

# JIN 2017/160, Rechtbank Noord-Nederland, 11-07-2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726, C/18/175691 / HA RK 17-99 (annotatie)

## Gegevens

### Publicatie

JIN 2017/160

### Instantie

Rechtbank Noord-Nederland

### Datum uitspraak

11 juli 2017

### Datum publicatie

10 oktober 2017

### Annotator

E.J.H. Zandbergen

Fermm Advocaten J.H.L. Damen

Fermm Advocaten

### ECLI

[ECLI:NL:RBNNE:2017:2726](https://ecli.nl/RBNNE:2017:2726)

### Zaaknummer

C/18/175691 / HA RK 17-99

### Relevante informatie

[Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 8](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 14](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 15](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 219](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 224](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 225](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 238](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 7 \[Tekst geldig vanaf 18-02-2023 tot 01-07-2023\] art. 669](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 7 \[Tekst geldig vanaf 18-02-2023 tot 01-07-2023\] art. 862](#)

## Inhoudsindicatie

Statutair bestuurder, Arbeidsrechtelijke relatie, Ontslag, Hoogte billijke vergoeding

## Samenvatting

Een statutair bestuurder heeft in een separate, nog aanhangige, procedure vernietiging van het ontslagbesluit gevorderd. In de onderhavige procedure verzoekt hij om een billijke vergoeding onder de voorwaarde dat het ontslagbesluit niet wordt vernietigd.

Een statutair bestuurder met een arbeidsovereenkomst is, conform de 15 april-arresten, ontslagen door de AVA. De bestuurder vordert in een separate, nog aanhangige, procedure vernietiging van dit besluit omdat de AVA niet was opgeroepen door het bestuur maar door de aandeelhouder. Hij verzoekt in de onderhavige procedure, zulks onder de voorwaarde dat het ontslagbesluit niet wordt vernietigd, een billijke vergoeding. De vennootschap verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder (gespiegelde) voorwaarde dat het ontslagbesluit wel wordt vernietigd. De rechtbank wijst beide voorwaardelijke verzoeken toe.

## Uitspraak

### Rechtbank:

### 1 Het procesverloop

1.1. [A] heeft bij verzoekschrift met bijlagen, ontvangen ter griffie op 24 april 2017, voorwaardelijk verzocht, namelijk voor zover in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat het besluit van (de aandeelhouder van) Peperzaken tot opzegging van de arbeidsovereenkomst d.d. 30 januari 2017 rechtsgeldig is, aan hem ten laste van Peperzaken een billijke vergoeding toe te kennen op grond van artikel 7:682 lid 3, sub a en b BW van € 150.000,= bruto, dan wel een bedrag dat de rechtbank in goede justitie mocht vermenen te behoren, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van 14 dagen na de te wijzen beschikking tot aan de dag der algehele voldoening, onder veroordeling van Peperzaken in de kosten van deze procedure.

1.2. Bij verweerschrift met bijlagen, ter griffie ingekomen op 7 juni 2017, heeft Peperzaken zich tegen het verzoek verzet.

1.3. Bij wijze van zelfstandig (voorwaardelijk) tegenverzoek heeft Peperzaken verzocht de arbeidsovereenkomst tussen Peperzaken en [A], voor zover wordt vastgesteld dat deze al niet is geëindigd door de besluiten van de aandeelhoudersvergadering van Peperzaken van 30 januari 2017, te ontbinden zonder toekenning van enige vergoeding met veroordeling van [A] in de kosten van deze procedure.

1.4. De mondelinge behandeling van de verzoeken heeft in aanwezigheid van partijen (Peperzaken deugdelijk vertegenwoordigd door [B] en [C]) en hun gemachtigden op 13 juni 2017 plaatsgevonden. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling heeft [A] nog stukken in het geding gebracht.

Partijen hebben ter zitting hun standpunten, mede aan de hand van pleitaantekeningen, nader toegelicht. Van het verhandelde is door de griffier aantekening gehouden.

1.5. Uitspraak in beide zaken is bepaald op heden.

## 2 De feiten

### In het (voorwaardelijk) verzoek en het (voorwaardelijk) tegenverzoek

2.1. De rechtbank gaat bij de beoordeling van het geschil uit van de volgende feiten die tussen partijen vaststaan omdat ze enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of niet voldoende zijn betwist.

2.2. [A] is voormalig mede-eigenaar van Peperzaken. Peperzaken is in 2003 door de heer [D] (hierna: [D]), een vriend van [A], opgericht. [A] is in 2009 voor 50% mede-eigenaar geworden van de onderneming. Sedertdien waren [D] en [A] – via hun persoonlijke beheer-b.v.'s en de gezamenlijke vennootschap Swank & Rydyr B.V. – samen eigenaar en bestuurder van Peperzaken. Blijkens een uittreksel uit het Handelsregister is Peperzaken als besloten vennootschap opgericht op 22 augustus 2014.

Peperzaken houdt zich bezig met de bouw en ontwikkeling van apps voor mobiele devices. Peperzaken had, onder leiding van [D] en [A], een vrije organisatorische structuur.

2.3. Peperzaken is in 2016 door [D] en [A] verkocht. Op 14 februari 2016 is daartoe een koopovereenkomst getekend tussen Swank & Rydyr B.V. en Makalu B.V. De aandeelhouders van Makalu B.V. zijn (via hun beheer-b.v.'s) de heren [C] en [B] (hierna: [C] en [B]).

Tot de onderneming van [C] en [B] behoort ook de onderneming Belsimpel.

2.4. De koopprijs van de aandelen van Peperzaken is door partijen vastgesteld op een vast bedrag van € 200.000,= en een variabel bedrag (earn-out) van minimaal € 0,= en maximaal € 200.000,=. De betaling van het variabele deel is afhankelijk gesteld van:

- a. het tussen de leveringsdatum en 15 april 2018 te behalen bedrijfsresultaat,
- b. het voortbestaan van het dienstverband van [A] en/of [D] gedurende diezelfde periode en
- c. het voldoen aan de KPI's (Key Performance Indicators) zoals nader omschreven in bijlage 6 van het koopcontract.

Verder is overeengekomen dat de variabele koopprijs nooit hoger zal zijn dan het bedrijfsresultaat en dat deze naar rato van de behaalde voorwaarden en doelstellingen zal worden toegekend.

Of en in hoeverre aan de cumulatieve voorwaarden is voldaan, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van kopers, zulks met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, aldus artikel 3.3 van de koopovereenkomst van 14 februari 2016.

2.5. Bij koopovereenkomst is voorts bepaald dat de managementovereenkomsten van (de beheers b.v.'s van) [D] en [A] per leveringsdatum zullen worden beëindigd en dat [A] en [D] zullen worden aangesteld als statutair bestuurder en als CEO,

respectievelijk CTO krachtens arbeidsovereenkomst bij Peperzaken werkzaam zullen zijn.

2.6. Op 18 mei 2016 heeft de aandelenoverdracht en een statutenwijziging plaatsgehad. Makalu B.V. is thans enig aandeelhouder van Peperzaken.

