

ECLI:NL:RBOBR:2017:2074

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak	07-04-2017
Datum publicatie	11-04-2017
Zaaknummer	C/01/317813 / KG ZA 17-105
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding. Vordering tot wedertewerkstelling en doorbetalen loon toegewezen. Voorzieningenrechter gaat ervan uit dat eiser gewone werknemer en geen statutair bestuurde is.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2017/1893 AR-Updates.nl 2017-0449 OR-Updates.nl 2017-0133 VAAN-AR-Updates.nl 2017-0449

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK OOST-BRABANT

Civiel Recht

Zittingsplaats 's-Hertogenbosch

zaaknummer / rolnummer: C/01/317813 / KG ZA 17-105

Vonnis in kort geding van 7 april 2017

in de zaak van

[eiser] ,

wonende te [woonplaats] ,

eiser,

advocaat mr. G.M. Gerdes te Utrecht,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DPD (NEDERLAND) B.V.,

gevestigd te Best,

gedaagde,

advocaat mr. B.J. Bongaards te Rotterdam.

Partijen worden [eiser] en DPD genoemd.

1 De procedure

1.1. De procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 27 februari 2017 met 17 producties,
- de op 20 maart 2017 van [eiser] ontvangen producties 18 tot en met 23,
- de bij brief van 23 maart 2017 van DPD ontvangen producties 1 tot en met 9,
- de mondelinge behandeling op 27 maart 2017,
- de pleitaantekeningen van mr. G.M. Gerdes,
- de aantekeningen mondelinge behandeling van mr. Bongaards.

1.2. Een minnelijke regeling is niet haalbaar gebleken, zodat vonnis is bepaald op uiterlijk 10 april 2017.

2 De feiten

2.1. DPD is een onderneming die zich onder meer bezig houdt met het vervoer van pakketten. DPD is een dochter van de Belgische vennootschap DPD (Belgium) N.V.

2.2. Op 30 juli 2010 heeft de heer [naam toenmalige CEO DPD] , CEO van DPD, aan de ondernemingsraad van DPD advies gevraagd omtrent de benoeming van [eiser] als Director Operations en bestuurder. Op 9 augustus 2010 heeft de ondernemingsraad positief geadviseerd.

2.3. [eiser] is op 1 oktober 2010 in dienst getreden bij DPD als Director Operations & IT op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

2.4. Op 11 maart 2011 is een op [eiser] betrekking hebbend formulier "Inschrijving functionaris voor een rechtspersoon" ingediend bij de Kamer van Koophandel. De inschrijving heeft op diezelfde datum plaatsgevonden. Bij de gegevens van de functionaris heeft [eiser] zijn handtekening op het formulier geplaatst. Het formulier is op 20 januari 2011 getekend door de heer [naam toenmalige CEO DPD] .

2.5. Met ingang van 1 juli 2011 is de arbeidsovereenkomst van [eiser] omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst is vastgelegd in een schriftelijke arbeidsovereenkomst d.d. 28 juni 2011, met een bijbehorende functieomschrijving. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat [eiser] als werknemer ressorteert onder de CEO van DPD. Als "doel van de functie" is in de functieomschrijving opgenomen: "Zorgdragen voor het organiseren en managen van het interdepotverkeer, de ontwikkeling van Customer Service en het depotnet in Nederland en het uitbreiden van de fijnmazige distributie, binnen de richtlijnen van de franchise organisatie en DPD beleid, operational excellence te bereiken en zo kosten in het groeiemodel mede te optimaliseren". Als "plaats in de organisatie" vermeldt de functieomschrijving: "De Director Operations & IT valt onder de hiërarchische verantwoording van de CEO. De Director Operations & IT geeft vanuit zijn functie leiding aan aantal managers op het gebied van Depot Beleid, Quality & Security, IT, Business Intelligence en Network."

