

RECHTSPRAAK

CFO De Volksbank toch werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Uitnodiging AvA bepalend voor opzegverbod ziekte bij bestuurders (Van Kalmthoutleer). Billijke vergoeding ter hoogte van € 270.000 bruto toegekend.

Feiten

Werknemer en De Volksbank hebben eind 2019 een overeenkomst gesloten met de titel ‘Overeenkomst van opdracht statutair bestuurder’. De overeenkomst is ingegaan op 1 januari 2020. Werknemer is op 20 maart 2020 benoemd tot statutair bestuurder en hij kreeg vanaf dat moment de functie van CFO. Op enig moment is tussen werknemer en de CEO onenigheid ontstaan. Uiteindelijk heeft werknemer op 11 augustus 2020 een brief ontvangen, getekend door de voltallige RvC, waarin hem is medegedeeld dat de RvC op de kortst mogelijke termijn tot zijn ontslag zal besluiten. In de brief staat dat het ontslag van werknemer als directielid een van de noodzakelijke maatregelen is uit een breder pakket om het (dis)functioneren van de directie aan te pakken. Specifiek ten aanzien van werknemer heeft de RvC vastgesteld dat in de korte tijd sinds zijn aantreden de noodzakelijke vertrouwensbasis volledig is weggefallen, zowel in verhouding tot de RvC als binnen de directie. Op 12 augustus 2020 heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 13 augustus 2020 heeft werknemer een uitnodiging ontvangen voor de algemene vergadering waarop zijn ontslag is geagendeerd. Er is geen overeenstemming over een vrijwillig vertrek bereikt. Op 1 september 2020 heeft de ondernemingsraad positief geadviseerd over het voorgenomen ontslag van werknemer als statutair bestuurder. Na afloop van de ontslagvergadering van 5 september 2020 is werknemer onmiddellijk ontslagen als bestuurder. Op 10 september 2020 heeft De Volksbank schriftelijk aan werknemer bericht dat de overeenkomst van opdracht, vanwege de opzegtermijn van vier maanden, eindigde per 31 januari 2021. Tussen partijen is in geschil hoe de overeenkomst tussen partijen moet worden gekwalificeerd (arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?) en of werknemer recht heeft op de door hem verzochte vergoedingen nu die overeenkomst is geëindigd. De rechtbank heeft in eerste aanleg de overeenkomst gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht en de verzochte vergoedingen afgewezen (zie AR 2021-0988). Werknemer heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het hof oordeelt – in een uitvoerige beschikking – als volgt.

