

## Kwalificatie arbeidsrelatie.

Rb. Midden-Nederland 05-08-2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3667

**Instantie**

Rechtbank Midden-Nederland

**Datum**

5 augustus 2021

**Magistraten**

Mr. H.A.M. Pinckaers

**Zaaknummer**

C/16/ 519811 / HA RK 21-75 LH/1040

**JCDI**

JCDI:ADS372753:1

**Vakgebied(en)**

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Verbintenissenrecht / Algemeen

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Arbeidsrecht / Bijzondere onderwerpen arbeidsrecht

**Brondocumenten**

ECLI:NL:RBMNE:2021:3667, Uitspraak, Rechtbank Midden-Nederland, 05-08-2021

**Wetingang**

Art. 7:610, 2:244 BW

### Essentie

**Rechtsverhouding tussen bank en bestuurder: geen arbeidsovereenkomst.**

### Samenvatting

Begin 2020 is de verzoeker ("Bestuurder") benoemd tot bestuurder van verweerder sub 1 ("Volksbank"). Tussen Bestuurder en de Volksbank is een overeenkomst gesloten met het opschrift 'Overeenkomst van opdracht statutair bestuurder' op grond waarvan Bestuurder werkt in de functie van CFO van Volksbank. De Raad van Commissarissen ("RvC") van Volksbank deelt in het weekend van 8 op 9 augustus 2020 aan Bestuurder mee dat besloten is Bestuurder te ontslaan. Op 10 augustus spreekt de Bestuurder vervolgens met twee leden van de RvC over het aanstaande ontslag. De RvC stuurt een dag later aan Bestuurder een concept vaststellingsovereenkomst voorzien van een brief waarin de RvC onder meer schrijft dat op de kortst mogelijke termijn tot het ontslag wordt besloten wegens het wegvallen van de noodzakelijke vertrouwensbasis voor het functioneren van de Bestuurder. De RvC verzoekt de Bestuurder om uiterlijk 13 augustus 2020 tot een minnelijke regeling te komen waarbij Bestuurder vrijwillig terugtreedt als lid van het bestuur van Volksbank. Op 12 augustus 2020 meldt Bestuurder zich vervolgens ziek. Op 5 september 2020 besluit de aandeelhoudersvergadering van de Volksbank tot het ontslag van Bestuurder, met inachtneming van de contractuele opzegtermijn, per 1 februari 2021. De Bestuurder vordert in dit geding een verklaring voor recht dat de overeenkomst die hij is aangegaan met de Volksbank een arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:610 BW en dat deze onregelmatig (want wegens ziekte) is opgezegd.

Rb.: Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van art. 7:610 BW, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook de bedoeling hadden om het een arbeidsovereenkomst te laten zijn. Het gaat erom of de overeenkomsten rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving en criteria van een arbeidsovereenkomst. De bedoeling van partijen speelt (dus) geen rol bij het antwoord op de vraag of de overeenkomst moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Die bedoeling van partijen speelt alleen een rol bij de uitleg en niet ook bij de kwalificatie van de overeenkomst. Als in de relatie tussen de (zwakke) werknemer en (sterke) werkgever de bedoeling van de werkgever niet strookt met de feitelijke uitvoering, dan gaat het 'wezen' voor de 'schijn' en wordt ter bescherming van de zwakke werknemer door de in het contract gekozen bewoordingen heen gekeken. Dat speelt in dit geval niet nu Bestuurder en Volksbank beide professionele partijen zijn die in rechtskennis niet voor elkaar onderdeden. De rechtbank concludeert op basis van omstandigheden dat er geen sprake is van een

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 6 november 2020, *RAR 2020/13 (X/Gemeente Amsterdam)*;
- Rb. Amsterdam 13 september 2021, *ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (Uber)*;
- Rb. Midden-Nederland 16 februari 2021, *RO 2021/42* (kort geding in eerste aanleg in de zaak tussen de Bestuurder en de Volksbank);
- G.J.J. Heerma van Voss, 'De bestuurder geen werknemer meer?', *TRA 2010/21*;
- A.R. Houweling, *De Groene Amsterdammer in een November Rain. Over de bedoeling van partijen bij de kwalificatievraag in het arbeidsrecht*: in AR-updates, annotatie bij HR 6 november 2020.

### Zie anders:

- HR 14 november 1997, *NJ 1998/149 (Groen/Schoevers)*;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, *RAR 2021/124* (hoger beroep kort geding in de zaak tussen de Bestuurder en de Volksbank).

## Wenk

Deze uitspraak is inmiddels de derde in de rij procedures tussen de voormalige CFO van de Volksbank en de Volksbank. Opmerkelijk is dat de drie verschillende gerechten op verschillende wijzen en grondslagen tot een oordeel komen over de (kwalificatie van) de rechtsverhouding tussen de Bestuurder en de Volksbank.

Een statutair bestuurder heeft in Nederland vaak naast een vennootschapsrechtelijke een arbeidsrechtelijke verhouding tot de vennootschap. Dat lijkt bijzonder omdat bij een arbeidsovereenkomst sprake dient te zijn van een gezagsverhouding en die ontbreekt doorgaans bij een bestuurder van een vennootschap. Al eerder heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het gezagsvereiste van art. 7:610 BW geen harde eis is voor het aannemen van een arbeidsverhouding. Het aannemen van een arbeidsovereenkomst betekent onder meer dat een statutair bestuurder ook arbeidsrechtelijke bescherming geniet. Wel hebben statutair bestuurders van BV's en NV's een bijzondere positie omdat een arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd zonder ontslagvergunning. Analoog aan het arbeidsrecht geldt een opzegverbod tijdens ziekte (sinds de 15-april arresten van HR 15 april 2005, *NJ 2005/484* en *NJ 2005/838*). Uitzondering hierop is wanneer er sprake is van misbruik van ziekte (zie hierna). Regelmatig sluit een statutair bestuurder niet een arbeidsovereenkomst maar een overeenkomst van opdracht (managementovereenkomst). Dat was ook hier het geval. Echter, de Bestuurder heeft in hier alle procedures gesteld dat hij – ondanks het opschrift van de door hem getekende overeenkomst – een arbeidsovereenkomst met de Volksbank is aangegaan en dat de opzegging ervan onregelmatig is geschied omdat de opzegging gedurende zijn ziekte geschiedde.

De voorzieningenrechter in eerste aanleg oordeelde dat er geen arbeidsovereenkomst bestond tussen de Bestuurder en de Volksbank door art. 2:132 lid 3 BW analoog van toepassing te verklaren op de Bestuurder bij de Volksbank (zie daarover de praktijktip in *RO 2021/42*).

In hoger beroep van het kort geding oordeelde het gerechtshof dat art. 2:132 lid 3 BW niet analoog kan worden toegepast en dat op grond van de omstandigheden voldoende aannemelijk is dat de overeenkomst van opdracht van de Bestuurder in feite een arbeidsovereenkomst is (zie daarover de praktijktip in *RO 2021/42* en *RAR 2021/124*).

In dit vonnis in de bodemzaak oordeelt de rechtbank nu dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar overeenkomst op opdracht. De Volksbank stelt onder verwijzing naar het Groen/Schoevers-arrest dat naar de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst van opdracht moet worden gekeken, dat de bedoeling was een overeenkomst van opdracht aan te gaan en dat dat nadrukkelijk bij de sollicitatieprocedure was verteld en in de overeenkomst zelf was verwoord, en dat de rechten en plichten die in de overeenkomst zijn opgenomen die van een overeenkomst van opdracht zijn. De rechtspositie en rechtskennis die Bestuurder had en het feit dat hij niet eerder dan eind augustus 2020 stelde in dienst te zijn bij de Volksbank onderschrijven dat.