- 2.6. De toenmalige CEO van DPD, de heer [naam toenmalige CEO DPD] , was tevens bestuurder van de enig aandeelhouder van DPD, DPD (Belgium) N.V.
- 2.7. Met ingang van 1 januari 2016 is [eiser] 90% gaan werken, met behoud van 90% van zijn salaris. Het salaris van [eiser] bedraagt laatstelijk 8.921,37 bruto per maand, te vermeerderen met 8% vakantiebijslag. Over 2013, 2014 en 2015 heeft [eiser] achtereenvolgens bonusbetalingen van 18.000,00, 14.000,00 en 15.000,00 bruto ontvangen.
- 2.8. Met ingang van 4 maart 2016 heeft DPD afscheid genomen van CEO [naam toenmalige CEO DPD] . Hij is opgevolgd door de heer [naam huidige CEO DPD] (verder te noemen: [naam huidige CEO DPD]). DPD heeft in het tweede kwartaal van 2016 een koerswijziging ingezet.
- 2.9. De nieuwe CEO [naam huidige CEO DPD] , heeft per 1 november 2016 een structuurwijziging binnen de organisatie van DPD doorgevoerd, naar aanleiding waarvan [eiser] Director Strategy & Development is geworden. De functiewijziging is aan [eiser] bevestigd bij brief van 8 november 2016. Van andere directieleden was tevoren afscheid genomen.
- 2.10. Op 9 januari 2017 heeft een beoordelingsgesprek plaatsgevonden tussen CEO [naam huidige CEO DPD] en [eiser] . Van eerdere beoordelingsgesprekken - tevens arbeidsvoorwaardengesprekken - met [eiser] (die volgens [eiser] enkel mondeling hebben plaatsvonden) zijn geen verslagen in het geding gebracht. Blijkens het ingevulde beoordelingsformulier betreffende het gesprek van 9 januari 2017 heeft [naam huidige CEO DPD] het functioneren van [eiser] op nagenoeg alle resultaatgebieden beoordeeld als "onder verwachting".
- 2.11. [eiser] heeft bij brief van 30 januari 2017 uiteengezet het niet eens te zijn met de beoordeling en met de daarop door [naam huidige CEO DPD] in het beoordelingsformulier gegeven toelichting.
- 2.12. Op 31 januari 2017 heeft een gepland overleg tussen [naam huidige CEO DPD] en [eiser] plaatsgevonden. Partijen zijn het er niet over eens hoe dit gesprek verlopen is. Wel is duidelijk dat [eiser] heeft beoogd zijn beoordeling en zijn schriftelijke reactie op de beoordeling bij [naam huidige CEO DPD] aan de orde te stellen, dat zij het daarover niet eens zijn geworden, dat [naam huidige CEO DPD] heeft geoordeeld dat er bij [eiser] geen enkele wil meer was om met zelfreflectie te kijken naar de bevindingen van de CEO en dat [eiser] op die dag na het gesprek naar huis is gegaan.
- 2.13. Op 31 januari 2017 om 15.26 uur heeft [naam huidige CEO DPD] een e-mailbericht binnen de organisatie van DPD verzonden met als onderwerp "Vertrek [eiser] " met de mededeling dat [eiser] per die dag was vrijgesteld van zijn werkzaamheden, tot welk besluit zij samen, in goed overleg, waren gekomen. Tevens heeft [naam huidige CEO DPD] in de e-mail vermeld dat de werving van een opvolger zo spoedig mogelijk zou worden opgestart. Per e-mail van 31 januari 2017 te 17.43 aan [naam huidige CEO DPD] heeft [eiser] deze lezing van [naam huidige CEO DPD] tegengesproken en te kennen gegeven dat hij tijdens het gesprek op 31 januari 2017 was overvallen door de wens van [naam huidige CEO DPD] om te streven naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst en te hebben aangegeven even naar huis te zullen gaan om "van de schrik te bekomen" met de bedoeling de volgende dag of de dag daarop zijn werkzaamheden te hervatten. [eiser] heeft daaraan toegevoegd nadrukkelijk niet de intentie te hebben gehad om zich neer te leggen bij een beëindiging van het dienstverband. [eiser] heeft aan [naam huidige CEO DPD] gevraagd om een bevestiging dat hij uiterlijk met ingang van 6 februari 2017 weer zou worden toegelaten tot zijn werkzaamheden. Die bevestiging heeft [eiser] niet gekregen.
- 2.14. Bij brief van 2 februari 2017, ondertekend door [naam huidige CEO DPD] , is [eiser] uitgenodigd voor een algemene vergadering van aandeelhouders van DPD op 24 februari 2017, met als agendapunt 3 "*Proposed dismissal of mr. [eiser] as Director ("Statutair Bestuurder") and the instruction to the Board of Directors to take the necessary steps to terminate the employment contract of Mr. [eiser] ."*

