

De arbeidsovereenkomst van de bestuurder na een statutair ontslag: een lege huls met uitgeholde ontslagbescherming?

Mr. S. J. Sterk *

Recent oordeelde de Rechtbank Overijssel dat het ontslag van een werknemer als statutair bestuurder van een moedermaatschappij een redelijke grond opleverde voor diens arbeidsrechtelijke ontslag bij de dochtermaatschappij. In deze bijdrage wordt geanalyseerd of deze redenering zich verdraagt met het arbeidsrecht.

1 Juridische achtergronden

1.1 Inleiding

Op 21 april 2017 wees de Rechtbank Overijssel, sector kanton, een beschikking die mogelijk vergaande gevolgen heeft voor de ontslagbescherming van werknemers die statutair bestuurder¹ zijn bij een andere groepsmaatschappij dan hun werkgever en voor stichtingsbestuurders.² In dit artikel wordt ingezoomd op deze uitspraak, de mogelijke consequenties hiervan en de vraag of de rechter tot een juist oordeel is gekomen. Allereerst is voor een goed begrip van deze uitspraak van belang hoe het ontslagrecht functioneert voor gewone werknemers en bestuurders. Dat komt kort gezegd op het volgende neer.

1.2 Systematiek ontslagrecht bij (reguliere) werknemers

Vanaf 1 juli 2015 is vanwege de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) een 'redelijke grond' vereist voor het ontslag van werknemers. De redelijke ontslaggronden zijn limitatief in de wet opgesomd (art. 7:699 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Als een werkgever eenzijdig tot ontslag van een werknemer wil komen, moet hij – afhankelijk van welke ontslaggrond aanwezig is – aan het UWV toestemming vragen om op te zeggen of zich tot de rechter wenden met een ontbindingsverzoek. Het UWV moet worden aangezocht in geval van bedrijfseconomische redenen (a-grond) of twee jaar

ziekte (b-grond). De rechter oordeelt over de overige ontslaggronden: regelmatige ziekte (c-grond), disfunctioneren (d-grond), verwijtbaar handelen of nalaten (e-grond), werkweigering wegens gewetensbezwaren (f-grond), verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (g-grond), of overige omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (h-grond). De h-grond is alleen bedoeld voor omstandigheden die daadwerkelijk anders zijn dan genoemd in de overige gronden en kan niet worden gebruikt als 'reparatie' als een van de andere gronden niet helemaal voldragen is.

Als er geen redelijke grond aanwezig is, zal het UWV geen toestemming verlenen en zal de rechter een ontbindingsverzoek afwijzen. Dan blijft de werknemer in dienst. Eindigt de arbeidsovereenkomst wel omdat er een redelijke grond aanwezig is, dan heeft een werknemer die ten minste twee jaar in dienst is in principe recht op een wettelijke ontslagvergoeding: de transitievergoeding. Daarbovenop kan de werkgever een aanvullende 'billijke vergoeding' verschuldigd zijn. Dat is het geval wanneer het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In de wetsgeschiedenis is benadrukt dat hier slechts in uitzonderlijke gevallen plaats voor zal zijn.

1.3 Systematiek ontslagrecht bij bestuurders

Bestuurders van wie Boek 2 BW bepaalt dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is, hebben een uitzonderingspositie.³ Dat zijn alle bestuurders die een arbeidsovereenkomst hebben met de entiteit waarvan zij statutair bestuurder zijn,⁴ met uitzondering van de stichtingsbestuurder. Voor het ontslag van deze bestuurders is weliswaar een redelijke grond vereist, maar er geldt geen preventieve ontslagtoets.⁵ De

* Mr. S.J. Sterk is werkzaam als advocaat bij Van Doorne te Amsterdam.

1. Waar in dit artikel hierna wordt gesproken over 'bestuurder' wordt bedoeld op 'statutair bestuurder'.
2. Rb. Overijssel 21 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1908 (2Switch). Zie tevens AR-Updates.nl 2017-0563, JAR 2017/127 m.nt. Wiersma, OR-Updates.nl 2017-0159 en JOR 2017/195 m.nt. Bennaars.

3. Zie art. 2:37 lid 6, 2:57a lid 1, 2:132 lid 3 en 2:244 lid 3 BW.

4. Dit geldt eveneens voor vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen.

5. Art. 7:671 lid 1 onderdeel e BW.

arbeidsovereenkomst kan dus worden beëindigd zonder dat voorafgaand het UWV of de rechter toetst of een redelijke grond aanwezig is. Als er geen redelijke grond aanwezig is, geeft dat de bestuurder recht op een billijke vergoeding, maar de afwezigheid van de redelijke grond staat niet in de weg aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast heeft deze bestuurder, net als een gewone werknemer, recht op een transitievergoeding en de mogelijkheid om een billijke vergoeding te vorderen als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld in verband met het ontslag.⁶