De Bestuurder stelt daartegen over dat – ondanks de benaming van de overeenkomst – blijkens het X/Gemeente Amsterdam-arrest de bedoeling van partijen geen rol speelt en dat de overeenkomst louter bestanddelen bevat die een overeenkomst tot een arbeidsovereenkomst maken. Als relevante bestanddelen noemt hij de 40-urige werkweek, doorbetaling bij ziekte, pensioenregeling, recht op doorbetaling bij vakantie, vakantiegeld, leaseauto, verbod van nevenwerkzaamheden en een relatiebeding.

In het X/Gemeente Amsterdam-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de bedoeling van partijen – om de overeenkomst onder de wettelijke regeling van een arbeidsovereenkomst te laten vallen niet van belang is. Waar het om gaat – aldus de Hoge Raad – is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de

werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten, aldus de Hoge Raad. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad voegde daar nog aan toe dat – “anders dan uit het Groen/Schoevers-arrest wel wordt afgeleid” – de bedoeling van partijen dus geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst’.

Er wordt derhalve onderscheid gemaakt tussen de eerste stap: de uitleg van de rechten en verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst (waar de bedoeling wel een rol speelt, zie ook de praktijktip in *RAR* 2021/13) en de tweede stap: de kwalificatie van een overeenkomst (waarbij de bedoeling geen rol speelt). In de voorliggende zaak haalt de rechtbank dat ook aan en volgt daarin bovengenoemde overwegingen uit het *X/Gemeente Amsterdam*-arrest.

De rechtbank lijkt in onderhavig vonnis bij de eerste stap, de uitleg van de rechten en plichten (waarbij de partijbedoeling conform het *Haviltex*-arrest een rol speelt) toch ook al een voorzet te nemen op de tweede stap, de kwalificatie (waarbij het *Haviltex*-arrest geen rol speelt). Onder verwijzing naar het *Haviltex*-arrest, oordeelt de rechtbank dat het oordeel van de Hoge Raad in voormeld *X/Gemeente Amsterdam*-arrest alleen geldt bij de bescherming van een zwakkere werknemer; alleen in dat geval gaat wezen voor de schijn. De rechtbank vervolgt dat hiervan in dit geval geen sprake is omdat de Bestuurder en de Volksbank professionele partijen zijn, dat in dat geval de overeenkomst ‘at face value’ wordt beoordeeld en er geen aanleiding bestaat om door de tekst van de overeenkomst heen te kijken temeer omdat een bestuurder/werknemer bij een vennootschap een tussenpositie inneemt, aldus de rechtbank. Een bestuurder/werknemer kan een sterkere onderhandelingspositie hebben dan een gewone werknemer (niet-bestuurder) waardoor die betere financiële voorwaarden krijgt. Dat is volgens de rechtbank ook hier het geval, omdat men ‘leentjebuur’ bij het arbeidsrecht heeft gespeeld door gunstige voorwaarden uit het arbeidsrecht op de overeenkomst van opdracht van toepassing te verklaren, aldus de rechtbank. Maar: dat maakt nog niet dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, aldus de rechtbank. Het is de vraag of dit oordeel past in lijn met het bovengenoemde *X/Gemeente Amsterdam*-arrest. Indirect legt de rechtbank de kwalificatie (stap 2) uit via de band van de partijbedoeling van stap 1 (zie ook de annotatie van Houweling in *AR*-updates over de mogelijke doorwerking van de eerste stap in de tweede stap). De vraag is of niet ‘eenvoudigweg’ zou moeten getoetst worden welke rechten en verplichtingen waren overeengekomen (stap 1, waarop wel *Haviltex* van toepassing is) en vervolgens (stap 2) of de rechten en verplichtingen op grond van objectieve gronden in deze overeenkomst vallen onder de definitie van een arbeidsovereenkomst. De rechten en plichten uit het contract in de onderhavige zaak waren op zich helder, over de uitleg ervan bestond hier an sich geen discussie (althans dat blijkt niet uit het vonnis). Hoewel in de zaak van *X* tegen de Gemeente Amsterdam geen sprake was van een statutair bestuurder, is niet in dat arrest te lezen dat voor werknemers met een tussenpositie als een statutair bestuurder iets anders zou gelden dan voor gewone werknemers. Zou een uitzondering dan ook gelden voor andere professionele werknemers met een sterke onderhandelingspositie behalve statutair bestuurders, bijvoorbeeld een titulair directeur.

In dit geval lijken de volgende feiten in de uitvoering tegen de aanneming van een arbeidsovereenkomst te pleiten: een managementvergoeding (geen loon; interessant is te weten wat men met de BTW-component heeft gedaan), opzeggingsgronden (te allen tijde) en wijze van opzegging.

Vóór het aannemen van een arbeidsovereenkomst pleiten daarentegen arbeidsrechtelijke bepalingen als een 40-urige werkweek, vakantiegeld en 13<sup>e</sup> maandvergoeding, doorbetaling tijdens vakantie, ziekteregeling, pensioenregeling, verwijzing naar de CAO en het feit dat blijkbaar de overeenkomst met de Bestuurder in privé is besloten en niet met zijn management-BV (blijkens het vonnis werkte hij van 2003-2020 wel via een management BV voor een internationaal accountant/belastingadvieskantoor) en het verbod van nevenwerkzaamheden (de Bestuurder mocht kennelijk alleen voor de Volksbank werken en niet meerdere partijen). Dergelijke bepalingen komt men over het algemeen juist niet tegen in overeenkomsten van opdracht tussen een statutair bestuurder en de vennootschap. Doorgaans dient een bestuurder bijvoorbeeld zich zelf te verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid en dient hij zelf voor een ‘pensioen’ te zorgen. Dat een bestuurder verantwoording dient af te leggen aan een RvC en aandeelhoudersvergadering en dat een RvC toezicht houdt en in voorkomende gevallen ook aanwijzingen geeft aan een statutair bestuurder en dat deze zich dient te houden aan de compliance regels, maakt an sich niet dat een gezagsverhouding bestaat en er om – alleen – die reden een arbeidsverhouding bestaat (zie ook het *Levison/MAB*-arrest, *NJ* 1993/265). Dat geldt temeer nu op grond van de heersende leer (zie onder meer HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (ABN AMRO) recent bevestigd in HR 20 april 2018 *JOR* 2018/142 (Boskalis/Fugro)) het bestuur in beginsel autonoom is. Evenmin zou het opnemen van een relatie en non-concurrentiebeding an sich hoeven te leiden tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst (die bepalingen komen we in tal van niet-arbeidsovereenkomsten tegen).

Helder is dat een statutair bestuurder met een arbeidsovereenkomst een juridische kruising van twee ‘soorten’ is blijft waarbij de rechtspraak over ‘gewone werknemers’ af en toe moeilijk is toe te passen. De les uit deze uitspraak voor de praktijk is om bij een overeenkomst van opdracht om het model van de belastingdienst te gebruiken (zij het dat dat model vaak niet aansluit bij de realiteit) en om in de overeenkomst van opdracht ver te blijven van typisch arbeidsrechtbepalingen (hoe aardig ook bedoeld), zoals het aangaan van de overeenkomst met een natuurlijk persoon en niet een vennootschap, vakantiegeld, vakantiedagen, doorbetaling tijdens ziekte, pensioen et cetera.