- 2.15. Bij brief van 6 februari 2017 heeft de advocaat van [eiser] aan de advocaat van DPD doen weten dat [eiser] niet heeft bewilligd in het einde van zijn dienstverband, dat [eiser] bij zijn standpunt bleef dat hij zijn werkzaamheden wenste te hervatten en dat [eiser] , voor zover hem bekend, geen statutair directeur van DPD was.
- 2.16 Bij e-mail van 22 februari 2017 heeft [eiser] bericht aan [naam huidige CEO DPD] en aan de heer [naam 1] , na het vertrek van [naam toenmalige CEO DPD] CEO van enig aandeelhouder DPD (Belgium) N.V., dat hij, [eiser] , niet bij de algemene vergadering van aandeelhouders op 24 februari 2017 aanwezig zou zijn. [eiser] heeft in de e-mail ook te kennen gegeven dat hij geen statutair bestuurder van DPD was.
- 2.17. Bij e-mail van 23 februari 2017 heeft mevrouw [naam director HR DPD] , Director HR van DPD, onder bijvoeging van een schriftelijke "toelichting t.a.v. agendapunt "voorgenomen ontslag [eiser] " van 24 februari 2017" doen weten dat DPD bekend is met de stelling van [eiser] dat hij geen statutair bestuurder is, maar dat [eiser] ook weet dat DPD dat anders ziet, dat de algemene vergadering de volgende dag door zou gaan en dat DPD het betreurt dat [eiser] geen gebruik maakt van zijn adviserende stem en van zijn recht om zich te verweren.
- 2.18. Op 24 februari 2017 heeft de aandeelhouder tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders, waar [eiser] niet is verschenen, besloten om [eiser] per direct te ontslaan als bestuurder van DPD. Daarnaast heeft de aandeelhouder, in de persoon van de heer [naam 1] , ter vergadering bevestigd dat [naam huidige CEO DPD] de instructie krijgt namens het bestuur van DPD alle verder noodzakelijke stappen te zetten om de arbeidsovereenkomst met [eiser] te beëindigen.
- 2.19. Op 27 februari 2017 heeft [eiser] de dagvaarding in dit kort geding aan DPD doen betekenen.
- 2.20. Bij brief van 28 februari 2017 heeft [naam huidige CEO DPD] namens DPD het volgende aan [eiser] bericht:
- "De aandeelhouder heeft besloten tot uw ontslag als statutair directeur met onmiddellijke ingang. In de bijlagen treft u de notulen van de vergadering aan.*
- In lijn met het besluit van de aandeelhouder van 24 februari 2017 zeg ik bij deze namens DPD (Nederland) de arbeidsovereenkomst met u op. Met inachtneming van de opzegtermijn betekent dit dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 30 april 2017.*
- Wij zullen zorgdragen voor een correcte eindafrekening na die datum en wij erkennen dat u recht heeft op de transitievergoeding in geval de arbeidsovereenkomst conform het bovenstaande eindigt.*
- Eigendommen van de werkgever dienen vóór 30 april 2017 bij de werkgever ingeleverd te worden.*
- Ik hoop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd, dank u voor inzet gedurende het dienstverband en wens u veel succes in uw verdere loopbaan."*
- 2.21. [eiser] heeft het voornemen om in een bodemprocedure de vernietiging van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst te vragen. DPD heeft ter zitting aangekondigd in dat geval als zelfstandig tegenverzoek ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken op grond van artikel 7:669, lid 3 sub h, BW.

3 Het geschil

3.1. [eiser] vordert dat de voorzieningenrechter DPD bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, bij wijze van voorlopige voorziening, dan wel bij wege van voorschot zal veroordelen:

1. tot het toelaten van [eiser] tot het verrichten van de werkzaamheden in de functie Director Strategy & Development met alle daarbij behorende taken en verantwoordelijkheden, zulks op straffe van een dwangsom van 5.000,00 per dag of dagdeel dat DPD nalaat het gevorderde na te leven,

2. tot voortzetting van de loondoorbetaling aan [eiser] tot het moment dat rechtens vast staat dat het dienstverband tussen [eiser] en DPD is geëindigd,

3. in de kosten van het geding,

4. tot vergoeding van de wettelijke rente over de proceskosten, daaronder begrepen de dagvaardingskosten, vanaf het moment van dagvaarding tot het moment der volledige voldoening ervan.

3.1.1. [eiser] legt aan zijn vorderingen, kort samengevat, het volgende ten grondslag.

[eiser] is niet akkoord gegaan met de vrijstelling van werkzaamheden. Hij heeft daarentegen uitdrukkelijk verzocht om weer te worden toegelaten tot zijn werk.

[eiser] is geen statutair bestuurder van DPD. Hij is nooit als zodanig benoemd en hij heeft ook niet als zodanig gehandeld. Zijn ontslag als bestuurder op 24 februari 2017 is zinledig.

[eiser] heeft het voornemen in rechte op te komen tegen de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst per 1 mei 2017. Hij heeft een spoedeisend belang bij een voorziening op korte termijn, inhoudende dat hij wordt toegelaten tot het verrichten van zijn oude werkzaamheden in volle omvang, opdat hij zichzelf daarin kan bewijzen. Daarnaast heeft hij belang bij het voorkomen van verdere (ziekmakende) stress door de pogingen hem onder druk te zetten om in te stemmen met een totale uitholling van zijn rechtspositie.