Voor de stichtingsbestuurder en de bestuurder die bij een andere groepsmaatschappij in dienst is dan waar hij bestuurder is, geldt de preventieve ontslagtoets wel.⁷ Dat betekent dat de werkgever aannemelijk zal moeten maken dat een redelijke ontslaggrond aanwezig is, voordat hij tot een beëindiging kan komen. Deze bestuurders lijken zich dus redelijk beschermd te kunnen voelen tegen een (ongerechtvaardigd) ontslag. Recent werd echter een uitspraak gedaan door de Rechtbank Overijssel in de zaak 2Switch, die deze bescherming flink op de helling zet.⁸

2 De uitspraak

In de zaak 2Switch werd ontbinding verzocht van de arbeidsovereenkomst van een werknemer die in dienst was van 2Switch Services B.V. (hierna: 2Switch) als (titulair) directeur. De directeur was gelijktijdig met zijn indiensttreding ook benoemd tot statutair bestuurder van 2Switch Holding B.V., de enig aandeelhouder en bestuurder van 2Switch.

De directeur was voorzitter van het managementteam van 2Switch. Nadat de directeur de arbeidsovereenkomsten van de twee andere leden van het managementteam had beëindigd respectievelijk niet had verlengd, wendden deze twee managementteamleden zich tot de raad van commissarissen met kritiek op het functioneren van de directeur. Naar aanleiding van deze kritiek liet de raad van commissarissen een onderzoek uitvoeren onder de medewerkers. Het onderzoeksrapport bevatte kritiek op de manier van leidinggeven van de directeur. Uiteindelijk wordt de directeur op 5 september 2016 ontslagen als statutair bestuurder van 2Switch Holding B.V. en vervolgens wordt er door 2Switch een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend bij de rechter.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst met 2Switch wordt primair verzocht op de h-grond (overige omstandigheden),

subsidiair op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) en meer subsidiair op de d-grond (disfunctioneren). 2Switch voert onder meer aan dat door het ontslag als bestuurder de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden, dat 2Switch het vertrouwen is verloren in de directeur, en dat de directeur disfunctioneerde.

De kantonrechter concludeert dat de positie van de directeur als werknemer bij 2Switch onlosmakelijk verbonden is met zijn positie als statutair bestuurder van 2Switch Holding B.V. Daarbij neemt de kantonrechter de volgende omstandigheden in aanmerking. Onvoldoende weersproken is dat de arbeidsovereenkomst van de directeur met 2Switch geheel was geënt op zijn positie als bestuurder van de holding. De benoeming als bestuurder heeft tegelijk plaatsgevonden met de start van de arbeidsovereenkomst. De directeur is de enig bestuurder van de holding en is als zodanig ook de enige indirect bestuurder van de werkmaatschappijen (waaronder 2Switch). Daar komt bij dat ingevolge de arbeidsovereenkomst 2Switch ten behoeve van haar directeur een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten.

Vanwege deze verbondenheid tussen het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst betekent het eindigen van de bestuurderspositie bij de holding dat de arbeidsovereenkomst bij 2Switch inhoudsloos is geworden. Daarom kon in redelijkheid niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren en acht de kantonrechter een h-grond aanwezig. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. De kantonrechter stelt met dit oordeel aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad in de zogeheten 15 april-arresten (waarover later meer). Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van 2Switch is volgens de kantonrechter geen sprake.

3 Wat betekent deze uitspraak?

3.1 Het soort bestuurders waarvoor deze uitspraak gevolgen kan hebben

De kantonrechter lijkt zijn conclusie dat de positie als werknemer en de positie als bestuurder onlosmakelijk zijn verbonden vooral te baseren op de constatering dat de arbeidsovereenkomst geheel geënt is op de positie als bestuurder. De andere genoemde omstandigheden lijken met name te dienen als onderbouwing van deze constatering. De kantonrechter refereert in dit verband niet expliciet aan het inhoudelijke takenpakket uit de arbeidsovereenkomst.⁹ Dit zal echter ongetwijfeld hebben meegewogen in de beoordeling. Een arbeidsovereenkomst is immers pas geheel geënt op een bestuurderspositie als de werkzaamheden die worden verricht in het kader van de arbeidsovereenkomst bestaan uit het uitoefenen van de taken en bevoegdheden verbonden aan het bestuurderschap en niet kunnen worden uitgeoefend zonder dat bestuurderschap.

6. Deze bestuurder kan dus op twee separate gronden een billijke vergoeding vorderen (art. 7:682 lid 3 BW).

7. De uitzondering genoemd in art. 7:671 lid 1 onderdeel e BW is in dit geval niet van toepassing.

8. De zaak 2Switch ziet op een bestuurder die bij een andere groepsmaatschappij in dienst is dan waar hij bestuurder is. De door de Rechtbank Overijssel gebruikte redenering kan echter eveneens worden toegepast op de stichtingsbestuurder, omdat ook bij stichtingsbestuurders de preventieve ontslagtoets geldt. Ook bij stichtingsbestuurders komt het dus voor dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt verzocht, nadat het bestuurderschap reeds is beëindigd.

9. Mogelijk dient de verwijzing naar het 'indirect' bestuurder zijn van de werkmaatschappijen te worden gelezen als een verwijzing naar de inhoudelijke werkzaamheden, maar dat licht de kantonrechter niet nader toe.