A.J. Beljaars-Vink

## Partij(en)

Beschikkinginzake

[Verzoeker], verzoekende partij, tevens verwerende partij, advocaten: mr. drs. E.L. Pasma en mr. M. Faber, tegen

1. [Verweerder sub 1] N.V., verder ook te noemen [verweerder sub 1] of de bank, verwerende partij, tevens verzoekende partij, advocaten: prof. mr. S.F. Sagel, mr. R. van Haeringen en mr. A.J.A. Leemans,
2. De stichting [verweerder sub 2], verder ook te noemen [verweerder sub 2] of het administratiekantoor, verwerende partij, advocaten: mr. P.G. Vestering en mr. H. Kersten.

## Uitspraak

### Rechtbank, locatie Utrecht:

#### 1. Het verloop van de procedure

##### 1.1.

[Verzoeker] heeft op 31 maart 2021 een verzoekschrift (met 117 producties) ingediend, er onder meer toe strekkend dat voor recht wordt verklaard dat de overeenkomst die [verzoeker] en [verweerder sub 1] met elkaar hebben gesloten als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW) kwalificeert, alsmede strekkende tot vernietiging van zowel het besluit van [verweerder sub 2] om hem ([verzoeker]) als bestuurder van [verweerder sub 1] te ontslaan als van de beëindiging door de bank van de met hem aangegane overeenkomst krachtens welke [verzoeker] vanaf 1 januari 2020 bij de bank de functie van [functie] heeft vervuld.

##### 1.2.

[Verweerder sub 1] heeft een verweerschrift, gedagtekend 22 juni 2021 (met 47 bijlagen), ingediend, tevens houdende het tegenverzoek tot ontbinding van de overeenkomst met [verzoeker], voor het geval zou worden beslist dat die overeenkomst als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt en [verzoeker] nog bij [verweerder sub 1] in dienst zou zijn.

##### 1.3.

[Verweerder sub 2] heeft een verweerschrift (met 4 producties) ingediend.

##### 1.4.

Op het verzoek van [verzoeker] van 24 juni 2021 om de mondelinge behandeling, die op 2 juli 2021 gepland was, uit te stellen, heeft de rechtbank – nadat [verweerder sub 1] en [verweerder sub 2] daartegen bezwaar hadden gemaakt – met het oog op een voortvarende behandeling en de daarbij over en weer betrokken belangen afwijzend beslist. Ook in het verzoek van [verzoeker] van 25 juni 2021, om de behandeling van de zaak op te splitsen, is – nadat de beide andere partijen ook daartegen bezwaar hadden gemaakt – niet bewilligd. Wel heeft de rechtbank het verzoek van [verzoeker] om de spreektijd ter zitting te verlengen gehonoreerd.

##### 1.5.

Op 27 juni 2021 heeft [verzoeker] nadere producties (genummerd 118 tot en met 154) toegezonden.

##### 1.6.

Op 28 juni 2021 heeft [verweerder sub 1] op voorhand een akte toegestuurd, houdende uitbreiding van haar eerdere tegenverzoek met het verzoek – kort gezegd – om [verzoeker] te veroordelen tot terugbetaling van de managementvergoeding (met rente) over de periode vanaf 1 februari 2021, tot welke betaling [verweerder sub 1] na het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 15 juni 2021 is overgegaan.

##### 1.7.

Op 28 juni 2021 heeft [verzoeker] op voorhand een akte toegezonden, houdende het incidentele verzoek om bij tussenbeschikking, voorafgaand aan een inhoudelijke beoordeling van de zaak, [verweerder sub 1] (onder meer) te veroordelen om hem toegang te verschaffen tot zijn digitale werkomgeving bij de bank.

##### 1.8.

Op 30 juni 2021 heeft [verzoeker] op voorhand een akte toegezonden, houdende het incidentele verzoek ingevolge artikel 843a Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) om, eveneens bij tussenbeschikking, [verweerder sub 1] te veroordelen om hem afschrift te verstrekken van of inzage te geven in een viertal stukken.

### 1.9.

Eveneens op 30 juni 2021 heeft [verzoeker] zijn nadere producties, genummerd 155 tot en met 167, toegestuurd. Op 1 juli 2021 volgde nog de productie 168 aan de zijde van [verzoeker]. [Verweerder sub 1] heeft tegen de late toezending van deze producties bezwaar gemaakt en de rechtbank verzocht deze buiten beschouwing te laten.

### 1.10.

De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgevonden op 2 juli 2021. [Verzoeker] is ter zitting verschenen, vergezeld door mr. Pasma en mr. Faber (en een kantoorgenoot, mevrouw mr. [A]). Voor [verweerder sub 1] zijn verschenen de heer [B], voorzitter van de raad van commissarissen, de heer [C], hoofd *corporate affairs*, en de heer mr. [D], juridisch adviseur van de bank, vergezeld door mr. Sagel, mr. Van Haeringen en mr. Leemans. Voor [verweerder sub 2] zijn verschenen de heer [E], *managing director* van het administratiekantoor, en de heer [G] (secretaris van [verweerder sub 2]), vergezeld door mr. Vestering en diens kantoorgenoot, de heer mr. [F]. Partijen hebben de standpunten nader toegelicht, onder meer aan de hand van de door hun advocaten overgelegde pleitaantekeningen. Zij hebben geantwoord op vragen van de rechtbank en zij hebben op elkaar kunnen reageren. Op het bezwaar van [verweerder sub 1] tegen toelating van de producties van [verzoeker], genummerd 155 tot en met 168, heeft de rechtbank ter zitting beslist dat deze producties buiten beschouwing worden gelaten, omdat de goede procesorde zich ertegen verzet om deze bij de beoordeling van het geschil te betrekken nu ze te laat zijn ingediend. Wel is [verzoeker] in de gelegenheid gesteld om ter zitting uit die producties voor te dragen, maar van die gelegenheid heeft hij geen gebruik gemaakt. Van het verhandelde ter zitting is aantekening gehouden.

### 1.11.

Daarna is partijen deze beschikking aangekondigd.

## 2. De feiten

### 2.1.

[Verzoeker], geboren op [1969], was ongeveer vijftien jaar lang – via zijn in 2003 opgerichte management-B.V. – als partner en registeraccountant verbonden aan [naam] ([naam]), een internationaal accountants- en belastingadviseur-bedrijf, en in de controle- en consultancypraktijk onder meer werkzaam geweest voor Nederlandse banken, toen hij in de loop van 2019 werd benaderd door [bureau], het wervings- en selectiebureau dat door de raad van commissarissen van [verweerder sub 1] was ingeschakeld om een nieuwe [functie] ([functie]) te werven die mevrouw [H] – de in augustus 2019 teruggetreden [functie] van de bank – bij [verweerder sub 1] zou opvolgen.