3.2. DPD voert verweer. DPD bestrijdt dat [eiser] een spoedeisend belang bij zijn vorderingen heeft. Praktisch gezien zal een wedertewerkstelling na de te verwachten vonnisdatum in de loop van april 2017, gezien de datum waarop de arbeidsovereenkomst zal eindigen, 30 april 2017, nauwelijks betekenis meer hebben. De opzegging dateert van 28 februari 2017; een bodemprocedure in het kader van de WWZ had intussen (nagenoeg) doorlopen kunnen zijn.

Onvoldoende aannemelijk is dat de vordering van [eiser] in een bodemprocedure zal worden toegewezen. Daarvoor zou eerst moeten komen vast te staan dat [eiser] geen statutair directeur van DPD was. Zijn vordering tot wedertewerkstelling kan immers niet worden toegewezen als hij rechtsgeldig door de algemene vergadering van aandeelhouders is ontslagen. In casu zijn er echter ruimschoots voldoende feiten waaruit het statutair bestuurderschap van [eiser] blijkt. Niet aannemelijk kan worden geacht dat een bodemprocedure - als die al door [eiser] wordt opgestart - een zodanige kans van slagen heeft, dat het gerechtvaardigd is op deze toewijzing vooruit te lopen door het treffen van de gevorderde voorziening.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Partijen hebben voldoende feiten in een juridische context naar voren gebracht. De voorzieningenrechter heeft hieronder enige impliciete juridische aannames van partijen expliciet

gemaakt, dan wel op de voet van artikel 25 Rv rechtsgronden aangevuld, teneinde de in dit vonnis gehanteerde beoordelingskaders zichtbaar te maken.

- 4.2. [eiser] heeft, anders dan DPD meent, een spoedeisend belang bij zijn vorderingen. Hij zit nu onvrijwillig thuis. Volgens [eiser] kan de opzegging door DPD van zijn arbeidsovereenkomst per 30 april 2017 geen stand houden. Daarover oordeelt de voorzieningenrechter in dit kort geding niet, maar zelfs indien de opzegging van de arbeidsovereenkomst per 30 april 2017 uiteindelijk in stand mocht blijven, heeft [eiser] er thans een redelijk belang bij dat hij DPD vanuit een arbeidssituatie "via de voordeur" kan verlaten. DPD is vanaf 31 januari 2017 niet bereid gebleken [eiser] weer tot het verrichten van zijn werkzaamheden toe te laten, ondanks diens uitdrukkelijke verzoek daartoe. Dat een in kort geding afgedwongen wedertewerkstelling wellicht van korte duur kan zijn, is in dit geval onvoldoende reden om [eiser] zijn rechtsbescherming vanwege een gebrek aan spoedeisend belang te onthouden.
- 4.3. [eiser] vordert wedertewerkstelling. Voorop staat dat in dit kort geding niet is komen vast te staan dat [eiser] en DPD in de persoon van CEO [naam huidige CEO DPD] op 31 januari 2017 in goed overleg zijn overeengekomen dat [eiser] vanaf die datum vrijgesteld was van zijn werkzaamheden, zoals de CEO in zijn email van 31 januari 2017 te 15.26 uur heeft gecommuniceerd. [eiser] betwist de overeenstemming nadrukkelijk en dat heeft hij op diezelfde dag al binnen enkele uren klip en klaar per e-mail aan de heer [naam huidige CEO DPD] doen weten. Zijn advocaat heeft dat op 6 februari 2017 ook nog eens gedaan.
- 4.4. Zijdens DPD is in de schriftelijke mededeling van 31 januari 2017 aan de collegas van [eiser] tevens melding gemaakt van het "vertrek van [eiser] ". Ook heeft [naam huidige CEO DPD] in die e-mail aan de collegas van [eiser] te kennen gegeven dat de werving ten behoeve van de nieuwe invulling van diens positie zo spoedig mogelijk zou worden opgestart. De vrijstelling van de werkzaamheden is aldus door DPD in de e-mail duidelijk gerelateerd aan medewerking van [eiser] aan de beëindiging van het dienstverband. Daarmee lijkt DPD tegenover [eiser] en binnen de eigen organisatie een voldongen feit te hebben gecreëerd. Als mocht blijken dat dat voldongen feit in werkelijkheid niet berust op overeenstemming met [eiser] , behoort de rechter eraan voorbij te gaan. In dat geval heeft de CEO van DPD op 31 januari 2017 zijn eigen probleem gecreëerd en behoeven [eiser] noch de rechter dat voor DPD op te lossen. Het ligt voor de hand dat in een eventuele bodemprocedure bewijslevering aan de orde kan komen van hetgeen op 31 januari 2017 in een één op één gesprek tussen de heren [eiser] en [naam huidige CEO DPD] is voorgevallen. De ervaring leert dat in dat soort situaties de bewijspositie van de partij die het bewijs moet leveren, in dit geval waarschijnlijk DPD, lastig kan zijn (vgl. onder meer artikel 164 Rv.).
- 4.5. Er mogen hoge eisen worden gesteld aan het bewijs van de door DPD gestelde instemming door [eiser] met zijn vrijwillig terugtreden. Een dergelijke instemming heeft voor hem als werknemer immers verstrekken rechtspositionele consequenties. Artikel 7:670b, eerste lid, BW bepaalt zelfs dat een overeenkomst tot beëindiging van het dienstverband schriftelijk moet worden aangegaan. Veronderstellenderwijs aannemende dat op 31 januari 2017 aanvankelijk toch in principe een beëindigingsovereenkomst zou zijn bereikt, zou in het geval [eiser] gevolgd wordt in zijn stelling dat hij geen statutair bestuurder van DPD is, zijn e-mailbericht van 31 januari 2017 te 17.43 uur vervolgens mede kunnen worden opgevat als een ontbinding van die beëindigingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:670b lid 2 BW. Daarmee zou de vraag of die beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen reeds binnen enkele uren zijn achterhaald door de ontbinding van die overeenkomst en zodoende nagenoeg irrelevant zijn geworden.
- 4.6. De door DPD aangenomen instemming van [eiser] met zijn vrijwillig vertrek is voorts allesbehalve in lijn met de uitgebreide schriftelijke reactie van [eiser] van een dag tevoren, 30 januari 2017, op zijn beoordeling. In die reactie vraagt [eiser] zijn werkgever om nadere uitleg. De veronderstelde ingrijpende wijziging van opstelling van [eiser] binnen één dag roept vragen op en doet voorshands ook inhoudelijk afbreuk aan de overtuigingskracht van de door DPD gestelde instemming van [eiser] op 31 januari 2017. Tenslotte is hoofdrolspeler CEO [naam huidige CEO DPD] tijdens de mondelinge