Nu bij bestuurders de arbeidsovereenkomst doorgaans (geheel) is geënt op het bestuurderschap, zal in de redenering van de kantonrechter bij de meeste bestuurders de conclusie zijn dat de positie als werknemer onlosmakelijk is verbonden met de positie als bestuurder. Die conclusie is waarschijnlijk pas anders bij bestuurders die om praktische redenen de bestuurderstitel hebben gekregen, maar eigenlijk nauwelijks bestuurstaken uitoefenen (in de literatuur, in een andere context, ook wel ‘functioneel bestuurders’ genoemd).¹⁰ Bij die ‘functioneel bestuurders’ zijn de positie als werknemer en de positie als bestuurder dan niet onlosmakelijk verbonden.

Hoewel deze uitspraak ziet op een bestuurder die bij een andere groepsmaatschappij in dienst is dan waar hij bestuurder is, kan dezelfde redenering worden toegepast op de stichtingsbestuurder. Bij die bestuurders is de arbeidsovereenkomst doorgaans ook (geheel) geënt op het zijn van stichtingsbestuurder en geldt ook de preventieve ontslagtoets.

3.2 Arbeidsrechtelijke consequenties

Als dit oordeel van de Rechtbank Overijssel navolging vindt in de rechtspraak, zou dit een flinke aantasting betekenen van de (arbeidsrechtelijke) rechtsbescherming van bestuurders voor wie een preventieve ontslagtoets geldt.

Het vereiste dat er voor ontslag een redelijke grond moet zijn, heeft voor hen dan weinig betekenis meer, omdat de (groep van de) werkgever zelf een redelijke ontslaggrond kan creëren door over te gaan tot ontslag als statutair bestuurder. Na een ontslag als statutair bestuurder kan dan ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden verzocht op de h-grond, met als argument dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden. Zo kan het arbeidsrechtelijke ontslag altijd worden gerealiseerd. Na ontbinding krijgt de bestuurder een transitievergoeding mee, maar hij zal doorgaans niet succesvol een billijke vergoeding kunnen vorderen. Bestuurders op wie de preventieve ontslagtoets van toepassing is, kunnen in principe slechts een billijke vergoeding vorderen als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever in verband met het ontslag. Hiervan is slechts in uitzonderlijke gevallen sprake.

3.3 Vergelijkbare uitspraken

De zaak 2Switch is niet de eerste keer dat een rechter een bestuurdersontslag aangrijpt om tot een h-grond te komen. In juni 2016 oordeelde de Rechtbank Amsterdam in vergelijkbare zin bij het ontslag van een stichtingsbestuurder.¹¹ Een h-grond werd aanwezig geacht, (mede) omdat de arbeidsovereenkomst geheel geënt was op de positie als algemeen directeur en de raad van toezicht was overgegaan tot ontslag uit de statutaire positie. Ook ontbond het Scheidsgerecht Gezondheidszorg recentelijk de arbeidsovereenkomst met een stich-

tingsbestuurder op de h-grond, omdat het na het ontslag als bestuurder niet langer mogelijk was de bedongen arbeid te verrichten en de arbeidsovereenkomst daarmee een lege huls was geworden (hierna kortweg: de legehulstheorie).¹²

Het feit dat de legehulstheorie in andere bestuurderszaken dan hierboven genoemd nog niet is toegepast, is wat mij betreft onvoldoende om aan te nemen dat andere rechters deze niet onderschrijven.¹³ In de andere bestuurdersuitspraken onder de WWZ werd het legehulsargument doorgaans niet aangevoerd door de werkgever, zodat het simpelweg niet aan de orde kwam.

4 Een terecht oordeel?

4.1 Verenigbaarheid van de legehulstheorie met (de bedoeling van) de wet

De kernvraag die ik in dit artikel aan de orde stel, is of het terecht is dat de kantonrechter een redelijke grond aanneemt voor een arbeidsrechtelijk ontslag vanwege het enkele vennootschapsrechtelijke ontslag als bestuurder.

Daarbij is allereerst van belang dat, zoals genoemd, het vereiste van de redelijke grond van toepassing is op alle werknemers, inclusief bestuurders. De gedachte daarachter is dat er bij alle werknemers een inhoudelijke toets plaatsvindt ten aanzien van de vraag of een ontslag, gelet op de reden, wel gerechtvaardigd is. Als een redelijke grond bij een bestuurder altijd kan worden gecreëerd vanwege verbondenheid tussen de arbeidsovereenkomst en de statutaire positie, wordt deze inhoudelijke toets een wassen neus. Waarom tot ontslag als bestuurder wordt overgegaan, wordt immers niet onderzocht. Duk is het dan ook oneens met de redenering dat het enkele ontslag als bestuurder arbeidsrechtelijk een h-grond oplevert, nu ook voor bestuurders een toetsing aan de redelijkheid van de ontslaggrond moet plaatsvinden.¹⁴

Zelfs als zou moeten worden geoordeeld dat een voldoende inhoudelijke toets naar de ontslaggrond plaatsvindt als de rechter toetst of een werknemer als bestuurder is ontslagen, dan nog komt de legehulstheorie in strijd met (de bedoeling van) de wet. Dit zal ik hierna toelichten.