### 2.2.

[Verweerder sub 1] – voorheen [bank] N.V. geheten – is een Nederlandse systeembank met een balanstotaal van ruim € 65 miljard en ongeveer 3.650 medewerkers. De bank is in februari 2013 vanwege dreigende discontinuïteit genationaliseerd en van de beurs gehaald. De Staat der Nederlanden heeft de aandelen in [verweerder sub 1], ten titel van administratie, overgedragen aan [verweerder sub 2], het administratiekantoor dat bij wet is belast met het privaatrechtelijke beheer van bepaalde staatsdeelnemingen, zulks teneinde de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Financiën (voor de aanwending van publieke middelen) af te scheiden van het zakelijke (niet-politieke) beheer van die deelnemingen. Slechts zwaarwegende en principiële beslissingen die samenhangen met de taakuitoefening van [verweerder sub 2] behoeven de voorafgaande instemming van de minister van Financiën. Daaronder valt niet de benoeming of het ontslag van een lid (niet-voorzitter) van het bestuur (of de raad van commissarissen) van een financiële instelling waarover [verweerder sub 2] het beheer voert. Voor die instellingen fungeert het administratiekantoor als enig aanspreekpunt (het *single point of contact*). De Staat beoogt [verweerder sub 1] op termijn, zodra dat tegen acceptabele voorwaarden kan, terug te brengen naar de markt en is gericht op een toekomstige beursgang. In die 'exit-strategie' past het dat [verweerder sub 1] de Nederlandse Corporate Governance Code, bedoeld voor beursgenoteerde vennootschappen, vrijwillig toepast. [Verweerder sub 2] is, als houdster van de aandelen in (en Algemene Vergadering van) [verweerder sub 1], bevoegd tot benoeming, schorsing en ontslag van de bestuurders die de directie van de bank vormen (behalve de [functie] – [functie] – en de [functie], gaat het daarbij om de [functie] – [functie] –, de [functie] – [functie] – en de [functie] – [functie]). Een besluit tot benoeming, schorsing of ontslag van een lid van de directie behoeft de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen van de bank. [Verweerder sub 1] hanteert een dualistisch bestuursstelsel, waarin de directie het leidinggevend orgaan (met gezamenlijke collegiale verantwoordelijkheid maar afzonderlijke portefeuilles) en de raad van commissarissen het toezichthoudend orgaan is (de zogenoemde *two-tier board*).

### De sollicitatieprocedure

### 2.3.

In de omschrijving van de functie van [functie] van [verweerder sub 1] die [bureau] medio 2019 met de kandidaten voor de functie heeft gedeeld en besproken, is vermeld dat '(v)oor leden van de Directie (-) een overeenkomst van opdracht voor



vier jaar (geldt) en dat het salaris maximaal € 341.522,-- bruto per jaar zal bedragen. Verder staan in de functieomschrijving zeven *must have* 'persoonlijke karakteristieken' vermeld waaraan de [functie] van de bank moest voldoen. Van de [functie] werd verwacht dat hij/zij een sterke intrinsieke motivatie heeft om het door [verweerder sub 1] voorgestane 'Bankieren met de menselijke maat' vorm te geven, hij/zij moest een robuust karakter en autoriteit hebben, hij/zij moest inhoudelijk en analytisch sterk zijn alsook gezaghebbend jegens stakeholders bij het *exit*-proces van de bank, hij/zij werd geacht 'constructieve *countervailing power* richting [functie]' te bieden, hij/zij moest een 'teamspeler en verbindende leider' zijn die sterk inzet op samenwerking, en hij/zij moest inzicht hebben in het 'spanningsveld tussen *Performance* en *Purpose* voor de Bank'. Toen [verzoeker] eenmaal met succes de wervings- en selectieprocedure had doorlopen – daarbij werd de omstandigheid dat hij (anders dan als partner van [naam]) geen *board room* ervaring had als een aanvaardbaar risico ingecalculeerd – en als enige kandidaat was overgebleven, zijn op 9, 10 en 11 december 2019 tussen [verzoeker] en de HR-directeur van de bank e-mails (met als onderwerp 'discussiepunten concept OvO') gewisseld over het aan [verzoeker] toegezonden concept van de te sluiten 'overeenkomst van opdracht'. In die correspondentie heeft [verzoeker] de juridische kwalificatie van de overeenkomst niet aan de orde gesteld. Van HR-zijde is benadrukt dat [verweerder sub 1] eraan hecht 'om de overeenkomst van opdracht voor de directieleden zo uniform mogelijk te houden'. Ook de andere directieleden zijn op basis van een vergelijkbare overeenkomst voor de bank werkzaam.

## **De overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1]**

### **2.4.**

Op 12 december 2019 hebben [verweerder sub 1] en [verzoeker] een overeenkomst gesloten met de titel 'Overeenkomst van opdracht statutair bestuurder'. In de considerans van de overeenkomst is vermeld '(d)at partijen uitdrukkelijk beogen een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 e.v. BW met elkaar aan te gaan en geen arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW, zodat de Bestuurder niet als werknemer in de zin van boek 7 titel 10 BW gezien kan worden.' Artikel 1.3 van de overeenkomst bepaalt: 'De Bestuurder gaat vanaf 1 januari 2020 een overeenkomst van opdracht aan met de Vennootschap. In de periode vanaf 1 januari 2020 tot de Benoeming zal Bestuurder werkzaam zijn als (titulair) directeur Financiën. Indien niet is voldaan aan de ontbindende voorwaarden en vanaf het moment van Benoeming zal Bestuurder werkzaam zijn als statutair bestuurder van de Vennootschap met als functieomschrijving de functie van [functie] van de Vennootschap voor een termijn eindigend per het tijdstip van de sluiting van de jaarlijkse Algemene Vergadering van aandeelhouders van de Vennootschap in 2024.' Artikel 1.5 van de overeenkomst luidt: 'De Bestuurder heeft als statutair bestuurder de verplichtingen die in de wet, in de statuten van de Vennootschap, in het directiereglement en in de vastgestelde of de nog vast te stellen instructies van het bevoegde orgaan zijn of worden opgelegd.' In artikel 1.6 is bepaald: 'De Bestuurder is verplicht alle binnen de Vennootschap van toepassing zijnde aanwijzingen en voorschriften met betrekking tot integriteit en compliance nauwgezet en naar letter en geest na te leven.' Artikel 1.7 van de overeenkomst bepaalt: 'De Bestuurder is verplicht alles te doen en na te laten wat een goed bestuurder behoort te doen en na te laten. Hij zal zijn gehele persoon en werkkraft inzetten om de belangen van de Vennootschap te bevorderen. De Bestuurder is gehouden tot een werkweek van in ieder geval 40 uren.'

Artikel 2.2 van de overeenkomst bepaalt dat deze van rechtswege eindigt 'indien de Bestuurder niet langer statutair bestuurder is van de Vennootschap, ongeacht de wijze waarop het bestuurderschap eindigt. De beëindiging treedt in dat geval in met inachtneming van de in artikel 2.3 genoemde opzegtermijn, waarbij het ontslag van de Bestuurder als statutair bestuurder door de Algemene Vergadering van de Vennootschap wordt gelijkgesteld aan een opzegging door de Vennootschap conform het in artikel 2.3 bepaalde (-)'. Artikel 2.3 houdt in dat de overeenkomst 'te allen tijde schriftelijk tegen het einde van een kalendermaand (kan) worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van vier (4) maanden voor de Vennootschap en een opzegtermijn van twee (2) maanden voor de Bestuurder (-)'. In artikel 2.5 is bepaald dat in afwijking hiervan de overeenkomst 'te allen tijde door een der partijen met onmiddellijke ingang schriftelijk (kan) worden opgezegd, wanneer er sprake is van een situatie die vergelijkbaar is met een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 BW en 7:678 BW (-)'.  
In artikel 3.1 van de overeenkomst is de 'Managementvergoeding' vastgesteld op € 320.176,23 bruto per jaar (exclusief 8% vakantiegeld en 8.33% dertiende maand), uit te betalen in maandelijkse termijnen. Voorts: 'De Vennootschap en de Bestuurder stellen vast dat de Belastingdienst (vanuit het oogpunt van een fictieve dienstbetrekking) loonbelastingen en premies zal heffen bij de Vennootschap, hetgeen in mindering komt op de Managementvergoeding (-)'.  
In paragraaf 4 van de overeenkomst is een doorbetaald vakantieverlof van [verzoeker] (van 30 vakantiedagen per jaar) geregeld, waarbij is overeengekomen dat '(i)n geval van arbeidsongeschiktheid van Bestuurder (-) het recht op vakantiedagen (wordt) bepaald op gelijke wijze als beschreven in de artikelen 7:634 BW en 7:635 BW (-)'.  
Onder de kop 'Ziekte', voor welk begrip wordt verwezen naar artikel 7:629 BW, is in paragraaf 10 van de overeenkomst bepaald dat voor [verzoeker] de regels omtrent melding en controle gelden die voor de werknemers van [verweerder sub 1] zijn vastgelegd in de Personeelsgids. Verder bepaalt artikel 10.1: 'De Bestuurder en de Vennootschap verklaren alle wettelijke bepalingen terzake de re-integratieverplichtingen van werknemers en werkgevers, waaronder artikel 7:658a BW en de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar, van overeenkomstige toepassing op de Bestuurder en de Vennootschap.' In artikel 10.2 en 10.3 van de overeenkomst is de doorbetaling (van 100% van de managementvergoeding)