behandeling van het kort geding, anders dan [eiser] , niet aanwezig geweest, zodat de voorzieningenrechter van de kant van DPD geen informatie uit de eerste hand heeft gekregen over de gang van zaken tussen [eiser] en [naam huidige CEO DPD] .

4.7. Al met acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat DPD het in een bodemprocedure niet zal redden met een eventueel beroep op instemming van [eiser] met zijn arbeidsrechtelijk einde bij DPD en, daarop vooruitlopend, vrijstelling van werkzaamheden. Een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden lijkt hier voorshands niet aan de orde. Er is duidelijk een geschil over het ontslag van [eiser] .

4.8. Voor de beoordeling van de rechtspositie van [eiser] is van groot belang of hij (tot 24 februari 2017) statutair bestuurder van DPD is (geweest). Een statutair bestuurder heeft een sterk verminderde ontslagbescherming in vergelijking met een werknemer die geen bestuurder is. In dit geval zijn in het bijzonder van belang twee aspecten.

4.9. In de eerste plaats geldt de hoofdregel ingevolge de zogeheten aprilarresten (HR 15 april 2005, JOR 144 en 145), dat het vennootschappelijk ontslag ook het einde van de arbeidsovereenkomst betekent, met inachtneming van de geldende opzegtermijn.

In het geval [eiser] niet als statutair bestuurder van DPD heeft te gelden, is het einde van zijn dienstverband onderworpen aan de gewone regels die bij opzegging van een arbeidsovereenkomst moeten worden nageleefd. De opzeggingsbrief van 28 februari 2017 is gebaseerd op het uitgangspunt van DPD dat [eiser] statutair bestuurder is. De brief voldoet evident niet aan de eisen die artikel 7:669 BW aan een opzegging van een "gewone" arbeidsovereenkomst stelt. Als mocht blijken dat [eiser] niet als (gewezen) statutair bestuurder kan worden aangemerkt hangt de huidige opzegging in de lucht.

4.10. In hoeverre DPD een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met [eiser] zal kunnen bewerkstelligen (al dan niet door het aangekondigde tegenverzoek tot ontbinding op de grond als omschreven in artikel 669, lid 3 aanhef en onder h, BW) indien [eiser] als gewoon werknemer heeft te gelden, staat thans niet ter beoordeling van de voorzieningenrechter. Volstaan wordt met de observatie dat het, afgaande op het verhandelde in dit kort geding, "een hele uitdaging" is om te concluderen dat [eiser] , die al zeven jaar bij DPD werkte, die bij de structuurwijziging in 2016 nog het vertrouwen van de nieuwe leiding had gekregen en nog bij brief van 8 november 2016 door DPD binnen de nieuwe structuur in zijn huidige functie van Director Strategy & Development was bevestigd, het al in januari 2017 heeft laten komen tot de zogeheten h-grond: "omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de overeenkomst te laten voortduren."