Op grond van artikel 7:682 lid 3 onderdeel b BW heeft een ontslagen bestuurder (voor wie geen preventieve toets geldt) recht op een billijke vergoeding als er geen redelijke grond is voor het ontslag.¹⁵ Dat is expliciet in de wetsgeschiedenis

10. Zie o.m. H.T. ten Have, *Onsplitsbaarheid van het ontslag van een statutair directeur*, V&O 2005, afl. 9, p. 151-153 en F.C. van Uden, *De functioneel statutair bestuurder*, *ArbeidsRecht* 2006/63.

11. Rb. Amsterdam 22 juni 2016, AR 2016-0751.

12. Scheidsgerecht Gezondheidszorg 4 juli 2017, kenmerk 17/08.

13. Bennaars lijkt dit anders te zien. J.H. Bennaars, *De bestuurder en zijn ontslag post-Wwz – anything new?*, TAP 2017/123.

14. R.A.A. Duk, *Redelijke gronden: een Procrustesbed?*, TRA 2016/80.

15. Art. 7:682 lid 3 onderdeel b BW geeft een bestuurder recht op een billijke vergoeding in geval van schending van art. 7:669 BW. Art. 7:669 BW bepaalt kort gezegd dat pas tot ontslag kan worden gekomen als een redelijke grond aanwezig is en herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

benadrukt.¹⁶ Door aanvaarding van de legehulstheorie zou dit recht weinig betekenis hebben, omdat een redelijke grond altijd gecreëerd kan worden.¹⁷

Deze onverenigbaarheid met artikel 7:682 lid 3 BW zou niet aanwezig zijn als wordt aangenomen dat de legehulstheorie slechts ziet op bestuurders voor wie de preventieve toets geldt (zoals de bestuurder in de onderhavige uitspraak). Bestuurders voor wie de preventieve toets geldt, vallen immers niet onder artikel 7:682 lid 3 BW. Toegegeven moet worden dat de legehulstheorie wat anders uitwerkt als deze wordt toegepast op vennootschapsbestuurders voor wie geen preventieve toets geldt. Bij deze bestuurders is het vennootschapsrechtelijke ontslag tevens de opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹⁸ Er is dus nog geen lege huls voordat tot arbeidsrechtelijke opzegging wordt besloten, zodat die lege huls ook niet de (redelijke) grond voor de opzegging kan zijn.¹⁹

Het beperken van de legehulstheorie tot bestuurders voor wie de preventieve toets geldt (zoals de bestuurder in de onderhavige zaak), leidt echter eveneens tot zeer onwenselijke uitkomsten. Dat zou betekenen dat een redelijke grond eerder gevonden kan worden bij de bestuurders voor wie een preventieve toets geldt dan voor bestuurders voor wie deze niet geldt. Een dergelijk onderscheid is niet te rechtvaardigen, zeker nu bij uitstek over die laatste bestuurders wordt aangenomen dat het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst onlosmakelijk verbonden zijn en dat zij een hoog afbreukrisico hebben. Ook Wiersma meent dat het maken van een dergelijk onderscheid – waardoor de ene bestuurder een billijke vergoeding kan vorderen vanwege de afwezigheid van een redelijke grond en de andere met lege handen staat – niet de bedoeling van de wetgever kan zijn.²⁰

Conclusie is dan ook dat aanvaarding van de legehulstheorie niet verenigbaar is met (de bedoeling van) de wet en leidt tot onacceptabele uitkomsten.

16. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 28.

17. Deze onverenigbaarheid van de legehulstheorie met art. 7:682 lid 3 BW brengt Bennaars tot de conclusie dat de legehulstheorie in strijd is met de bedoeling van de wetgever. J.H. Bennaars, JOR-noot bij Rb. Overijssel 21 april 2017, JOR 2017/195.

18. HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 145 m.nt. P.A.M. Witteveen. Dat is pas anders in geval van een ontslagverbod of als partijen anders zijn overeengekomen. In die gevallen is art. 7:682 lid 3 onderdeel b BW echter niet van toepassing, omdat een preventieve ontslagtoets geldt.

19. Hier kan overigens ook anders tegenaan worden gekeken. Het is bij deze vennootschapsbestuurders ook te betogen dat volgens de legehulstheorie een redelijke grond altijd aanwezig is. Hoewel het vennootschapsrechtelijke ontslag niet voorafgaat aan de arbeidsrechtelijke opzegging, zou het besef dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos zal worden door het wegvallen van de statutaire positie mogelijk kunnen worden gezien als een redelijke grond voor een gelijktijdige opzegging van de arbeidsovereenkomst. Altijd als er een arbeidsrechtelijk ontslag is, is er dan ook een vennootschapsrechtelijk ontslag en daarmee (volgens de legehulstheorie) een redelijke grond. In deze benadering zou de onverenigbaarheid met art. 7:682 lid 3 BW des te evidentier zijn.