gedurende 104 weken geregeld, met een verwijzing (in artikel 10.3) naar wat zou hebben gegolden 'wanneer op basis van artikel 7:629 lid 1 BW sprake zou zijn geweest van een werknemerschap'. Artikel 10.4 bepaalt dat [verzoeker] in geval van ziekte recht heeft op begeleiding door de arbodienst van [verweerder sub 1], 'op gelijke wijze als geldt voor werknemers van de Vennootschap'.

In paragraaf 11 van de overeenkomst is, onder de kop 'Pensioen', bepaald dat '(d)e pensioenbepalingen hierna, hetgeen omtrent pensioen is opgenomen in de geldende CAO, alsmede het geldende Pensioenreglement (-) samen de pensioenovereenkomst (vormen)', die deel uitmaakt van de overeenkomst van opdracht (artikel 11.1), en dat '(i)ndien en voor zover de pensioenregeling van het Pensioenfonds niet voor de Bestuurder toegankelijk is, (-) de Vennootschap een regeling (zal) treffen die gelijkwaardig is aan die welke gegolden zou hebben voor de Bestuurder ware het Pensioenfonds wel voor hem toegankelijk' (artikel 11.4).

Over 'Beoordeling' houdt artikel 12.1 van de overeenkomst in dat '(d)e Bestuurder (-) gedurende het hele jaar in gesprek (is) met de Raad van Commissarissen over prestaties en competenties' en dat er 'in ieder geval jaarlijks een beoordelingsgesprek gevoerd' wordt. Artikel 13.1 behelst de overeengekomen 'Beëindigingsvergoeding' (van 'maximaal een maand per gewerkt jaar (-), rekenend vanaf de aanvangsdatum van de Benoeming tot statutair bestuurder van de Vennootschap', doch ten hoogste 'gelijk (-) aan de jaarlijkse Managementvergoeding zoals die op het moment van het einde van de overeenkomst geldt') ingeval van opzegging door of beëindiging op verzoek van [verweerder sub 1] zonder dat sprake is van een met een dringende reden vergelijkbare situatie (als bedoeld in artikel 2.5) of van 'een andere aan de Bestuurder toe te rekenen zwaarwichtige reden op grond waarvan de Vennootschap naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer gevegd kan worden de overeenkomst voort te zetten'. Over de toekenning van deze beëindigingsvergoeding is bepaald:

'De definitieve hoogte van de vergoeding wordt vastgesteld door de Raad van Commissarissen en zal recht doen aan de omstandigheden van het geval, waaronder de verwijtbaarheid van de Bestuurder. De voornoemde beëindigingsvergoeding is in ieder geval niet verschuldigd indien de beëindiging door de Vennootschap plaatsvindt na twee jaar ziekte van de Bestuurder. Indien de Bestuurder recht heeft op enige wettelijke beëindigingsvergoeding (zoals bijv. de transitievergoeding) wordt deze vergoeding geacht te zijn inbegrepen in de beëindigingsvergoeding zoals deze eventueel zal worden vastgesteld door de Raad van Commissarissen.'

De overeenkomst bevat vervolgens nog onder meer een relatiebeding (artikel 14.1, welk beding [verzoeker] niet belemmert om na de beëindiging van de overeenkomst, ook reeds binnen een jaar, werkzaam te zijn voor of in dienst te treden van een andere financiële instelling), een verbod van nevenwerkzaamheden (artikel 15.1) en een geheimhoudingsbeding (artikel 16.1), alle versterkt met een boete (artikel 18.1). In paragraaf 19 is, onder de kop 'Integriteit', het belang benadrukt van de regels die de bank hanteert teneinde de integriteit te waarborgen en is [verzoeker] verplicht zich om de aanwijzingen van de bank ter bevordering van de integriteit op te volgen.

## 2.5.

Op 1 januari 2020 is [verzoeker] op basis van deze overeenkomst als directeur Financiën voor [verweerder sub 1] gaan werken. Op 20 maart 2020 is hij benoemd tot statutair bestuurder van de bank en de functie van [functie] gaan vervullen.

### De board dynamics binnen de directie

## 2.6.

[Verzoeker] kwam naar [verweerder sub 1] op een moment dat de bank allerm minst in rustig vaarwater verkeerde. Reeds geruime tijd (zo'n twee jaar) vóór zijn aantreden was sprake van samenwerkingsproblemen in de top van de bank. De dynamiek tussen de verschillende leden van de directie van de bank baarde zowel [verweerder sub 2] als het Joint Supervisory Team (JST), de externe toezichthouder waarvan vertegenwoordigers van De Nederlandse Bank en van de Europese Centrale Bank deel uitmaken, al enige tijd zorgen, mede gezien de beoogde beurgang van de bank. De *board dynamics* lieten – wat betreft samenwerking en onderling vertrouwen, openheid en transparantie – bepaald te wensen over en getracht werd om daarin onder meer met hulp van een teamcoach verbetering te brengen. [Verzoeker] was hiervan op de hoogte toen hij de overstap naar [verweerder sub 1] maakte. In zijn gesprekken (in de tweede helft van 2019) met vertegenwoordigers van de raad van commissarissen van de bank en van [verweerder sub 2], en (medio januari 2020) met JST, is hierover met [verzoeker] van gedachten gewisseld. Daarin kwam de van hem verlangde *countervailing power* jegens de [functie], de heer [I] (wiens vertrek voor begin september 2020 was voorzien) en het belang van 'executiekraacht' van de nieuwe [functie] aan de orde, alsook dat er – vanwege de positie waarin [verweerder sub 1] verkeerde – voor moest worden gewaakt dat [verweerder sub 2] niet voor verrassingen (*no surprises*) zou komen te staan.