2.7. [A], geboren op 29 maart 1985, is op 15 februari 2016 een arbeidsovereenkomst met Peperzaken aangegaan als CEO tegen een salaris van € 6173,= bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag. Daarnaast is hij bij de aandelenoverdracht tot statutair bestuurder van Peperzaken aangesteld.

In artikel 2 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat [A] in dienst treedt in de functie van CEO en dat hij op verzoek van de werkgever “tevens alle andere arbeid in de onderneming” zal verrichten. In artikel 10.2 van de koopovereenkomst is vastgelegd dat de functie van [A] zal bestaan uit “de algehele leiding van de app business” van Peperzaken en daarnaast, in overleg, “werkzaamheden op projectbasis voor Belsimpel”. “De laatste werkzaamheden zullen in principe niet meer dan de helft van de beschikbare tijd van [A] beslaan”, aldus de koopovereenkomst.

2.8. Vanaf juli 2016 is [A] (vrijwel) volledig werkzaam geweest voor Belsimpel. Hij is ingezet op het PowerTeam project, een project met betrekking tot het verstrekken van Powerbanks op festivals ten behoeve van de naamsbekendheid van Belsimpel en sedert september 2016 op het retail-project van Belsimpel.

2.9. Op 13 december 2016 heeft een gesprek plaatsgehad tussen [A], [D], [C] en [B], waarbij de stand van zaken is geëvalueerd. Daarbij is van de zijde van [C] en [B] kritiek geuit op de wijze waarop [A] zijn functie vervulde.

In een vervolggesprek op 11 januari 2017 hebben [C] en [B] [A] meegedeeld dat zij wilden komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

2.10. Bij brief van 16 januari 2016 hebben de aandeelhouders van Peperzaken een aandeelhoudersvergadering (AvA) bijeengeroepen met als enige agendapunt het voorgenomen ontslag van [A] als statutair bestuurder en werknemer van Peperzaken.

2.11. Een toelichting op dit voorgenomen ontslag is [A] bij brief van 23 januari 2017 gegeven. In die brief is – onder meer – het volgende medegedeeld.

“Wij hebben het afgelopen jaar verschillende malen met u gesproken over uw functioneren. Dit functioneren is onvoldoende. U bent niet in staat invulling te geven aan het projectmatige werk. Op dit moment laat ik in het midden of die ongeschiktheid van u tot het verrichten van de bedongen arbeid aan u verwijtbaar is of niet. Wel kan worden vastgesteld dat er sprake is van een onoverbrugbaar verschil in visie op de uitvoering van uw werkzaamheden, hetgeen inmiddels heeft geleid tot een verstoorde arbeidsverhouding. Om die reden hebben wij het voornemen opgevat om zowel de statutaire als de arbeidsrechtelijke relatie te beëindigen.

In dat kader is allereerst relevant dat u vrijwel altijd te laat bent. (...)

Wij stellen ook vast dat u niet in staat bent om gestructureerd te werken. (...) U bent niet in staat om hoofd- en bijzaken te onderscheiden en hebt onvoldoende overzicht. (...)

Als laatste kan worden gewezen op het feit dat u zich niet houdt aan interne procedures. (...)”

2.12. [A] heeft zich op 23 januari 2017 ziek gemeld.

2.13. De aandeelhoudersvergadering heeft op 30 januari 2017 plaatsgevonden.

[A] heeft tijdens deze vergadering mondeling verweer gevoerd en aangevoerd dat hij zich niet herkent in de aangevoerde verwijten.

Als statutair bestuurder heeft hij het voorgenomen ontslag dan ook ontraden. [D] heeft zich als statutair bestuurder onthouden van advies.

2.14. De aandeelhouder van Peperzaken heeft na beraad op 30 januari 2017 het besluit genomen om [A] met onmiddellijke ingang te ontslaan als statutair bestuurder en zijn arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn per 1 maart 2017 op te zeggen. Bij brief van 30 januari 2017 is de opzegging aan [A] bevestigd. Vanaf 1 maart 2017 is geen salaris meer betaald.

2.15. Bij brief van 1 februari 2017 heeft [A] Peperzaken bericht dat er een formeel gebrek kleeft aan de besluitvorming van de aandeelhoudersvergadering van 30 januari 2017. Volgens [A] is in strijd met artikel 2:219 BW gehandeld doordat niet het bestuur, maar de aandeelhouder de vergadering bijeen heeft geroepen.

[A] heeft daarop ex artikel 2:14 BW en 2:15 BW een dagvaardingsprocedure gestart waarin hij heeft gevorderd de verklaring voor recht dat de besluiten nietig zijn, dan wel dat de besluiten worden vernietigd en [A] per direct wordt toegelaten tot het werk en aan hem het hem toekomende salaris wordt voldaan. Verder heeft [A] zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van disfunctioneren, dan wel dat hij daarop is gewezen.

2.16. Bij brief van 14 maart 2017 heeft [D] namens het bestuur van Peperzaken op verzoek van de aandeelhouder (nogmaals) een AvA bijeengeroepen met als enige agendapunt het voorgenomen ontslag van [A] als statutair bestuurder en werknemer van Peperzaken, voor zover deze betrekkingen al niet zijn geëindigd op basis van de besluiten die op 30 januari 2017 door de AvA zijn genomen. Deze vergadering heeft plaatsgevonden op 26 mei 2017. [A] heeft schriftelijk verweer gevoerd en aangegeven negatief te adviseren.

2.17. Bij besluit van 26 mei 2017 van de AvA is [A] met onmiddellijke ingang ontslagen als statutair bestuurder, voor zover de vennootschappelijke betrekking tussen Peperzaken en [A] niet zou zijn geëindigd op basis van het besluit van de AvA van 30 januari 2017.

### 3 Het standpunt van [A]

3.1. Onder de voorwaarde dat in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door (de aandeelhouder van) Peperzaken op 30 januari 2017 rechtsgeldig is, maakt [A] aanspraak op een billijke vergoeding van € 150.000,= ex artikel 7:682 lid 3 BW. Dit bedrag is gebaseerd op (gemiste inkomsten uit loon gedurende) een periode van 6 maanden, zijnde de duur van de opbouw van een functioneringsdossier, vermeerderd met de door [A] te lijden inkomensschade, imago schade, het gemis van de nog lopende earn-out-regeling en het preventieve en punitieve element.

3.2. [A] maakt aanspraak op een billijke vergoeding, omdat er volgens hem geen sprake is van een redelijke grond in de zin van artikel 7:669 BW die zijn (arbeidsrechtelijke) ontslag rechtvaardigt. Betwist wordt dat sprake is van ongeschiktheid. Ook voor een statutair bestuurder gelden de criteria voor een gesteld disfunctioneren ex artikel 7:669 lid 3 sub g BW, zoals de opbouw van een dossier en de mogelijkheid tot verbetering van het functioneren. Aan geen van deze vereisten is voldaan.