20. K. Wiersma, JAR-noot bij Rb. Overijssel 21 april 2017, JAR 2017/127.

4.2 De h-grond in andere situaties

Dat de kantonrechter in de zaak 2Switch de h-grond passend acht, is op het eerste gezicht echter goed te begrijpen. De rechter kan de statutaire positie van de bestuurder niet herstellen indien het bestuurdersontslag volgens de voorgeschreven procedure is uitgevoerd. Dat betekent dat er na het ontslag als bestuurder een werknemer resteert die niet langer voldoende bevoegdheden heeft om zijn functie uit te oefenen.

De situatie is, zo gezien, vergelijkbaar met de in de memorie van toelichting van de WWZ genoemde voorbeelden van de h-grond: het ontbreken van een werkvergunning, illegaliteit en detentie.²¹ Ook in de rechtspraak wordt in situaties waarin een werknemer niet (meer) bevoegd is zijn functie uit te oefenen geregeld naar de h-grond gegrepen. Zo werd de arbeidsovereenkomst met een beveiliging op de h-grond ontbonden omdat de korpschef de toestemming om de functie uit te mogen oefenen, had ingetrokken.²² Omdat die toestemming noodzakelijk was om de werkzaamheden te mogen verrichten, was de arbeidsovereenkomst volgens de kantonrechter een lege huls geworden. Evenzo werd de arbeidsovereenkomst met een ICT-beheerder/instructeur ontbonden op de h-grond, omdat hij vanwege het ontbreken van een Verklaring omtrent gedrag niet in zijn functie te werk kon worden gesteld.²³ In dergelijke situaties zijn er inderdaad overige omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Er is echter een belangrijk verschil tussen de situatie van een werknemer die als statutair bestuurder is ontslagen en de vernoemde situaties waarin een werknemer niet langer zijn werkzaamheden kan uitoefenen. Het intreden van de omstandigheid waardoor de werknemer de bevoegdheid/mogelijkheid verliest om zijn functie uit te oefenen, wordt in de vernoemde voorbeelden niet door de werkgever zelf in het leven geroepen en ligt ook niet in de risicosfeer van de werkgever.

Het ontslag van de werknemer als bestuurder ligt echter wel in de risicosfeer van de werkgever. Het bestuurdersontslag wordt immers gegeven door een orgaan van – of gelieerd aan – de werkgever. Sterker nog, in veel gevallen zullen het dezelfde personen zijn die aansturen op het ontslag als bestuurder en op het indienen van het ontbindingsverzoek.²⁴ Omdat in deze gevallen ten minste kan worden gezegd dat het ontslag als bestuurder in de risicosfeer van de werkgever ligt, meen ik dat door dat ontslag geen situatie ontstaat waarin het niet van de werkgever gevergd kan worden dat hij de werknemer in dienst

21. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 46.

22. Rb. Limburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.

23. Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2143.

24. Bij stichtingsbestuurders is normaal gesproken hetzelfde orgaan (de raad van toezicht) bevoegd tot het statutaire ontslag en tot het indienen van een ontbindingsverzoek. Ook bij gelieerde groepsmaatschappijen is er vaak betrokkenheid van dezelfde personen of organen. Nu de bedongen arbeid bij de werkgever het bestuurderschap bij de groepsmaatschappij inhoudt, is dat geregeld bewust zo ingericht.

houdt (hetgeen wel vereist is om een beroep te mogen doen op de h-grond).

Een kerngedachte achter de redelijke gronden voor ontslag van de WWZ is dat bij gebreke van een redelijke grond een werknemer in dienst dient te blijven. Daarbij past niet dat een werkgever die een werknemer zelf actief zijn bevoegdheid afneemt, daarmee tot een redelijke grond en tot een ontslag kan komen.

4.3 Onwenselijke uitkomst?

Leidt de arbeidsrechtelijke conclusie dat een bestuurdersontslag geen redelijke ontslaggrond oplevert niet tot onwenselijke uitkomsten, doordat een bestuurder niet 'te allen tijde' kan worden ontslagen of doordat een werkgever kan blijven zitten met een werknemer die zijn functie als bestuurder niet meer kan uitoefenen?

Wat betreft de statutaire/vennootschapsrechtelijke band geldt onverkort het uitgangspunt dat een bestuurder 'te allen tijde' kan worden ontslagen. De afwezigheid van een redelijke (arbeidsrechtelijke) grond doet daar in beginsel niet aan af.²⁵ Zo zal een vennootschapsrechtelijk ontslag niet snel op inhoudelijke gronden sneuvelen.²⁶ Arbeidsrechtelijk kunnen echter slechts bestuurders voor wie geen preventieve ontslagtoets geldt te allen tijde worden ontslagen. Bij de bestuurders op wie de wetgever wel een preventieve toets van toepassing heeft verklaard, moet die toets ook materieel plaatsvinden en kan daarvoor niet altijd tot ontslag worden gekomen.

