeding. Inbreuken op de raadgevende stem en de hoorplicht zullen een opwaarts effect hebben op de billijke vergoeding.

Door invoering van de i-grond kan sinds 2020 eerder sprake zijn van een voldragen ontslaggrond. Waar aanvullen en cumuleren van onvoldragen ontslaggronden aan ontslag op de a-h gronden in de weg staan, is dit bij de i-grond de norm. Bestuurders (en managers) hebben in geval van een verschil van inzicht over het te voeren beleid naast de c-, d-, e-, en g-grond een extra onvoldragen ontslaggrond (de h-grond) om te cumuleren, terwijl de h-grond bij een gewone werknemer vrijwel niet in beeld komt. Hierdoor zal eerder dan bij gewone werknemers sprake zijn van een redelijke ontslaggrond. Indien de rechter oordeelt dat bij het ontslag van een bestuurder sprake is van de i-grond, ontbeert de bestuurder een van de twee wettelijke grondslagen voor een recht op een billijke vergoeding.⁴⁴ De bestuurder heeft dan wel aanspraak op de extra (cumulatie)vergoeding, maximaal 50% van de transitievergoeding. De gevolgen hiervan zijn tweemaal. Ten eerste heeft de ontslagen bestuurder in dat geval alleen nog aanspraak op een billijke vergoeding indien het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁴⁵ De ernstige ver-

40 Bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4333 en Rb. Midden-Nederland 24 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3327 en ook Rb. Noord-Holland 17 februari 2020 ECLI:NL:RBNHO:2020:1036 met annotatie van O. van der Kind, *AR-updates 2020-0225*.

41 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 074, nr. 9, p. 57 en in woorden van gelijke strekking ook in *Kamerstukken I* 2018/19, 35 074, D, p. 64.

42 Rb. Gelderland 13 oktober 2019, ECLI:NL:RBGEL:2020:5426.

43 Art. 7:682 lid 7 BW.

44 Art. 7:683 lid 3 sub a BW.

45 Art. 7:682 lid 3 sub b BW.

wijtbaarheid van de werkgever kan ook onderbouwd worden met gebreken die kleven aan de totstandkoming van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit, zoals het passeren van de verplichtingen van de algemene vergadering tot het uitbrengen door de bestuurder van een raadgevende stem en het horen van de bestuurder. Ten tweede kan de extra cumulatievergoeding, net als de transitievergoeding, een gezichtspunt zijn met een neerwaarts effect op de billijke vergoeding.