Kwalificatie van de overeenkomst

Aan de hand van het toetsingskader uit het arrest *X/Gemeente Amsterdam* is het hof, anders dan de rechtbank, van oordeel dat tussen partijen sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst. Het hof acht in de 'uitlegfase' van belang (1) de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, (2) de inhoud van de overeenkomst, waaronder de bepaling dat partijen beogen geen arbeidsovereenkomst aan te gaan, de bepaling ten aanzien van de managementvergoeding, de mogelijkheid van tussentijdse opzegging en de contractuele beëindigingsvergoeding, (3) de uitvoering van de overeenkomst (werknemer ontving maandelijks een loonstrook, in het digitale systeem stond opgenomen dat werknemer werkte op basis van een 'schriftelijke arbeidsovereenkomst' en ook op een in mei 2020 overgelegde werkgeversverklaring stond aangevinkt dat werknemer een arbeidsovereenkomst heeft), en (4) de maatschappelijke positie en kennis (werknemer had kennis van de banksector en jarenlange ervaring als registeraccountant; ook was hij als partner, via zijn management-b.v., aan een internationaal accountantskantoor verbonden). Ten aanzien van de tweede fase, de 'kwalificatiefase', overweegt het hof dat het element 'in dienst van' het onderscheidende element is tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst. In dit geval volgt uit de overeenkomst en uit het directiereglement dat de RvC instructiebevoegdheid heeft. Feitelijk zijn aan werknemer ook aanwijzingen gegeven. Daarnaast houdt de RvC jaarlijks een beoordelingsgesprek. Het hof is van oordeel dat (verder) niet blijkt van bijzonder veel factoren voor 'gezag' van De Volksbank. Maar dat is ook niet nodig, aldus het hof, daar een bestuurder nu eenmaal een autonome functie-uitoefening heeft. Specifiek voor vennootschapsbestuurders wordt aan de factor 'gezag' in de juridische literatuur dan ook niet zwaar getild en toch een arbeidsovereenkomst aangenomen. Iets zwaarder weegt voor het hof dat het, gelet op de overeengekomen rechten en plichten, geen overtuigende onderbouwing heeft kunnen vinden voor de kwalificatie 'opdracht', met name door het ontbreken van commerciële risico's voor werknemer en het feit dat de functie behoort tot het 'vaste functiehuis' van De Volksbank. Dat werknemer, gelet op zijn (onderhandelings)positie en hoge beloning, geen ongelijkheidscompensatie behoeft, zoals de rechtbank heeft overwogen, speelt in fase twee geen rol. Overigens is niet gebleken dat werknemer op kernpunten van de gesloten overeenkomst daadwerkelijk kon onderhandelen over de aangeboden overeenkomst, die De Volksbank immers zo uniform mogelijk wilde houden. Anders dan in omringende landen heeft de Nederlandse wetgever welbewust niet bij wet bepaald dat voor alle vennootschapsbestuurders geldt dat zij geen arbeidsovereenkomst hebben. Het hof verwerpt dan ook het standpunt van De Volksbank dat artikel 2:132 lid 3 BW naar analogie moet worden toegepast op niet-beursgenoteerde nv's. De conclusie luidt dat het hof, anders dan de rechtbank, uitgaat van een arbeidsovereenkomst.

Opzegverbod tijdens ziekte

Het hof is – kort gezegd – van oordeel dat sprake is van een geldig ontslagbesluit. Een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit leidt in de regel ook tot het einde van de arbeidsovereenkomst met de bestuurder, tenzij sprake is van een opzegverbod. De vraag is of werknemer zich terecht beroept op opzegging in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte. Het hof overweegt dat feitenrechters meestal aannemen dat het opzegverbod tijdens ziekte niet

geldt indien de ongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat de bestuurder de oproeping heeft ontvangen voor een algemene vergadering waarin zijn ontslag op de agenda staat (de 'Van Kalmthoutleer'). Het hof volgt voornoemde leer en oordeelt dat het moment waarop werknemer wordt uitgenodigd voor de algemene vergadering van aandeelhouders bepalend is. Op dat moment start daadwerkelijk de formele ontslagprocedure. Werknemer is een dag ná de ziekmelding uitgenodigd voor de algemene vergadering, zodat het opzegverbod in dit geval van toepassing is. Werknemer komt dan ook een billijke vergoeding toe op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW, gebaseerd op zijn stelling dat de rechtbank het arbeidsrechtelijke ontslag op de voet van artikel 7:681 lid 1 aanhef en onder b BW had moeten vernietigen.

Billijke vergoeding

Het hof bepaalt de hoogte van de billijke vergoeding op € 270.000 bruto. Het hof gaat daarbij uit van de situatie dat de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg zou zijn ontbonden per 1 november 2021, waarbij het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de ziekte van werknemer, er evident sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding en herplaatsing niet in de rede lag. Daarmee is 'de waarde van het dienstverband' te bepalen op negen maanden loon, gelijk aan voornoemd bedrag.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-05-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:4294

Zaaknummer: 200.302.395/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en A.W. Steeg

Advocaten: E.L. Pasma, M. Faber, S.F. Sagel, M.B. Kerkhof, I.L.N. Timp, H. Kersten en M. Jovović

Wetsartikelen: 2:132 BW, 7:610 BW, 7:670 BW en 7:683 BW