Het feit dat een statutair ontslag op zichzelf geen redelijke ontslaggrond oplevert, zal er niet snel toe leiden dat niet tot arbeidsrechtelijk ontslag van een bestuurder kan worden overgegaan wanneer dat op inhoudelijke gronden wel wenselijk is. Het redelijke-grondenstelsel biedt voldoende mogelijkheden om tot ontbinding te komen van de arbeidsovereenkomst. Zo wordt in geval van bestuurders en hoge managers vaak een h-grond aanwezig geacht als de werkgever aannemelijk kan maken dat er een verschil van inzicht is met de bestuurder of manager over de invulling van de functie. Een redelijk breed scala aan situaties wordt in de rechtspraak onder 'verschil van inzicht' geschaard.²⁷ Ook bij de toepassing van de d-grond (disfunctioneren) en g-grond (verstoorde verhouding) lijken rechters in voorkomende gevallen de bijzondere positie van de bestuurder in aanmerking te nemen, waardoor soms eerder een redelijke grond wordt aangenomen.²⁸ In de onderhavige zaak leek ontbinding met een andere motivering dan de lege huls dan ook goed mogelijk. Bijvoorbeeld de h-grond vanwege

een verschil van inzicht over de invulling van de functie of een gebrek aan draagvlak onder het personeel.

5 Vergelijking met de g-grond

De vraag of een werkgever eenzijdig een redelijke grond kan doen ontstaan, is eerder aan de orde geweest, te weten in verband met de verstoorde arbeidsverhouding. Creëert de werkgever een g-grond als door zijn eigen toedoen de verhoudingen met een werknemer worden verstoord? Bij de invoering van de WWZ heeft minister Asscher de situatie benoemd dat een werkgever ten onrechte ontbinding verzoekt op de d-grond (disfunctioneren) en daardoor de verhoudingen dusdanig verstoort dat een g-grond ontstaat. In dat geval zou de arbeidsovereenkomst alsnog op de g-grond kunnen worden ontbonden en zou de werkgever wellicht een billijke vergoeding verschuldigd zijn omdat het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.²⁹ Dit wordt wel de zogeheten *Asscher-escape* genoemd. Diverse rechters hebben deze route inmiddels gebruikt.³⁰ Er zijn echter ook kritische geluiden over de Asscher-escape. Zo betoogde Sagel onder meer dat niet snel gezegd kan worden dat in redelijkheid niet van de werkgever gevergd kan worden het dienstverband voort te zetten, als de verhoudingen verstoord zijn omdat de werkgever onterecht een ontslag nastreefde.³¹ Als een werkgever zelf een onwerkbaar situatie creëert, mag hij daarvan niet te snel profiteren doordat een redelijke grond ontstaat. De Rechtbank Midden-Nederland overwoog in lijn hiermee dat het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding sinds de inwerkingtreding van de WWZ niet zonder meer voldoende is om tot een g-grond te concluderen.³² De g-grond vereist immers dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. Aan dit vereiste zal volgens de rechtbank in beginsel niet zijn voldaan als de werkgever ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate zelf een verwijt treft.³³ Duk vindt dat deze redenering op zich aanspreekt.³⁴ Ook de kantonrechter te Enschede hanteerde deze redenering.³⁵ Die overwoog dat geen g-grond aanwezig is indien de verstoring bewust is veroorzaakt door de werkgever, omdat in dat geval wel voortzetting van de arbeidsverhouding kan worden gevergd. Dat is pas anders als de reden waarom een werkgever de arbeidsrelatie onder druk zet, zelfstandig een voldoende redelijke grond voor beëindiging vormt. Een andere,

25. HR 26 oktober 1984, NJ 1985/375 (Sjardin/Sjartec).

26. S.J. Sterk, Belangenverstrengeling bij bestuurders: balanceren bij de uitoefening van de fiduciaire bestuurstaak, TAO 2015, afl. 2, p. 67. Vgl. ook I. Zaal & J.H. Bennaars, De BV-bestuurder beklemd, TAO 2015, afl. 1, p. 19-25.

27. Zie bijv. C. Muradin, De h-grond voor managers en directeuren: *for better or for worse?*, TvO 2017, afl. 2, p. 75-84.

28. S.J. Sterk, JAR-annotatie bij Hof Amsterdam 18 juli 2017, JAR 2017/216.

29. Handelingen I 2013/14, 33818, 31 item 14, p. 10.

30. Zie hiervoor bijv. B. Barentsen, M.Y.H.G. Erkens & F.A. Weber, Kroniek Rechtspraak Wwz, TRA 2017/72.

31. S.F. Sagel, Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules (oratie Leiden), 2014.

32. Rb. Midden-Nederland (ktr.) 21 december 2015, JAR 2016/26 m.nt. L.B. de Graaf.

33. Ik meen dat de wetsgeschiedenis ten aanzien van de g-grond voldoende ruimte biedt voor deze invulling van de frase 'zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Weliswaar ziet dit tevens op de vereiste ernst en duurzaamheid van de verstoorde verhouding, maar daartoe hoeft het in mijn ogen niet te worden beperkt.

34. Duk 2016.

35. Rb. Enschede (ktr.) 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3870.

ruimere uitleg van de g-grond zou volgens de kantonrechter slecht werkgeverschap uitlokken.