Er hebben geen functioneringsgesprekken plaatsgevonden en er is nooit over een verstoorde verhouding, laat staan de duurzaamheid of de mogelijkheden tot herstel daarvan, gesproken. Nog op 10 januari 2017 heeft [A] een e-mail ontvangen van de heer [E], werkzaam bij Belsimpel, waarin zijn goede functioneren wordt genoemd. Voor zover er al sprake zou zijn van een verstoorde verhouding heeft Peperzaken niet voldaan aan haar plicht om substantiële inspanningen te verrichten om deze (vermeende) verstoring op te lossen. De ontslaggrond overige omstandigheden (h-grond) kan alleen in uitzonderlijke gevallen gelden. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake.

Peperzaken heeft volgens [A] dan ook een valse grond voor ontslag aangevoerd. In de brief van 23 januari 2017 zijn, zonder nadere onderbouwing, tal van stellingen en verwijten geponeerd. Peperzaken heeft daarbij een drietal incidenten uitvergroot.

Los daarvan is de opzegging hoe dan ook het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Peperzaken (7:682 lid 3 sub b BW), nu Peperzaken welbewust en onverhoeds heeft aangestuurd op een ontslag.

3.3. [A] heeft samen met [D] Peperzaken groot gemaakt. In goed vertrouwen heeft hij de samenwerking met [C] en [B] gezocht en het bedrijf aan hen verkocht. Hij is er dan ook “letterlijk en figuurlijk ziek van” dat hij na amper een jaar buiten de deur wordt gezet. Huizing heeft vrijwel geen WW-rechten opgebouwd en heeft, nu hij minder dan 2 jaar in dienst is geweest, evenmin recht op een transitievergoeding. Daarnaast loopt [A] zeer waarschijnlijk een aanzienlijk deel van de earn-out vergoeding mis, doordat hij niet in staat wordt gesteld de daarvoor benodigde doelstellingen te behalen. [A] meent dat hij het komende jaar aan een aanzienlijk deel van de KPI's zou hebben kunnen voldoen. Ook was afgesproken dat zijn inzet voor Belsimpel geen nadelige gevolgen zou hebben voor de earn-out. Deze situatie is nu door Peperzaken zelf gecreëerd, hetgeen haar kan worden verweten.

3.4. In het tegenverzoek moet Peperzaken niet-ontvankelijk worden verklaard, aldus [A], omdat dit is gebaseerd op een besluit van de AvA van 26 mei 2017 terwijl de voorgenomen ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [A] niet was geagendeerd. [A] was daarbij ook niet aanwezig vanwege zijn arbeidsongeschiktheid. Daarnaast houdt het verzoek verband met zijn arbeidsongeschiktheid en is er geen inhoudelijke grond voor beëindiging. Primair verzoekt [A] het verzoek af te wijzen en subsidiair om een billijke vergoeding van € 150.000,= aan hem toe te kennen.

## 4 Het standpunt van Peperzaken

4.1. Peperzaken concludeert tot afwijzing van het verzoek van [A]. Zij stelt dat van een billijke vergoeding op grond van artikel 7:682 lid 3 BW alleen sprake kan zijn indien de opzegging in strijd is met artikel 7:669 BW of het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarvan is volgens haar geen sprake.

4.2. Volgens Peperzaken is [A] ongeschikt tot het verrichten van de bedongen arbeid (e-grond). [A] was vaak te laat aanwezig, verscheen onvoorbereid op bijeenkomsten, was niet in staat hoofd- en bijzaken te scheiden en elke structuur in zijn werkzaamheden miste. Dit is meerdere malen met hem besproken. Verder is aan [A] meerdere malen medegedeeld dat de bedrijfscultuur van Belsimpel er één is van bescheidenheid. [A] paste zijn gedrag daar niet op aan; zo huurde hij wel een dure auto met chauffeur om hem langs de winkels te rijden en gaf hij een “rondje shotjes” tijdens een informele borrel. Ook verzette hij zich tegen en/of hield zich niet aan interne procedureregels. [A] is tijdig in kennis gesteld van dit onvoldoende functioneren en hem is de gelegenheid gegeven dit te verbeteren. Peperzaken heeft aangevoerd dat voor zulke vanzelfsprekende verplichtingen, als het op tijd komen, geen verbetertraject nodig is. Ter onderbouwing van haar stelling dat [A] slecht functioneert, heeft Peperzaken diverse verklaringen van medewerkers overgelegd.

4.3. Daarnaast blijkt uit alles dat [A] en de aandeelhouders wezenlijk van mening verschillen over de wijze waarop een CEO binnen Peperzaken zijn functie dient te vervullen (h-grond). Een statutair bestuurder kan niet functioneren zonder het

volledig en onvoorwaardelijk vertrouwen van zijn aandeelhouders. Dit vertrouwen ontbreekt volledig.

4.4. Ten slotte heeft Peperzaken aangevoerd dat tussen partijen inmiddels sprake is van een zodanige verstoorde arbeidsverhouding dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (grond). Er zijn volgens Peperzaken talloze gesprekken gevoerd met [A] en hem is gevraagd zijn gedrag en houding aan te passen. Dit heeft volgens Peperzaken niet tot resultaat geleid. [A] miskent zijn eigen rol in de ontstane situatie. Het gaat hier om onwil en niet om onmacht.

4.5. De omvang van de verzochte billijke vergoeding acht Peperzaken buitensporig en op geen enkele manier onderbouwd. Zo heeft [A] uit het oog verloren dat het verbetertraject feitelijk wel heeft plaatsgevonden. De earn-out dient voorts buiten de berekening van de billijke vergoeding te blijven, nu deze toekomt aan de verkoper van de aandelen, zijnde Swank & Ryder B.V. en is gekoppeld aan een aantal KPI's dat pas in de toekomst kan worden getoetst. Deze KPI's zijn overigens bij lange na nog niet gerealiseerd.

4.6. Nu [A] nog arbeidsongeschikt is, wordt – voor het geval dat de besluiten van de AvA van 30 januari 2017 nietig dan wel vernietigbaar zijn – bij wijze van voorwaardelijk tegenverzoek de onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst met hem verzocht op basis van artikel 7:671b BW, waarbij een beroep wordt gedaan op de redelijke gronden zoals vermeld in artikel 7:669 lid 3 sub d, g en h BW.

## 5 De beoordeling

5.1. Tussen partijen is in confesso dat [A] bij besluit van de aandeelhoudersvergadering (AvA) van Peperzaken van 30 januari 2017 met onmiddellijke ingang is ontslagen als statutair bestuurder van Peperzaken en zijn arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn per 1 maart 2017 is opgezegd.

Omdat [A] stelt dat aan de wijze van oproeping van deze AvA een formeel gebrek kleeft, nu de AvA niet – zoals bij statuten bepaald – door het bestuur is bijeengeroepen maar door de aandeelhouders en daarom niet rechtsgeldig is, heeft hij een dagvaardingsprocedure gestart op grond van artikel 2:14 en 2:15 BW ter vaststelling van de nietigheid c.q. vernietiging van dit besluit en toelating tot het werk met loondoorbetaling.

Inmiddels heeft de AvA van Peperzaken in de vergadering van 26 mei 2017 (zekerheidshalve) een hernieuwd besluit genomen strekkende tot het ontslag van [A] als statutair bestuurder, voor zover dit ontslag niet reeds rechtsgeldig zou zijn gegeven bij besluit van 30 januari 2017.