De door DPD niet overtuigend beantwoorde vraag die dit dossier bij een nuchtere naar objectiviteit strevende buitenstaander oproept blijft: wat heeft [eiser] in de paar laatste maanden van 2016 misdaan, dat hij op 9 januari 2017 bij de CEO nauwelijks iets meer goed kon doen (afgezien van een schamele als "goed" beoordeelde kennis van de eigen organisatie)?

4.11 Ten tweede geldt als belangrijke consequentie van het zijn van bestuurder dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken (artikel 2:244 lid 3 BW). In het verlengde daarvan behoort een wedertewerkstelling ook niet aan de orde te zijn, in het geval [eiser] inderdaad statutair bestuurder is geweest.

4.12. Bij het oordeel of er sprake is van een bestuurder, is naast een geldig benoemingsbesluit, bekendheid van de statutair bestuurder met zijn benoeming en diens aanvaarding - eventueel stilzwijgend - met de benoeming vereist. Deze laatste eisen hangen samen met de vergaande consequenties die de hoedanigheid van bestuurder voor de betrokkene kunnen hebben.

4.13. Partijen zijn het erover eens, het staat dus in dit kort geding tussen hen vast, dat er geen afzonderlijk, door de algemene vergadering van aandeelhouders van DPD genomen, schriftelijk vastgelegd benoemingsbesluit is, waarbij [eiser] als statutair bestuurder van DPD is benoemd. Evenmin is van een dergelijk besluit een aantekening voorhanden als bedoeld in artikel 2:230 lid 4 BW.

Hiermee is nog niet uitgesloten dat ten aanzien van [eiser] een rechtsgeldig benoemingsbesluit is genomen. DPD heeft het zich echter bij gebreke van voormelde stukken moeilijk gemaakt om het bestaan van het benoemingsbesluit "hard te maken".

- 4.14. DPD heeft wel feiten en omstandigheden aangevoerd, waaruit het bestuurderschap van [eiser] zou moeten worden afgeleid.
- 4.15. Voorzover het gaat om door DPD gestelde gedragingen tijdens zijn dienstverband waaruit het handelen van [eiser] als bestuurder van DPD zou moeten worden afgeleid, zoals het (mede-)ondertekenen van diverse stukken die door bestuurders moeten worden getekend, geldt dat DPD daarmee miskent dat het niet aan werknemer [eiser] is zichzelf door eigen handelen statutair bestuurder van DPD te maken. Het uitgangspunt in artikel 2:242 BW blijft dat de bestuurder wordt benoemd door de aandeelhouders. DPD zelf heeft die regel ook neergelegd in artikel 13 van haar eigen statuten (productie 23 van [eiser]). Kortom: het gaat hier niet zozeer om hetgeen [eiser] - al dan niet onder de door hem geschetste druk van omstandigheden - heeft gedaan, maar om het door DPD tegenover de rechter en betrokkene [eiser] blootleggen van een voor [eiser] kenbaar wilsbesluit van de aandeelhouders van DPD dat de strekking heeft gehad [eiser] tot statutair bestuurder van DPD te maken. Als dat besluit van de aandeelhouders er niet is geweest, kan aan handelen van [eiser] uiteraard ook geen kennis en aanvaarding van dat, niet bestaande, besluit worden ontleend.
- 4.16. DPD heeft zich tevens beroepen op de adviesaanvraag aan de Ondernemingsraad omtrent de benoeming van [eiser] in 2010 tot Director Operations, tevens bestuurder. Deze adviesaanvraag had de goedkeuring van de toenmalige bestuurder van de enig aandeelhouder van DPD.
- 4.17. De adviesaanvraag aan de ondernemingsraad acht de voorzieningenrechter onvoldoende om aan te nemen dat [eiser] in 2010 is benoemd tot bestuurder van DPD in de zin van boek 2 BW. Het begrip bestuurder in de Wet op de ondernemingsraden en het vennootschapsrechtelijk begrip bestuurder uit boek 2 BW is niet identiek. Artikel 1 lid 1, aanhef en onder e, van de Wet op de ondernemingsraden definieert de bestuurder als: "hij die alleen dan wel tezamen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid." Gezien de in 2010 beoogde functie als Director Operations & IT, in samenhang met de onder 2.5. weergegeven functieomschrijving van [eiser] , is het alleszins verklaarbaar dat DPD op de voet van artikel 30 van de Wet op de ondernemingsraden advies aan de ondernemingsraad heeft gevraagd. Het personeel ondervindt natuurlijk rechtstreeks de consequenties van de wijze waarop de boven het personeel gestelde Director Operations het werk binnen de onderneming organiseert. Met de binnen de Wet op de ondernemingsraden gezegende aanstelling tot bestuurder is [eiser] nog niet noodzakelijkerwijs tevens statutair bestuurder geworden, met alle vennootschapsrechtelijke verantwoordelijkheden en vertegenwoordigingsbevoegdheden en de zwakke arbeidsrechtelijke positie die bestuurders in het kader van boek 2 BW hebben.
- 4.18. Daar kan nog aan worden toegevoegd, dat de omstandigheid dat [eiser] in oktober 2010, na de adviesaanvraag en het op 9 augustus 2010 verkregen positief advies, slechts op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd aangenomen en het gegeven dat [eiser] als Director Operations & IT contractueel onder de hiërarchische verantwoordelijkheid van de CEO diende te functioneren, goed verenigbaar zijn met het niet hebben van de hoedanigheid van statutair bestuurder.
- 4.19. Tenslotte betwist [eiser] uitdrukkelijk dat hem bekend was dat zijn benoeming is voorgelegd aan de ondernemingsraad en dat hij bekend was met enige positieve advisering terzake. Wat daarvan zij, in dit kort geding is duidelijk geworden dat [eiser] zelf de adviesaanvraag bij de ondernemingsraad nog steeds niet opvat als een blijk van zijn benoeming in 2010 tot statutair bestuurder van DPD. Aan het vereiste van bekendheid met en aanvaarding van de benoeming aan de zijde van [eiser] lijkt in zoverre niet te zijn voldaan.
- 4.20.