Het betoog dat wordt gehouden door degenen die kritisch zijn over de Asscher-escape, komt overeen met mijn bovengenoemde redenering ten aanzien van de h-grond: als je bewust zelf een onwerkbaar situatie creëert, ontstaat geen situatie waarin het niet van je verwacht kan worden de arbeidsovereenkomst te continueren. Ten aanzien van de g-grond is nog de opvatting mogelijk dat ontbinding wel mogelijk is als de werkgever niet *bewust* op de verstoorde verhouding heeft aangestuurd (ondanks dat deze wel aan hem is te wijten).³⁶ Ten aanzien van het bestuurdersontslag is een dergelijke escape echter niet aan de orde, omdat tot dit ontslag altijd bewust zal worden besloten.

Ik ben geen voorstander van een combinatie van de legehulstheorie en de Asscher-escape. Ik bedoel daarmee dat bij bestuurders die zijn ontslagen uit hun statutaire positie de h-grond kan worden toegepast, in combinatie met de toekenning van een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen als aan het bestuurdersontslag geen redelijke grond ten grondslag ligt. Dit strijdt zowel met de bedoeling van het grondenstelsel, omdat (zoals hierboven toegelicht) altijd een h-grond kan worden gecreëerd, als met de bedoeling om 'ernstig verwijtbaar handelen' te beperken tot uitzonderlijke gevallen van verwijtbaar gedrag.

6 De 15 april-arresten

De Rechtbank Overijssel stelt in de onderhavige zaak aan te sluiten bij de 15 april-arresten van de Hoge Raad.³⁷ Daaraan wordt toegevoegd dat niet valt in te zien dat deze jurisprudentie onder de WWZ haar gelding zou hebben verloren. Hieronder bezie ik allereerst of het juist is dat de 15 april-arresten onder de WWZ hun gelding hebben behouden, en vervolgens of in de zaak 2Switch terecht een link wordt gelegd met de 15 april-arresten.

De wet vermeldt sinds de WWZ expliciet dat er geen preventieve ontslagtoets geldt voor (onder meer) de bestuurders op wie de 15 april-arresten zien: bestuurders die een arbeidsovereenkomst hebben met de vennootschap waarvan zij bestuurder zijn.³⁸ Om vast te stellen of de 15 april-arresten daardoor achterhaald zijn, is relevant te bezien wat er nu precies geoordeeld is in de 15 april-arresten.

Uit de 15 april-arresten volgt dat ontslag als statutair bestuurder van een vennootschap ook het einde van de arbeidsovereenkomst met diezelfde vennootschap tot gevolg heeft, tenzij een wettelijk ontslagverbod hieraan in de weg staat of partijen

anders zijn overeengekomen. Met andere woorden, een ontslag als bestuurder heeft ook te gelden als opzeggingshandeling ten aanzien van de arbeidsovereenkomst, ook als dit niet expliciet is vermeld. Er hoeft niet meer separaat te worden opgezegd. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 2:134 en 2:244 BW leidt de Hoge Raad af dat de wetgever heeft gewild dat door het vennootschapsrechtelijke ontslag ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding.³⁹

Uit de 15 april-arresten volgt niet dat ten aanzien van deze opzegging geen preventieve ontslagtoets van toepassing is. Dit volgde tot 1 juli 2015 uit een ontheffingsbesluit met betrekking tot het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA).⁴⁰ Met de invoering van de WWZ is de uitzondering op de preventieve ontslagtoets in artikel 7:671 lid 1 onderdeel e BW opgenomen. Deze wetwijziging ziet dus op een ander aspect van het ontslag dan de 15 april-arresten en heeft geen invloed op de relevantie hiervan.

Is het terecht dat in de onderhavige zaak een link wordt gelegd met de 15 april-arresten? Een belangrijk verschil tussen de 15 april-arresten en de onderhavige zaak is dat de 15 april-arresten zagen op een bestuurder die in dienst was van de vennootschap waar hij bestuurder was. De 15 april-arresten zijn niet van toepassing op bestuurders die elders in dienst zijn (zoals in de onderhavige zaak). Dit wordt wel afgeleid uit het arrest van de Hoge Raad in Aelfin advies.⁴¹ Een steekhoudend juridisch argument tegen toepassing van de 15 april-arresten op bestuurders die elders in dienst zijn, is bovendien dat het orgaan dat het statutaire ontslagbesluit neemt, in die situatie niet bevoegd is tevens als werkgever een opzeggingshandeling te verrichten. Ook zien artikel 2:134 en 2:244 BW, waarnaar de Hoge Raad in de 15 april-arresten verwijst, slechts op bestuurders die in dienst zijn waar zij bestuurder zijn.⁴² Daarom is de vergelijking van de casus van 2Switch met de 15 april-arresten door de kantonrechter niet zuiver.