5.2. De onderhavige verzoeken betreffen alle (spiegelbeeldig) “reserve-procedures”, namelijk enerzijds het voorwaardelijke verzoek van [A] voor het geval het AvA-besluit van 30 januari 2017 en de daarop gebaseerde opzegging van de arbeidsovereenkomst *wèl* rechtsgeldig is (billijke vergoeding) en anderzijds het eveneens voorwaardelijke verzoek van Peperzaken voor het geval dit AvA-besluit *geen* stand houdt (ontbinding).

5.3. Hoewel ter zitting is getracht om met betrekking tot alle procedures tot een onvoorwaardelijke beoordeling te komen, is dat in het bijzonder in verband met de nog lopende earn-out-regeling (het variabele deel van de koopsom van de aandelentransactie, dat pas op 15 april 2018 wordt berekend en verschuldigd is aan de gezamenlijke vennootschap van [A] en [D]) niet mogelijk gebleken.

Om die reden zal afzonderlijk op beide voorwaardelijke verzoeken van partijen worden beslist, met de zekerheid dat in elk geval één uitspraak door het voorwaardelijk karakter daarvan niet uitvoerbaar zal zijn. Gelet op het bepaalde in artikel 2:241 BW acht de rechtbank zich bevoegd.

## Inzake het voorwaardelijk verzoek ex artikel 7:682 lid 3, sub a en b BW tot toekenning van een billijke vergoeding

5.4. [A] maakt aanspraak op een billijke vergoeding voor het geval in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door (de aandeelhouder van) Peperzaken op 30 januari 2017 rechtsgeldig is. Voor de beoordeling van deze aanspraak wordt daarom thans uitgegaan van de rechtsgeldigheid van die opzegging.

5.5. [A] baseert zijn aanspraak op een billijke vergoeding op het bepaalde in artikel 7:682 lid 3 BW, primair op de grond vermeld sub a en subsidiair op de grond vermeld sub b.

5.6. Krachtens artikel 7:682 lid 3 BW kan de rechter aan een statutair bestuurder van een rechtspersoon, van wie herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek niet mogelijk is, op diens verzoek een billijke vergoeding toekennen, indien de opzegging:

a. in strijd is met artikel 669, of

b. het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Met dit artikel heeft de wetgever bij de invoering van de Wwz geen wijziging willen aanbrengen in de tot die tijd bestaande mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding aan de bestuurder van een rechtspersoon bij een (kennelijk) onredelijk ontslag.

5.7. Primair stelt [A] dat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 BW omdat een redelijke grond tot opzegging ontbreekt. Tussen partijen is in confesso dat onder de Wwz ook voor het ontslag van een statutair bestuurder een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW aanwezig moet zijn. Peperzaken stelt evenwel dat er in casu sprake was van een (drietal) redelijke grond(en) tot opzegging. Dienaangaande wordt als volgt geoordeeld.

5.8. Blijkens de opzeggingsbrief van 30 januari 2017 heeft Peperzaken de opzegging bovenal gebaseerd op de ongeschiktheid van [A] tot het verrichten van de bedongen arbeid in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Peperzaken heeft de ongeschiktheid van [A] in bedoelde brief geconcretiseerd door te wijzen op “redelijk fundamentele functievereisten, zoals het op tijd op afspraken verschijnen, afspraken en bijeenkomsten voorbereiden, het onderscheiden van hoofd- en bijzaken en het houden van voldoende overzicht”, waarop [A] meermalen zou zijn aangesproken, als ook “de omgang met medewerkers en het belang van interne afspraken”. Geconstateerd wordt door Peperzaken dat [A], ondanks hierop te zijn aangesproken, “zijn gedrag, houding en handelwijze” niet heeft veranderd, aldus de opzeggingsbrief.

5.9. Met [A] is de rechtbank van oordeel dat deze onderbouwing niet voldoet aan de criteria die worden gesteld aan de ongeschiktheid van een functionaris als redelijke ontslaggrond ex artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Niet alleen zijn de gestelde tekortkomingen te algemeen geformuleerd; maar bovenal is gebleken dat [A] niet (tijdig) op duidelijke en ondubbelzinnige wijze is aangesproken op zijn functioneren. Niet is (tijdig en expliciet) aangegeven op welke onderdelen hij niet voldoende functioneerde met de aanzegging dat dit handelen of nalaten zijn geschiktheid voor de functie ernstig belemmerde en absoluut verbetering behoefde. Evenmin is gebleken dat [A] de gelegenheid is geboden om aan de hand van een geconcretiseerd en controleerbaar traject zijn functioneren te verbeteren.

Het moge zo zijn dat van een statutair directeur een hoge mate van zelfstandig inzicht op het functioneren mag worden verwacht, maar dat de tussentijds gevoerde gesprekken met [B] (soms op een terras) door deze zijn opgevat als “functioneringsgesprekken” maakt nog niet dat [A] die gesprekken ook als zodanig had behoren te kwalificeren. [A] beschouwde die – niet schriftelijk vastgelegde – gesprekken namelijk, zo heeft hij aangevoerd, als een tussentijdse update



van het retailproject, een voor hem geheel nieuw project ten behoeve van Belsimpel, waarmee hij sinds september 2016 was belast en dat niets te maken had met de oorspronkelijk overeengekomen verantwoordelijkheid van [A] (als statutair bestuurder) voor de aansturing van Peperzaken.

Het op 13 december 2016 gevoerde evaluatiegesprek tussen alle betrokken partijen, dat formeel zou gaan over de samenwerking na de aandelenovername maar vervolgens alleen nog maar ging over het functioneren van [A], is daarmee voor [A] het eerste signaal geweest van een door de aandeelhouders ervaren disfunctioneren. Blijkens het kort daarop gevolgde besluit fungeerde dit gesprek evenwel tevens als eindsignaal van de overeengekomen samenwerking.

De opzeggingsgrond van artikel 7:669 lid 3 sub d BW wordt daarmee afgewezen.

5.10. De opzegging is daarnaast gebaseerd op de zogenoemde restgrond ex artikel 7:669 lid 3 sub h BW, te weten “(andere dan de hiervoor genoemde) omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren”. Peperzaken wijst daarbij op het gebleken fundamenteel verschil van opvatting over de wijze waarop [A] zijn werkzaamheden als CEO van Peperzaken en als projectmanager ten behoeve van Belsimpel diende uit te voeren.