### De forbearance rapportage en het SMC-onderzoek

## 2.7.

Al kort nadat [verzoeker] zijn werkzaamheden voor de bank was aangevangen, ontstonden er spanningen – in het bijzonder – in zijn verhouding tot de heer [J], de [functie] van de bank. Zo maakte [verzoeker] eind januari 2020 aan hem het verwijt

van (moedwillige) onvolkomenheden bij het opstellen van de *Forbearance* rapportage en de jaarrekening 2019 en drong hij bij de raad van commissarissen aan op een extern onderzoek. Uit dat onderzoek, verricht door *Strategic Management Center*, zijn vervolgens geen aanwijzingen naar voren gekomen dat feiten bewust verkeerd zijn weergegeven. Ook werden geen indicatoren gevonden die wezen op gelegenheid of geneigdheid tot frauduleus handelen binnen de bank. Op 13 februari 2020 heeft de raad van commissarissen er bij [verzoeker] op aangedrongen zich bewust te zijn van, en aandacht te hebben voor de ontwikkeling 'van consultant naar bestuurder' die hij had door te maken en voor zijn aandeel in de verhoudingen binnen het directieteam. Hem werd aangeraden 'eerst aandachtig te luisteren en met een betere maatvoering zijn eigen mening (te) geven'. [J], die zich van non-compliance en van een gebrek aan integriteit beschuldigd voelde, heeft het [verzoeker] kwalijk genomen dat hij nadien niet bij hem op de kwestie is teruggekomen en niet is ingegaan op diens ([J] 's) handreiking om de lucht tussen hen te klaren. Volgens [verzoeker] heeft [J] hem eind februari 2020 excuses aangeboden, maar is hij ([J]) in maart 2020 begonnen hem te pesten en te treiteren, en heeft [I] hierop – ook na aandringen van [verzoeker] – niet willen ingrijpen.

## Het vertrek van de General Counsel

### 2.8.

Begin april 2020 heeft [functie] [I], als direct leidinggevende van mevrouw [K], de toenmalige *General Counsel* van [verweerder sub 1], besloten dat haar positie onhoudbaar was geworden. Dit naar aanleiding van een brief van 7 april 2020 van aan haar ondergeschikte managers aan [I], waarin zij er blijk van gaven aan [K] 's leiderschapskwaliteiten te twifelen. Dat het binnen het team van de *General Counsel* rommelde, was al langer bekend (en kwam in het najaar van 2019 ook tot uiting bij een medewerkersonderzoek) en [I] had daarin, ook samen met de voorzitter van de raad van commissarissen, de heer [B], al geïntervenieerd. Op 15 april 2020 heeft [I] de andere directieleden ingelicht over zijn besluit, dat – zo deelde hij mee – in overleg met de raad van commissarissen was genomen. [I] kondigde aan dat naar aanleiding van de ontvangen geluiden uit het managementteam van de *General Counsel* (afkomstig van een 'klokkenluider') een extern onderzoek zou worden verricht naar mogelijk onethisch gedrag binnen dat team. Op 21 april 2020 heeft [verzoeker], die intussen contact had gezocht met een van de commissarissen, [I] ermee geconfronteerd dat – anders dan deze op 15 april 2020 had meegedeeld – de raad van commissarissen volgens hem niet had besloten dat de *General Counsel* weg moest. [Verzoeker] stelde zich op het standpunt dat eerst onderzoek moest worden gedaan, alvorens over het vertrek van [K] te besluiten. In dit gesprek van 21 april 2020 is [I] in woede jegens [verzoeker] ontstoken. Hij verweet hem een gebrek aan vertrouwen in hem als [functie] en nam het [verzoeker] kwalijk buiten het directieteam om te opereren. [Verzoeker] vond dat [I] de brief van de ondergeschikten van [K] met de andere directieleden moest delen. [Verweerder sub 1] heeft met [K] een beëindigingsovereenkomst gesloten (zij heeft de bank per 1 juli 2020 verlaten).

## Het onderzoek van mr. [onderzoeker 1]

### 2.9.

[I] en [B] hebben op 14 april 2020 aan mr. [onderzoeker 1], een ervaren arbeidsrechtadvocaat, de opdracht verstrekt om onderzoek te doen naar wat de ondergeschikten van [K] heeft bewogen om hun vertrouwen in haar op te zeggen en te onderzoeken welke andere factoren dan het functioneren van de gewezen *General Counsel* daarbij een rol hebben gespeeld. Het doel van het onderzoek was om die (andere) factoren (dan het functioneren van [K]) te adresseren en een herhaling in de toekomst te voorkomen. Uit het onderzoek van [onderzoeker 1] (dat tussen medio mei en medio juni 2020 is verricht) is onder meer naar voren gekomen dat [I], die door geïnterviewden werd getypeerd als iemand die consensus zocht en confrontaties uit de weg ging, de zaak te lang op z'n beloop heeft gelaten en eerder had kunnen ingrijpen. Omdat de betrokken managers meenden dat een hernieuwd gesprek met [I] over de situatie in het team van de *General Counsel* niets zou opleveren, hebben zij zich omstreeks begin april 2020 tot [functie] [J] gewend. Deze heeft hen geadviseerd zelf met een voorstel te komen. Op 6 april 2020 is met [J] over dat voorstel overlegd (waarbij de betrokken managers de indruk kregen dat hun actie in goede aarde zou kunnen vallen), waarna een dag later de brief aan [I] is gestuurd waarin het team van de *General Counsel* het vertrouwen in [K] opzegde. [Onderzoeker 1] heeft in haar rapport van 18 juni 2020 onder meer geadviseerd om te bezien hoe binnen de bank een structuur kan worden opgezet waarin medewerkers zich in hun zorgen over hun leidinggevende beter en eerder gehoord voelen, en die kan voorkomen dat medewerkers het heft in eigen hand nemen zonder daarbij jegens die leidinggevende de openheid te betrachten die de gedragscode van de bank in het belang van een respectvolle omgang en een veilige werkomgeving voorschrijft. [Onderzoeker 1] spaarde in haar rapport ook de leiding van de bank niet: 'Respectvol ten aanzien van een medewerker is evenmin het uitblijven van ingrijpen door de leiding, waar dat wel geboden is.' Aan het eind van haar rapport noemde [onderzoeker 1] het 'zorgelijk' dat 'meerdere geïnterviewden, ook leden van de Directie, zich er kennelijk niet 'veilig' bij voelen, indien bij de opdrachtgevers van dit onderzoek ([I] en [B], rb) of bij anderen binnen de bank bekend wordt wat zij wel en niet in het kader van dit onderzoek hebben gezegd.' Aanbevolen werd 'om te onderzoeken, wat maakt dat (-) openheid en veiligheid binnen de Directie en de afdeling *General Counsel* kennelijk niet worden ervaren en hoe daarin verandering kan worden gebracht'. Op 18 juni 2020 heeft [onderzoeker 1] haar rapport aan [I] en [B] aangeboden.



## De meldingen van [verzoeker]

### 2.10.

Toen het rapport van [onderzoeker 1] omstreeks 12 juni 2020 in concept gereed was, heeft [verzoeker] er bij [I] op aangedrongen de onderzoeksbevindingen met de andere directieleden te delen. [I] wilde het definitieve rapport echter eerst met [B], de andere opdrachtgever van het onderzoek, bespreken en op basis daarvan beslissen hoe en wanneer de voltallige directie en de raad van commissarissen over het rapport zouden worden geïnformeerd. Op 15 juni 2020 heeft [verzoeker], die inmiddels van [B] had begrepen dat [onderzoeker 1] ook de rol van zijn mede-directieleden in haar onderzoek had betrokken en vreesde dat [I] en [B] het rapport om die reden zouden laten verdwijnen – contact gezocht met een topambtenaar van het Ministerie van Financiën (de heer [L]), en van een en ander melding gemaakt. Hierover had [verzoeker] de directie en de raad van commissarissen niet tevoren ingelicht. Hij beschouwde het als een vertrouwelijke melding omtrent het optreden van [I] en over de rol die [J] in de aanloop naar het vertrek van de *General Counsel* had gespeeld. Op 16 juni 2020 informeerde de heer [E], directeur van [verweerder sub 2], telefonisch bij [verzoeker] naar wat er aan de hand was. [E] gaf [verzoeker] de gelegenheid om zijn verhaal zelf rechtstreeks aan [B] te doen, bij gebreke waarvan [verweerder sub 2] met [B] contact zou zoeken. [Verzoeker] vond dit ‘chantage’, voorzag dat – als zijn melding aan het ministerie binnen de bank bekend werd – zijn lot als [functie] bezegeld was, en voelde zich als klokkenluider ‘voor de trein gegooid’.