De voorzieningenrechter heeft de vraag aan de orde gesteld wanneer en op welke wijze de aandeelhouder volgens DPD het besluit heeft genomen [eiser] tot statutair bestuurder te benoemen. Desgevraagd heeft DPD ter zitting te kennen gegeven dat de benoeming van [eiser] als bestuurder van DPD schriftelijk is vastgelegd in maart 2011, met het verzoek tot inschrijving van [eiser] als functionaris voor een rechtspersoon in het handelsregister. Het betreffende formulier is door [eiser] als productie 14 bij dagvaarding in het geding gebracht, overigens opvallend genoeg ter onderbouwing van diens stelling dat hij nu juist niét als statutair bestuurder is ingeschreven.

- 4.21. Met dit stuk komt DPD nog het meest dicht bij het statutair bestuurderschap van [eiser] . Toch gaat het de voorzieningenrechter in dit geval te ver om hieraan de benoeming van [eiser] tot statutair bestuurder, diens bekendheid daarmee en zijn aanvaarding daarvan te ontleen.
- 4.22. Het formulier is op 20 januari 2011 ondertekend door de heer [naam toenmalige CEO DPD] , die als toenmalig CEO van DPD gerechtigd was het inschrijvingsformulier ten behoeve van de Kamer van Koophandel te ondertekenen. Of [eiser] daarmee ook heeft moeten begrijpen, en heeft begrepen, dat de enig aandeelhouder van DPD dezelfde heer [naam toenmalige CEO DPD] maar dan als bestuurder van DPD (Belgium) N.V. hem daarmee tot bestuurder van DPD heeft benoemd, is de vraag. [eiser] betwist dat in ieder geval. Volgens [eiser] is het formulier indertijd ingevuld om te bewerkstelligen dat hij als Director Operations zelfstandig de contracten met vervoerders kon tekenen, omdat het al snel na zijn in dienst treden op 1 oktober 2010 onpraktisch bleek dat hij die veelheid aan contracten door de heer [naam toenmalige CEO DPD] moest laten tekenen. [eiser] interpreteert voorts de mededeling onder 4.3. op het formulier (naar het de voorzieningenrechter voorkomt overigens waarschijnlijk ten onrechte) dat de functionaris geen statutaire titel heeft, als mededeling dat hij geen statutaire functie heeft. Kortom: de inschrijving van 11 maart 2011 in het handelsregister laat een diffuus beeld achter als het gaat om de vraag of [eiser] toen werkelijk rechtsgeldig is benoemd tot statutair bestuurder, hij dat heeft begrepen en hij dat ook heeft aanvaard.
- 4.23. In dit verband verdient vermelding dat in de nadien op 28 juni 2011 tot stand gekomen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de daarbij gevoegde functieomschrijving van [eiser] geen enkele verwijzing staat naar een statutair bestuurderschap van [eiser] . Aan DPD kan worden toegegeven dat die verwijzing ook niet per se moest, maar de arbeidsovereenkomst van [eiser] lijkt in alles een gewone arbeidsovereenkomst voor een gewone werknemer die hoog in een organisatie moet functioneren, maar daar niet zelf de baas is. Expliciet is zelfs kort en krachtig opgenomen dat werknemer ressorteert onder de CEO.
- 4.24. Uit de door [eiser] overgelegde stukken blijkt dat [eiser] in 2016, dus voordat zijn eigen arbeidsgeschied ontstond, naar aanleiding van arbeidsrechtelijke problemen met andere leden in de leiding van DPD, bij DPD de vraag aan de orde heeft gesteld naar zijn statutair directeurschap. Niet gebleken is dat hij toen van DPD een onderbouwd antwoord heeft gekregen waaruit zijn benoeming bleek.
- 4.25. In de gegeven omstandigheden acht de voorzieningenrechter de door DPD gestelde hoedanigheid van statutair bestuurder van [eiser] zozeer aan twijfel onderhevig, dat het te ver gaat aan [eiser] de arbeidsrechtelijke bescherming die hem als niet-bestuurder zou toekomen bij voorbaat te onthouden.
- 4.26. De volgende vraag is of de gevorderde wedertewerkstelling verantwoord is. Ter zitting is duidelijk geworden dat DPD in het kader van de ingrijpende structuurwijziging in haar organisatie heeft besloten, de haar uit een dienstverband van circa zes jaar al bekende, [eiser] in november 2016 aan te stellen tot Director Strategy & Development. In redelijkheid mag daarom worden aangenomen dat op zijn functioneren tot november geen ernstige aanmerkingen waren te maken. In ieder geval is niet weersproken en aannemelijk dat DPD ten aanzien van mogelijk slecht functioneren van [eiser] geen dossier heeft opgebouwd. Ook mag worden aangenomen dat [eiser] eerst op 9 januari 2017 door zijn leidinggevende CEO [naam huidige CEO DPD] voor het eerst op indringende wijze in kennis is gesteld van ernstige kritiek op zijn functioneren, waarna [eiser] feitelijk niet meer in de gelegenheid is gesteld