Ook ten aanzien van deze opzeggingsgrond heeft [A] zich, naar het oordeel van de rechtbank, terecht overvallen gevoeld. Overwogen wordt daarbij dat [A], blijkens de statuten en de schriftelijk vastgelegde koopovereenkomst, samen met [D] het (zelfstandig bevoegd) bestuur van (de zelfstandig opererende onderneming) Peperzaken zou vormen, waarbij [A] “de algehele leiding van de app business van de Vennootschap” zou krijgen en “daarnaast in overleg met Kopers werkzaamheden op projectbasis voor Belsimpel” zou gaan uitvoeren, waarbij het echter om “in principe niet meer dan de helft van de beschikbare tijd” van [A] zou gaan. Uit de stukken en hetgeen ter zitting is besproken begrijpt de rechtbank dat het zelfstandig bestaansrecht van Peperzaken (door de aandeelhouders) al snel na de overdracht ondergeschikt is gemaakt aan de belangen van Belsimpel en in die zin – meer dan vooraf (door [A]) voorzien – in feite in die organisatie is geïntegreerd. Daarmee, zo is ter zitting erkend, is de positie van [A] feitelijk in korte tijd getransformeerd van CEO van Peperzaken naar de (ondergeschikte) functie van projectmanager van Belsimpel. Dat deze rolwisseling voor [A], die kwam uit een “Silicon Valley-achtige” bedrijfscultuur en terecht kwam in een veel strakker geleide organisatie, mogelijk minder geruisloos is verlopen, rechtvaardigt nog niet dat hij na korte tijd vanwege dit verschil in bedrijfscultuur het veld moet ruimen. Het voorgaande klemt te meer daar dit verschil in bedrijfscultuur vooraf bekend was. Bij Peperzaken stond, zo is onweersproken aangevoerd, de creativiteit in de ontwikkeling van apps voorop en waren formele regels m.b.t. werktijden e.d. minder van belang. In de Algemene Arbeidsvoorwaarden van Peperzaken 2016 was (is) o.m. opgenomen:

“Bij Peperzaken hebben we een open cultuur waar privé en werk onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Werken bij Peperzaken is werken met een uitdaging. (...) Het AppStar team is een hecht team, staat open voor ideeën en gunt een ieder het podium om zijn of haar visie en ideeën te delen. Wederzijds respect en out of the box denken zijn daarbij belangrijke waarden. Alles kan, we moeten alleen samen een weg vinden.”

Met deze aanpak had Peperzaken, onder leiding van [D] en [A], in 2012 nog de Jonge Ondernemersprijs van het Noorden gewonnen. Het fundamenteel verschil in visie, waarop Peperzaken zich bij opzeggingsbrief van 30 januari 2017 beroept, op basis waarvan een verdere samenwerking onwerkbaar zou zijn, kenden de aandeelhouders van Peperzaken – met andere woorden – dus al op het moment van de aanstelling van [A].

Dat de nieuwe aandeelhouders van Peperzaken zich tot 30 januari 2017 aantoonbaar voldoende hebben ingespannen om deze voorzienbare cultuurfloof met [A] te overbruggen (met [D] speelt dit blijkbaar niet aangezien [D] als CTO zich voornamelijk met de technische ontwikkeling van app's bezig houdt), is de rechtbank niet gebleken. Het moge zo zijn dat de arbeidsovereenkomst van een statutair bestuurder nauw verbonden is met het vertrouwen dat de aandeelhouder heeft in zijn handelen en dat om die reden bij een gebleken verschil van inzicht over de wijze waarop moet worden gewerkt

sneller dan bij een “gewone” werknemer tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan worden overgegaan, dan nog dient sprake te zijn van een deugdelijk opgebouwd en transparant traject. Oordelend naar de stand van zaken op 30 januari 2017 is de rechtbank onvoldoende van een dergelijk traject gebleken. Dat geldt in het bijzonder nu [A] feitelijk al snel na de overname niet zozeer als statutair bestuurder werkzaam was, maar (voor 90% van zijn werktijd) als projectmanager van Belsimpel. In die zin is het ook de vraag in hoeverre de arbeidsovereenkomst van [A] onlosmakelijk was/is verbonden met de vennootschapsrechtelijke contractuele relatie en of het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit, zo al rechtsgeldig genomen, conform de “15-april-arresten” (HR 15 april 2005 [ECLI:NL:HR:2005:AS2027](#) en AS2713) ook de dienstbetrekking heeft doen eindigen. Hoe dan ook, van een “voldragen” h-grond was naar het oordeel van de rechtbank op 30 januari 2017 geen sprake.

5.11. Dit geldt evenzeer voor de g-grond nu ook de gestelde verstoorde arbeidsrelatie op 30 januari 2017 nog niet, dan wel slechts korte tijd kenbaar was voor [A] en in die zin een duurzaam karakter ontbeerde.

5.12. Het voorgaande leidt er toe dat de opzegging van 30 januari 2017, zo al gebaseerd op een rechtsgeldig AvA-besluit, is gedaan zonder een valide opzeggingsgrond en mitsdien in strijd met artikel 7:669 BW. Dit feit maakt dat Peperzaken ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, nu deze ernstige verwijtbaarheid reeds besloten ligt in de schending van de opzeggingsregels. (HR 30 juni 2017 [ECLI:NL:HR:2017:1187](#), cf. conclusie van de A-G onder 3.15).

Het verzoek van [A] tot toekenning van een billijke vergoeding is daarmee toewijsbaar.

5.13. Ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding wordt het volgende overwogen.

De verzochte billijke vergoeding is gegrond op artikel 7:682 lid 3 sub a BW, welke vergoeding vergelijkbaar is met de billijke vergoeding die krachtens artikel 7:681 BW kan worden verzocht na een vernietigbaar ontslag wegens schending van de opzeggingsregels. Zoals hiervoor reeds geoordeeld, ligt in deze schending reeds de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever en mitsdien de aanspraak op een billijke vergoeding besloten.

De rechter dient de billijke vergoeding te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Hij dient in de motivering van zijn oordeel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding hebben geleid (HR 30 juni 2017 [ECLI:NL:HR:2017:1187](#) ro 3.4.2.). Bij de begroting van de billijke vergoeding worden alle omstandigheden van het geval betrokken. Hoewel de billijke vergoeding een additioneel karakter draagt en slechts toewijsbaar is onder bijzondere omstandigheden *naast* het wettelijk recht op een transitievergoeding, dat dient ter compensatie van de gevolgen van het ontslag, “verzet het stelsel van de Wwz zich niet ertegen dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding waarop de wet een werknemer aanspraak geeft omdat de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt”, aldus de Hoge Raad in voormeld arrest. Immers, de aanspraak van de werknemer op loondoorbetaling bij een vernietigbaar ontslag kan niet geacht worden volledig te zijn gecompenseerd door de transitievergoeding en de bedoeling van de billijke vergoeding is nu juist dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Gelet op het voorgaande dient in de hoogte van de billijke vergoeding dan ook de waarde van de arbeidsovereenkomst te worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie zonder vernietigbare opzegging en de situatie waarin de werknemer zich nu bevindt.

5.14. Reeds hiervoor is geoordeeld – kort samengevat – dat het disfunctioneringsdossier van Peperzaken op 30 januari 2017 onvoldragen was, terwijl de kaart van de gestelde vertrouwensbreuk onverhoeds, althans prematuur is getrokken. [A] heeft in dat opzicht terecht aangevoerd dat de billijke vergoeding in elk geval een inkomensschade van 6 maanden moet

omvatten, zijnde de termijn waarbinnen een gemiddeld functioneringstraject kan worden doorlopen. De rechtbank acht deze inkomensschade, een bedrag van € 40.000,= bruto belopend, als onderdeel van de billijke vergoeding, toewijsbaar.