Het lijkt de kantonrechter ook niet zozeer te gaan om strikte toepassing van de 15 april-arresten op de onderhavige zaak, maar meer om het doortrekken van de gedachte dat de twee relaties onsplitsbaar zijn. Hij borduurt in feite voort op een argument dat A-G Timmerman in zijn conclusie bij het 15 april-arrest Ciris/Bartelink noemde voor de onsplitsbaarheid van het bestuurderschap en de arbeidsovereenkomst.⁴³ Timmerman noemde in dit verband dat de arbeidsovereen-

36. Rb. Overijssel 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212. Vgl. ook L.B. de Graaf in zijn JAR-noot bij Rb. Midden-Nederland (ktr.) 21 december 2015, JAR 2016/26.

37. Rb. Overijssel 21 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1908 (2Switch), r.o. 4.6 en HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 2005/145 m.nt. P.A.M. Witteveen.

38. Art. 7:671 lid 1 onderdeel e BW.

39. HR 15 april 2005, JOR 2005/144, r.o. 3.5.3 en JOR 2005/145 r.o. 3.4.3.

40. Ministerieel besluit van 21 november 1972, houdende ontheffing van de verplichting ex. art. 6 BBA 1945 toestemming voor ontslag te verkrijgen (herhaald genomen op 9 oktober 2008). Deze ontheffing zag, zo werd aangenomen, alleen op bestuurders die een arbeidsovereenkomst hadden met de entiteit waar zij bestuurder waren.

41. HR 13 juli 2012, JAR 2012/210 m.nt. Van der Pijl (Aelfin advies).

42. Zie hiervoor uitgebreider J.H. Bennaars, De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 6.2.5.

43. HR 15 april 2005, JOR 2005/144 m.nt. P.A.M. Witteveen. Hoewel Timmerman hiermee in feite voorsortteert op de legehulstheorie, heeft de Hoge Raad dit argument niet overgenomen in het arrest.

komst doorgaans het bestuurderschap inhoudt, aangezien de arbeidsprestatie en de taak waartoe een bestuurder krachtens de arbeidsovereenkomst gehouden is niet anders zijn dan de taak en functie van de bestuurder. Het is pragmatisch gezien niet onbegrijpelijk dat de kantonrechter dit punt aangrijpt om tot onsplitsbaarheid van de twee relaties te concluderen. Het antwoord op de vraag welk gevolg het ontslag als bestuurder voor de arbeidsverhouding heeft, moet volgens de Hoge Raad echter worden beantwoord aan de hand van het arbeidsrecht (voor zover dit door Boek 2 BW niet terzijde is gesteld).⁴⁴ En het arbeidsrecht laat de conclusie niet toe dat de arbeidsovereenkomst van een bestuurder op wie de preventieve ontslagtoets van toepassing is hoe dan ook kan eindigen na een statutair ontslag, zoals hierboven toegelicht.

die preventieve toets wel van toepassing is, behoort deze niet te worden uitgehold tot een lege huls.

7 Conclusie

De in de 2Switch-zaak toegepaste legehulstheorie ondergraaft de ontslagbescherming van bestuurders voor wie een preventieve ontslagtoets geldt. Als het bestuurdersontslag tot een h-grond leidt, kan de werkgever immers altijd tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst komen, hoe goed de bestuurder ook presteert. Dat zal pas anders zijn als een werkgever een andere passende functie heeft die hij moet aanbieden aan de bestuurder. Doorgaans is die passende functie er echter niet of zal het niet in de rede liggen een oud-bestuurder daarin te herplaatsen.⁴⁵ De bestuurder heeft dan geen mogelijkheid om vanwege het ontbreken van een redelijke ontslaggrond een billijke vergoeding te vorderen, omdat van het 'ontbreken van een redelijke ontslaggrond' geen sprake is. Het enige muizen-gaatje dat resteert om iets tegen de werkgever te beginnen, is een billijke vergoeding te vorderen vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Een dergelijke poging zal niet snel succesvol zijn. Als toepassing van de legehulstheorie vaste rechtspraak wordt bij bestuurders met een preventieve ontslagtoets, doen deze bestuurders er goed aan contractueel extra bescherming te bedingen om het verhoogde ontslagrisico te compenseren. Gedacht kan worden aan het bedingen van een contractuele ontslagvergoeding of een langere opzegtermijn.

Zo ver zou het wat mij betreft echter niet hoeven komen. In mijn ogen levert een enkel statutair ontslag geen h-grond op, nu dit ontslag aan de werkgever is toe te rekenen. Het is daardoor niet zo dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Deze opvatting strookt met de bedoeling van de wetgever. De wetgever heeft bewust een onderscheid gemaakt tussen bestuurders op wie de preventieve ontslagtoets van toepassing is en bestuurders op wie deze niet van toepassing is. Daar waar

44. HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 145 m.nt. P.A.M. Witteveen.

45. Zie M.W.A.M. van Kempen, De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd, TAO 2016, afl. 1, p. 37-44, R.M. Beltzer & R.D. Rietveld, De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid, O&F 2016, afl. 2, p. 4-20 en S.J. Sterk, Ontslag van bestuurders: breekt de rechtspraak met de vertrouwensbreuk?, TAO 2016, afl. 3, p. 118-125.