om zijn functioneren te verbeteren, uiteraard met inachtneming van de na de structuurwijziging van DPD in zijn nieuwe functie geldende uitgangspunten en instructies. De voorzieningenrechter ziet thans geen gronden die er aan in de weg staan om DPD te veroordelen [eiser] toe te laten tot het verrichten van werkzaamheden in zijn laatste functie als Director Strategy & Development.

Gesteld noch gebleken is dat de op 31 januari 2017 aangekondigde werving van een opvolger voor [eiser] al tot resultaat heeft geleid, en anders zou dat toch primair het probleem voor DPD zijn en niet voor [eiser] .

- 4.27. Aangezien onvoldoende zeker is dat DPD vrijwillig aan de veroordeling tot wedertewerkstelling zal voldoen, zal daaraan een dwangsom worden verbonden als na te melden. De gevorderde 5.000,00 per dag acht de voorzieningenrechter te hoog, mede in aanmerking genomen de waarde waarop partijen zelf het werk van [eiser] hebben gewaardeerd, blijkens het overeengekomen maandsalaris van 8.921,37. Een dwangsom van 500,00 per dag acht de voorzieningenrechter meer passend.
- 4.28. Ook de loonvordering kan worden toegewezen, nu de voorzieningenrechter er voorshands vanuit gaat dat het dienstverband tussen de gewone werknemer [eiser] en DPD op 30 april 2017 niet rechtsgeldig zal zijn geëindigd.
- 4.29. DPD wordt in overwegende mate in het ongelijk gesteld en daarom in de proceskosten veroordeeld. Deze worden aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op dagvaardingskosten 105,01, griffierecht 287,00, salaris advocaat 816,00, dus in totaal 1.208,01. Ook de gevorderde rente over de proceskosten is toewijsbaar als na te melden.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. veroordeelt DPD om [eiser] op de eerste werkdag na de dag van de betekening van dit vonnis toe te laten tot het verrichten van de werkzaamheden als Director Strategy & Development met alle bijbehorende taken en verantwoordelijkheden,
- 5.2. veroordeelt DPD om aan [eiser] een dwangsom te betalen van 500,00 per kalenderdag dat DPD nalaat de onder 5.1. gegeven veroordeling na te leven,
- 5.3. veroordeelt DPD om aan [eiser] tot doorbetaling van het loon tot het moment dat rechtens is vastgesteld als tijdstip waarop het dienstverband van [eiser] eindigt,
- 5.4. veroordeelt DPD in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op 1.208,01 met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de uitspraak van dit vonnis tot de dag van de voldoening,
- 5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H.L. Roosmale Nepveu en in het openbaar uitgesproken op 7 april 2017.