### 2.11.

Bij e-mails van 24 juni 2020 heeft [verzoeker] bij [B] om het rapport van [onderzoeker 1] gevraagd; hij meende dat hem welbewust ‘cruciale informatie’ werd onthouden, dat er van een ‘vermenging van rollen’ sprake was en dat [B] ‘een constructieve dialoog’ uit de weg ging. [Verzoeker] kondigde aan dat als hij het rapport niet op 25 juni 2020 om 10.00 uur had ontvangen, hij een formele melding zou doen bij [verweerder sub 2] en JST. [B] heeft dit als ‘chantage’ opgevat. Zijnerzijds verweet [verzoeker] [B] en [I] ‘een serieuze obstructie’. Toen [verzoeker] op 25 juni 2020 het rapport om 10.15 uur niet had ontvangen, heeft hij aan de raad van commissarissen meegedeeld [verweerder sub 2] en JST te zullen benaderen. Om 10.30 uur die dag heeft [verzoeker] contact gelegd met het Ministerie van Financiën en JST met de mededeling dat hij een formele melding wilde doen. Om 11.30 uur is hem namens de raad van commissarissen meegedeeld dat het rapport van [onderzoeker 1] aan de leden van de directie ter beschikking zou worden gesteld. Dat is die middag ook gebeurd. In een bijeenkomst van 16 juli 2020 heeft de raad van commissarissen het [verzoeker] uiterst kwalijk genomen dat hij, achter de rug van de raad om en in strijd met het principe van de *two-tier board*, externe toezichthouders had geïnformeerd. [I] meende dat [verzoeker] de bank ‘in diskrediet’ had gebracht en [J] vond dat [verzoeker] hem bij stakeholders zwart had gemaakt. [Verzoeker] meende dat hij vanwege zijn afwijkende visie, en omdat hij er niet voor voelde om aan een ‘goed nieuws show’ mee te doen, werd ‘geëxcommuniceerd’. Hij ervoer naar zijn zeggen ‘manipulatie, door informatieasymmetrie, indoctrinatie, misinformatie en pestgedrag’.

## Het ontslag van [verzoeker]

### 2.12.

Op 31 juli 2020 heeft [verzoeker] aan de raad van commissarissen verzocht om ‘volledige en onvoorwaardelijke steun van de RvC’ die hij nodig had om als [functie] te kunnen functioneren. Die steun heeft hij niet gekregen; op 3 augustus 2020 heeft de raad van commissarissen, in reactie op de e-mail van [verzoeker], aan de directie van de bank meegedeeld zich in samenspraak met toezicht en de aandeelhouder te beraden en ‘geen individuele mededelingen’ te zullen doen ‘zolang er geen gedragenheid is in de driehoek’. Hierop heeft [verzoeker] op 6 augustus 2020 aan de raad van commissarissen meegedeeld dat hij onder de gegeven omstandigheden niet in staat zou zijn om de bank te vertegenwoordigen bij de presentatie van de halfjaarcijfers op 14 augustus 2020. Op 8 augustus 2020 heeft een lid van de raad van commissarissen aan [verzoeker] meegedeeld dat de raad had besloten om aan [verweerder sub 2] voor te stellen tot diens ontslag over te gaan. Op 10 augustus 2020 heeft een vertegenwoordiging van de raad van commissarissen de redenen hiervan, gelegen in het gebrek aan vertrouwen tussen de raad en de [functie] en in de niet constructieve relaties binnen de directie van de bank, aan [verzoeker] mondeling toegelicht. Bij brief van 11 augustus 2020 heeft de raad van commissarissen de ontslagredenen als volgt schriftelijk uiteengezet:

‘Specifiek ten aanzien van jouw positie heeft de raad van commissarissen vastgesteld dat in de korte tijd sinds jouw aantreden de voor jouw functioneren noodzakelijke vertrouwensbasis volledig is weggefallen, zowel in verhouding tot de raad van commissarissen als binnen de Directie: a. dit is het gevolg van jouw wijze van optreden, die de leden van genoemde organen als disfunctioneel, destructief en daardoor onvoorspelbaar (hebben) ervaren; b. de raad meent dat jouw wijze van opereren in de afgelopen periode haaks staat op de stabiliteit en beheersing die een [functie] een onder toezichtstaande instelling als [verweerder sub 1] zou moeten brengen en heeft er geen enkel vertrouwen in dat die wijze zich in de toekomst ten goede zal keren; c. bij gebrek aan de noodzakelijke vertrouwensbasis voor jouw functioneren bij zowel de leden van de raad van commissarissen als de Directie is jouw positie helaas niet langer te handhaven.’

### 2.13.

Op 11 augustus 2020 heeft [verweerder sub 1] aan [verzoeker] een concept vaststellingsovereenkomst voorgelegd, inhoudende een vrijwillig terugtreden als statutair bestuurder met ingang van de dag van ondertekening, vrijstelling van werkzaamheden en beëindiging van de overeenkomst van opdracht met wederzijds goedvinden per 31 december 2020. Op 12 augustus 2020 heeft [verzoeker] zich ziek gemeld. Op 13 augustus 2020 is hij uitgenodigd voor de vergadering, waarin het voorgenomen ontslag als statutair bestuurder was geagendeerd (hierna de ontslagvergadering te noemen).

### 2.14.

Bij brief van 13 augustus 2020 aan de raad van commissarissen heeft [verzoeker] uitgebreid gereageerd op de inhoud van de brief van 11 augustus 2020. Hij beriep zich onder meer op de al geruime tijd vóór zijn aantreden bestaande problemen in de top van de bank, op de collectieve verantwoordelijkheid binnen de directie voor 'een gezonde cultuur van openheid en aanspreekbaarheid', op zijn opdracht om als [functie] *countervailing power* richting de [functie] te bieden en voor 'executiekraacht' te zorgen en er zo nodig 'met gestrekt been in te gaan', alsmede op de noodzaak om er met zijn meldingen aan het ministerie en JST voor te zorgen dat toezichthouders en aandeelhouder van de bank niet voor verrassingen zouden komen te staan. In zijn brief benadrukte [verzoeker] in korte tijd als [functie] veel te hebben bewerkstelligd, maar binnen de directie en van de raad van commissarissen weinig tot geen steun te hebben gekregen. Hij stelde niet eerder te zijn geweest op eventuele klachten over (de effectiviteit van) zijn functioneren en voelde zich als de bringer van een onwelgevallige boodschap gestraft. Aan het eind van zijn brief meldde [verzoeker] in afwachting te zijn van een onderzoek naar de vraag of zijn rechtsverhouding tot de bank kwalificeert als een arbeidsovereenkomst.

### 2.15.

Omdat [verzoeker] zou ontbreken bij de presentatie van de halfjaarcijfers op 14 augustus 2020 zag [verweerder sub 1] zich genoodzaakt om het voorgenomen ontslag van haar [functie] die dag in een persbericht openbaar gemaakt. In het persbericht is vermeld dat de raad van commissarissen had geconcludeerd dat 'een dynamiek tussen de directieleden bestaat die onvoldoende basis vormt voor een constructieve samenwerking' en dat daarom afscheid wordt genomen van 'een vakinhoudelijk competent directielid.'