5.15. [A] heeft voorts aangevoerd dat hij door het vroegtijdig ontslag niet in de gelegenheid is gesteld om het variabel deel van de koopsom (mede) te realiseren, welke schade in de billijke vergoeding tot uitdrukking moet worden gebracht.

Dienaangaande heeft te gelden dat de variabele koopsom (de earn-out-regeling) is overeengekomen tussen Makalu B.V. en Swank & Rydyr B.V., zodat [A] formeel geen partij is bij die overeenkomst. Blijkens de overeenkomst zal voorts pas op basis van het bedrijfsresultaat van Peperzaken per 15 april 2018 tot een uitbetaling van dit (variabel) deel van de koopsom van de aandelen worden overgegaan, zulks naar rato van de behaalde doelstellingen en tot een maximum van het behaalde bedrijfsresultaat. Afrekening terzake zal daarom tussen de betrokken partijen, waaronder [A] via zijn beheer-b.v., nog moeten worden afgewacht en kan – nu partijen daarvan in het kader van de schikkingsonderhandelingen hebben afgezien – thans niet bij de schadeberekening worden betrokken. Wel kan worden vastgesteld dat [A] door de opzegging van het dienstverband per 1 maart 2017 niet langer kan bijdragen aan het behalen van een positief bedrijfsresultaat en/of de overeengekomen KPI's van Peperzaken. Uitgaande van een voor [A] (via zijn beheer-b.v.) maximaal te behalen variabele vergoeding van € 100.000,= na een periode van 2 jaren, waarvan bij opzegging reeds 1 jaar was verstreken, zal de kantonrechter deze “gemiste kans” voor [A] naar billijkheid vaststellen op € 10.000,=.

Eenzelfde bedrag komt [A] naar het oordeel van de rechtbank naar billijkheid toe als (im)materiële schadevergoeding, bestaande enerzijds uit de diffamerende wijze waarop partijen uiteen zijn gegaan, de daarmee samenhangende imagoschade en psychische schade die [A] heeft ondervonden van het gedwongen vertrek uit de (mede) door hem opgebouwde onderneming en anderzijds uit de omstandigheid dat [A] thans nog arbeidsongeschikt is, geen aanspraak heeft op een transitievergoeding en slechts voor een korte periode WW-rechten heeft opgebouwd.

5.16. De rechtbank zal de billijke vergoeding aldus vaststellen op een totaalbedrag van € 60.000,=. Peperzaken zal tot betaling van dit bedrag worden veroordeeld wanneer in rechte komt vast te staan dat het besluit van (de aandeelhouder van) Peperzaken tot opzegging van de arbeidsovereenkomst d.d. 30 januari 2017 rechtsgeldig is.

## **Inzake het zelfstandige voorwaardelijke tegenverzoek tot onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:671b BW**

5.17. Peperzaken heeft bij zelfstandig tegenverzoek de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [A] verzocht, voor zover wordt vastgesteld dat deze niet al is geëindigd door de besluiten van de AvA van Peperzaken van 30 januari 2017.

Peperzaken heeft bij besluit van de AvA van 26 mei 2017 [A] (andermaal) ontslagen als statutair bestuurder van Peperzaken en verzoekt thans de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de (nevengeschikte) redelijke gronden van artikel 7:669 lid 3 sub d, g en h BW. Voor de onderbouwing van het verzoek wordt door Peperzaken verwezen naar de toelichting bij de opzegging van 30 januari 2017.

5.18. De rechtbank passeert het verweer van [A] dat het verzoek van Peperzaken niet-ontvankelijk verklaard moet worden. Weliswaar was, naast het voorgenomen besluit tot ontslag van [A] als statutair bestuurder, niet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst maar de opzegging daarvan geagendeerd, maar dat dit moet leiden tot een niet-ontvankelijkheid gaat wel uit van een al te strikte lezing. Vast staat immers dat tijdens de AvA zou worden beslist over het ontslag van [A] als statutair bestuurder en voorts over de beëindiging van het dienstverband met [A] als CEO. Dat Peperzaken in verband met de arbeidsongeschiktheid van [A] heeft gekozen voor een ontbindingsprocedure maakt de besluitvorming niet anders.

Bovendien is onweersproken dat [A] in de gelegenheid is gesteld zich ter zake te verweren en zijn raadgevende stem uit te brengen, hetgeen hij schriftelijk voorafgaand aan de vergadering heeft gedaan.

5.19. De rechtbank gaat ook voorbij aan het verweer van [A] dat sprake is van strijd met het opzegverbod wegens ziekte en dat daarom de gevraagde ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden afgewezen. Dit opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW niet in de weg aan ontbinding wanneer het verzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer. Naar het oordeel van de rechtbank staat het verzoek, zoals het is geformuleerd, los van de ongeschiktheid van [A] wegens ziekte.

5.20. Ingevolge artikel 7:669 lid 1 BW kan de rechtbank de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbinden, indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In lid 3 van artikel 7:669 BW wordt omschreven welke redenen als een redelijke grond kunnen worden aangemerkt. Peperzaken baseert haar verzoek op de (nevengeschikte) redelijke gronden van artikel 7:699 lid 3 sub d, g en h BW. Geoordeeld wordt als volgt.

5.21. De onderbouwing van de redelijke gronden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gelijk aan hetgeen Peperzaken bij de opzegging van 30 januari 2017 heeft aangevoerd.

5.22. Reeds hiervoor (5.9) is geoordeeld dat de ontslaggrond betreffende het gestelde disfunctioneren van [A] op 30 januari 2017 onvoldragen was. Nu [A] na 30 januari 2017 niet meer heeft gewerkt en overigens geen relevante wijzigingen hebben plaatsgehad die nopen tot een ander oordeel, wordt het verzoek op deze grond afgewezen.

5.23. Daarentegen acht de rechtbank de thans evident bestaande verstoorde arbeidsrelatie tussen partijen als redelijke (g-)grond om te komen tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wel toewijsbaar.

Uit de overgelegde verklaringen van [B] en [C] (aandeelhouder van Peperzaken, tevens eigenaar en leidinggevende van Belsimpel) en medewerkers van Belsimpel, alsmede hetgeen ter zitting is besproken, is de rechtbank gebleken dat van een vruchtbare samenwerking geen sprake meer kan zijn. Uitgaande van de omstandigheid dat [A] voornamelijk werkzaam is (geweest) als projectmanager van Belsimpel en in die positie direct onder leiding van [B] en [C] zijn taken moe(s)t vervullen, zal de tussen hen gerezen gespannen verhouding in de toekomst welhaast zeker leiden tot een verdere escalatie. Dit blijkt ook uit de wijze waarop partijen na 30 januari 2017 met elkaar hebben “gecommuniceerd”, hetgeen het inmiddels duurzame karakter van hun verstoorde verhouding bevestigt. Gelet daarop ligt herplaatsing van [A] niet de rede.

5.24. De conclusie is dat de rechtbank het verzoek van Peperzaken zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 8, onderdeel a, BW voorwaardelijk zal worden ontbonden met ingang van 1 september 2017. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verminderd met de duur van deze procedure, doch met een minimum van 1 maand. De ontbinding is voorwaardelijk, namelijk voor zover de arbeidsovereenkomst nog niet is geëindigd door de besluiten van de aandeelhoudersvergadering van Peperzaken van 30 januari 2017.

5.25. Peperzaken heeft verzocht de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te spreken zonder daarbij aan [A] een vergoeding toe te kennen. Hoewel [A] terzake geen expliciet zelfstandig verzoek heeft gedaan, verstaat de rechtbank het subsidiair gevoerde verweer tot het toekennen van een billijke vergoeding in geval van ontbinding als zodanig.

5.26. Gelet op artikel 7:671b lid 8, onderdeel c, BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in

uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren (zie: *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 34). Naar het oordeel van de rechtbank doet zich hier een dergelijke situatie voor. Daarover wordt het volgende overwogen.

5.27. Zoals reeds bij de beoordeling van het (voorwaardelijk) verzoek van [A] is geoordeeld, heeft Peperzaken de arbeidsverhouding per 30 januari 2017 opgezegd zonder geldige opzeggingsgrond (zie 5.9. t/m 5.12.). Dat thans wel sprake is van een redelijke grond in de vorm van een duurzaam verstoorde arbeidsrelatie is het rechtstreekse gevolg van die schending van de opzeggingsregels. Met andere woorden: Peperzaken heeft door haar handelen de thans duurzaam verstoorde arbeidsrelatie gecreëerd. Daar komt bij dat [B] en [C] – in hun hoedanigheid van zowel aandeelhouder van Peperzaken, als eigenaar van Belsimpel en (ook) in die zin direct leidinggevende van [A] in zijn functie van projectmanager van Belsimpel – ter zitting hebben aangegeven [A] onder geen voorwaarde meer, in welke rol en binnen welk bedrijf dan ook te zullen accepteren.

De rechtbank kwalificeert dit handelen als ernstig verwijtbaar, waarmee is voldaan aan de hierboven sub 5.26 geformuleerde maatstaf.

5.28. Over de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding overweegt de rechtbank het volgende.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de hoogte van de billijke vergoeding – naar haar aard – in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever (zie: *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 32-34 en *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 7, pag. 91). Als ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor volgens die wetsgeschiedenis te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. De hoogte van de billijke vergoeding moet daarom worden bepaald op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Bij arrest van 30 juni 2017 ([ECLI:NL:HR:2017:1187](https://www.eclii.nl/hr/2017/1187)) heeft de Hoge Raad de daarvoor geldende maatstaf nader gedefinieerd, zoals hiervoor in rechtsoverweging 5.13 is omschreven. Hoewel het hier niet gaat om een vernietigbaar ontslag maar een ontbinding zijn de overwegingen met betrekking tot de hoogte van de billijke vergoeding en de vraag of de gevolgen van het ontslag daarbij ook een rol kunnen spelen ook in deze zaak van belang.

Gegeven deze maatstaf zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 20.000,=. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking hetgeen hiervoor sub 5.15. is overwogen en beslist. De in rechtsoverweging 5.14 toegekende inkomensschade van € 40.000,= wordt niet in de billijke vergoeding betrokken aangezien geen sprake is van een vernietigbaar ontslag en de ontbinding per 1 september 2017 wordt uitgesproken.

5.29. Nu aan de ontbinding een vergoeding wordt verbonden, zal de werkgever gelet op artikel 7:686a lid 6 BW in de gelegenheid worden gesteld om het verzoek in te trekken binnen de hierna genoemde termijn.

## In beide verzoeken

5.30. Gelet op de uitkomst van de zaak, is de rechtbank van oordeel dat het redelijk is dat – ook als Peperzaken haar verzoek intrekt – partijen ieder hun eigen proceskosten dragen.

## 6 De beslissing

De rechtbank:

*in het (voorwaardelijk) verzoek*

6.1. veroordeelt Peperzaken om aan [A] te betalen een billijke vergoeding van € 60.000,= bruto, voor zover in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat het besluit van (de aandeelhouder van) Peperzaken tot opzegging van de arbeidsovereenkomst d.d. 30 januari 2017 rechtsgeldig is;

*in het (voorwaardelijk) tegenverzoek*

6.2. bepaalt dat de termijn, waarbinnen Peperzaken haar verzoek kan intrekken (door middel van een schriftelijke mededeling aan de griffier, met toezending van een kopie daarvan aan de (gemachtigde van de) wederpartij), zal lopen tot en met 25 juli 2017;

*voor het geval Peperzaken het verzoek niet binnen die termijn intrekt:*

6.3. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 september 2017, voor zover wordt vastgesteld dat deze niet al is geëindigd door de besluiten van de aandeelhoudersvergadering van Peperzaken van 30 januari 2017;

6.4. veroordeelt Peperzaken om alsdan aan [A] te betalen een billijke vergoeding van € 20.000,= bruto;

*in beide verzoeken*

6.5. bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;

6.6. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

## Noot

1. Ontslag van een statutair bestuurder blijft een terugkerend thema. Op grond van de 15-april-arresten uit 2005 doet een rechtsgeldig vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit door de AVA tevens de arbeidsrechtelijke dienstbetrekking eindigen. De bestuurder vordert in casu in een separate procedure verklaring voor recht van nietigheid c.q. vernietiging van dit besluit, omdat de AVA niet is opgeroepen door een bestuurder maar door de aandeelhouder.

2. Erg kansrijk lijkt deze vordering niet. Immers, ook al was er naast de betreffende bestuurder nog een tweede bestuurder die de AVA zou kunnen bijeenroepen (de eerste bestuurder kan vanwege het tegenstrijdig belang niet deelnemen aan de beraadslaging over en het bestuursbesluit tot het oproepen van een AVA inzake het voorgenomen ontslag van hem als statutair bestuurder en werknemer), dat laat onverlet dat de enig aandeelhouder op grond van art. 2:238 BW, zoals ook weergegeven in art. 26 van de statuten van de vennootschap, een besluit buiten vergadering kan nemen. Wel dient de betreffende bestuurder te worden gehoord over het voornemen tot ontslag en dient hij als bestuurder in de gelegenheid te worden gesteld hierover advies uit te brengen, maar in casu is hieraan voldaan. Het ontslagbesluit lijkt daarmee een rechtsgeldig besluit buiten vergadering.

3. Bovendien kan op grond van art. 2:224 en 225 BW (zoals ook vermeld in art. 23 lid 5 en 6 van de statuten) de AVA rechtsgeldig besluiten, ook indien een onderwerp niet op de agenda is vermeld, de oproepingstermijn niet in acht is

genomen of geen oproeping heeft plaatsgehad, mits alle vergadergerechtigden daarmee instemmen en de bestuurders voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid zijn gesteld om advies uit te brengen. Bestuurders zijn geen vergadergerechtigden, zodat hun instemming in een dergelijk geval niet is vereist. Ook om deze reden lijkt het ontslagbesluit van 30 januari 2017 rechtsgeldig. Het lijkt derhalve waarschijnlijk dat de vordering tot verklaring voor recht van nietigheid c.q. vernietiging van het ontslagbesluit in de parallelle procedure zal worden afgewezen.

4. Mocht deze vordering desalniettemin worden toegewezen, dan zal dit een verklaring voor recht inzake nietigheid zijn. Immers, het ontslagbesluit is in dat geval genomen ondanks het ontbreken van een door de wet of statuten voorafgaande handeling van het bestuur (art. 2:14 lid 2 BW). Van een vernietigbaar totstandkomingsgebrek als bedoeld in art. 2:15 lid 1 sub a BW is dan geen sprake (art. 2:15 lid 2 BW). Dit betekent dat een bevestiging door de AVA, op grond van art. 2:15 lid 6 BW, geen soelaas biedt. Overigens betrof het tweede AVA-besluit, ditmaal wel bijeengeroepen door de tweede bestuurder (maar mogelijk niet voordat de vordering tot vernietiging is ingesteld), geen bevestiging van het eerdere vernietigbare besluit maar betrof dit het opnieuw nemen van hetzelfde besluit onder de voorwaarde dat het eerste besluit niet rechtsgeldig zou zijn. Een dergelijk besluit plaatst, anders dan een bevestiging, het vernietigbare besluit niet buiten het bereik van de vernietiging (zodat dit eerste (vernietigbare) besluit ook niet onaantastbaar geldt vanaf het tijdstip waarop het is genomen) en omdat de bestuurder zich inmiddels ziek had gemeld, geldt de uitzondering van het opzegverbod voor de 15 april-arresten, zodat met dit tweede AVA-besluit de arbeidsovereenkomst niet is opgezegd. Wel staat met dit tweede AVA-besluit onvoorwaardelijk vast dat de bestuurder is ontslagen als statutair bestuurder.

5. De eventuele nietigheid van het eerste ontslagbesluit kan op grond van art. 2:14 lid 2 BW worden bekrachtigd door het orgaan dat de vereiste voorafgaande handeling niet heeft verricht. Een eventueel vereiste voor de oorspronkelijk benodigde voorafgaande handeling (lees: het bestuursbesluit tot het bijeenroepen van de AVA) geldt daarbij ook voor de bekrachtiging. Het lijkt ons dat dit ook geldt voor de tegenstrijdig-belangregeling op grond waarvan de betreffende (beoogd ontslagen) bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging over en het bestuursbesluit tot het oproepen van een AVA, zodat de bekrachtiging door louter de tweede bestuurder kan plaatsvinden. Aangezien de tweede bestuurder op 14 maart 2017 de AVA voor de tweede maal heeft bijeengeroepen (na betwisting van de rechtsgeldigheid van het eerste AVA-besluit), lijkt dit als een bekrachtiging te kunnen worden geïnterpreteerd. Wel moet dit op grond van art. 2:14 lid 3 BW geschieden voor of binnen een redelijke termijn die wordt gesteld door de AVA of de ontslagen bestuurder, maar uit de feiten blijkt niet dat een dergelijke termijn is gesteld.

6. Terug naar de onderhavige procedure. De ontslagen bestuurder verzoekt om een billijke vergoeding onder de voorwaarde dat het eerste ontslagbesluit rechtsgeldig is. De bestuurder verzoekt in deze procedure niet, anders dan in de vernietigingsprocedure, toelating tot het werk met loondoorbetaling. De vernietigingsprocedure ziet echter enkel op de vraag of het ontslagbesluit van de AVA rechtsgeldig was, maar ziet klaarblijkelijk niet op de vraag of het ontslag als statutair bestuurder ook leidt tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Tussen partijen staat vast dat de bestuurder negentig procent van zijn tijd werkzaamheden verrichtte voor een andere entiteit dan de vennootschap. Van de resterende tien procent zag mogelijk een deel ook niet op het besturen van de vennootschap. Nu de werkzaamheden van de bestuurder nagenoeg geheel geen verband hielden met zijn positie als statutair bestuurder, zou hij kunnen betogen dat een rechtsgeldig AVA-besluit tot ontslag als statutair bestuurder niet impliceert dat hij tevens is ontslagen als werknemer. Een separate opzeggingshandeling door de vennootschap is dan vereist, hetgeen bemoeilijkt wordt omdat de bestuurder zich ziek heeft gemeld.

7. De bestuurder verzoekt om een voorwaardelijke billijke vergoeding en de vennootschap verzoekt om voorwaardelijke ontbinding. Eind 2016 heeft de Hoge Raad bevestigd dat ook onder de WWZ een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding mogelijk blijft, mits beide procedures wel bij rechters van dezelfde aanleg plaatsvinden. De vernietigingsprocedure is aanhangig bij de rechtbank en onderhavige procedure bij de kantonrechter, zodat hieraan is voldaan. De kantonrechter stelt een voorwaardelijke billijke vergoeding vast op grond van art. 7:862 lid 3 BW nu de opzegging van 30 januari 2017, zo dit AVA-besluit al rechtsgeldig was, is gedaan in strijd met art. 7:669 BW. Dit bedrag omvat tevens een bedrag voor de 'gemiste kans' om de uitkomst van de *earn-out* gunstig te beïnvloeden. Deze *earn-out* betreft een resultaatsafhankelijke

nabetaling door de indirecte aandeelhouders van de vennootschap aan een door beide bestuurders gehouden rechtspersoon uit hoofde van de verkoop van de vennootschap. De *earn-out* zelf wordt niet door dit vonnis aangetast omdat dat andere partijen betreft. Deze *earn-out* heeft, naast het behalen van financiële doelstellingen, onder meer als voorwaarde dat beide bestuurders op 15 april 2018 nog in dienst zijn en dat het oordeel of deze voorwaarden zijn vervuld behoort tot de discretionaire bevoegdheid van kopers. Bij een eventueel ontslag van de tweede bestuurder wordt aan de voorwaarden van deze *earn-out* in principe (tenzij dit een potestatieve voorwaarde blijkt te zijn) niet voldaan. Omdat de tweede bestuurder thans nog de enig resterende bestuurder is, kan de bijeenroeping voor de AVA voor zijn eventuele ontslag vanwege het tegenstrijdig belang wel gewoon door de AVA plaatsvinden.

8. De vennootschap verzoekt tot voorwaardelijke ontbinding. De rechtbank wijst dit verzoek toe nu gebleken is dat van een vruchtbare samenwerking geen sprake is. Het opzegverbod wegens ziekte is niet van toepassing bij deze ontbinding, nu het verzoek hiertoe losstaat van ongeschiktheid van de bestuurder wegens ziekte. Vanwege het vastgestelde ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de vennootschap als werkgever, wordt op grond van art. 7:671b lid 8 BW een billijke vergoeding toegekend. Inkomensschade maakt daar geen onderdeel van uit. Wel krijgt de bestuurder in het geval van ontbinding, vanwege een latere beëindiging van de arbeidsovereenkomst, nog een half jaar doorbetaald.

9. Afhankelijk van de uitkomst van de vernietigingsprocedure (welke onherroepelijk dient komen vast te staan) krijgt de ontslagen bestuurder op grond van dit vonnis het ene dan wel het andere bedrag toegewezen.

E.J.H. Zandbergen, Fermm Advocaten

J.H.L. Damen, Fermm Advocaten