### 2.16.

Op 19 augustus 2020 heeft het voltallige bestuur van [verweerder sub 2], in aanwezigheid van de wederzijdse advocaten, met [verzoeker] gesproken over het ontslagvoornemen (de ontslagvergadering was aanvankelijk gepland op 21 augustus 2020). Na dit gesprek heeft [verzoeker] een groot aantal documenten aan [verweerder sub 2] verstrekt.

### 2.17.

Nadat met [verzoeker] geen overeenstemming over een vrijwillig vertrek was bereikt en de ondernemingsraad van de bank (in positieve zin) over het ontslagvoornemen had geadviseerd, heeft de ontslagvergadering plaatsgevonden op 5 september 2020. Daaraan hebben de leden van het bestuur van [verweerder sub 2] (bijgestaan door drie adviseurs), [verzoeker] (bijgestaan door zijn advocaat), de overige directieleden ([I] was inmiddels als [functie] opgevolgd door de heer [M]) en de raad van commissarissen (bijgestaan door twee adviseurs) deelgenomen. [Verzoeker] heeft in de vergadering, bij monde van zijn advocaat en aan de hand van de door haar voorgedragen en overgelegde aantekeningen, gebruik gemaakt van de gelegenheid om zijn raadgevende stem uit te brengen. Hij bracht een negatief stemadvies uit, en onderbouwde deze overeenkomstig de verdedigingslijn van zijn brief van 13 augustus 2020 aan de raad van commissarissen. Ook de andere bestuurders en de commissarissen hebben hun raadgevende stem uitgebracht. Van hen sprak alleen [functie] Verhoeven zich uit tegen het ontslagvoornemen (met haar heeft [verweerder sub 1] nadien een beëindigingsovereenkomst gesloten). Nadat de vergadering was gesloten, heeft [verweerder sub 2] op 5 september 2020 besloten om [verzoeker] met onmiddellijke ingang te ontslaan als bestuurder van [verweerder sub 1]. Op 10 september 2020 heeft de bank schriftelijk aan [verzoeker] bericht dat de overeenkomst van opdracht, vanwege de opzegtermijn van vier maanden, eindigde per 31 januari 2021. [Verzoeker] heeft zich tegenover [verweerder sub 1] op het standpunt gesteld dat tussen hem en de bank een arbeidsovereenkomst bestaat. Hij heeft zich (onder verwijzing naar de artikelen 2:8 en 2:15 BW) op de vernietigbaarheid van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit en op het opzegverbod tijdens ziekte, als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW, beroepen. Afgezien van enkele summiere contacten met de bedrijfsarts, begin september 2020, is van verzuimbegeleiding door de arbo-dienst van [verweerder sub 1] geen sprake geweest.

### Het onderzoek door mr. [onderzoeker 2] en dr. [onderzoeker 3]

### 2.18.

In opdracht van [verweerder sub 1] hebben mr. [onderzoeker 2] en dr. [onderzoeker 3] tussen medio september 2020 en eind december 2020 onderzoek gedaan naar het functioneren van de directie van de bank en de interactie tussen de directie en de raad van commissarissen. [Verweerder sub 2] vervulde bij het onderzoek een monitoring rol. De onderzoeksopdracht was bedoeld om gevolg te geven aan de eerdere aanbeveling van mr. [onderzoeker 1] om de

'veiligheid en openheid' binnen de directie van de bank nader te onderzoeken. Onderzoekers [onderzoeker 2] en [onderzoeker 3] hebben enkele tientallen interviews (daaronder enkele met [verzoeker]) gehouden en documenten ingezien. In hun eindrapport hebben zij – blijkens de door onderzoekers ten behoeve van het persbericht van [verweerder sub 1] van 18 februari 2021 verstrekte samenvatting van hun bevindingen – als volgt geconcludeerd: 'In 2019 en 2020 is een aantal nieuwe directieleden aangesteld. Er hebben kennelijk misverstanden kunnen ontstaan over de precieze invulling van de rollen die zij werden geacht te vervullen en de taakafbakening die zij hadden. Daarbij werd soms onvoldoende gezocht naar draagvlak voor ideeën, hetgeen tot verstoorde verhoudingen heeft geleid. Voorgesteld wordt een langer en uitvoeriger onboarding-proces voor nieuwe bestuurders in te stellen om dat te helpen voorkomen. De onderzoekers hebben geen aanwijzingen dat intimiderend en pestgedrag structureel plaatsheeft doch hebben wel aanwijzingen gevonden dat incidenteel sprake is geweest van intimiderend en pestgedrag binnen de werkorganisatie en op directieniveau, alsook dat dat voor sommigen tot een onveilige werksituatie heeft geleid' (het rapport zelf is in dit geding niet overgelegd).

## Het eerdere kort geding

### 2.19.

[Verzoeker] heeft [verweerder sub 1], [verweerder sub 2], mr. [onderzoeker 2] en dr. [onderzoeker 3] in kort geding gedagvaard onder meer tot – kort gezegd – loonbetaling over de periode vanaf 1 februari 2021, inzage in en een verbod op verspreiding van de rapportage van [onderzoeker 2] en [onderzoeker 3]. Hij meende dat van een zorgvuldig en onafhankelijk onderzoek geen sprake is geweest, dat de onderzoekers 'aan de leiband' van [verweerder sub 1] hebben gelopen en het beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden. Bij vonnis van 16 februari 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:550) heeft de voorzieningenrechter in de Rechtbank Midden-Nederland de loonvordering van [verzoeker] afgewezen, omdat de rechtsverhouding tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1], ook al is de bank niet een beursgenoteerde vennootschap, op grond van het bepaalde in artikel 2:132 lid 3 BW niet als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt. De vorderingen betreffende het onderzoek van [onderzoeker 2] en [onderzoeker 3] zijn merendeels afgewezen, omdat de voorzieningenrechter oordeelde dat het onderzoek aan de daaraan te stellen zorgvuldigheids- en onafhankelijkheidseisen heeft voldaan.

### 2.20.

In het door [verzoeker] tegen dit vonnis ingestelde hoger beroep heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bij arrest van 15 juni 2021 (ECLI:NL:GHARL:2021:5770) geoordeeld dat [verweerder sub 1] geen beroep toekomt op analoge toepassing van artikel 2:132 lid 3 BW, nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever er welbewust voor heeft gekozen om alleen voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen te bepalen dat de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap niet als arbeidsovereenkomst kwalificeert. Het hof heeft vervolgens, onder verwijzing naar het door de Hoge Raad (in de zaak X./gemeente Amsterdam; ECLI:NL:HR:2020:1746) gegeven beoordelingskader en aan de hand van de inhoud van de gesloten overeenkomst (over de fase voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst hadden partijen zich in het kort geding niet uitgelaten), geconcludeerd dat de overeenkomst voldoet aan de in de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW genoemde elementen 'arbeid', 'tegen loon' en 'in dienst van'. Wat de gezagsverhouding betreft overwoog het hof dat uit de overeenkomst volgt dat [verzoeker] 'zich moet houden aan (onder meer) instructies van het bevoegde orgaan en integriteits- en compliance-voorschriften en dat er jaarlijks een beoordelingsgesprek dient te worden gevoerd met de Raad van Commissarissen'. 'Dat duidt op een gezagsverhouding' en '(d)e maatschappelijke positie (van [verzoeker], rb) en zijn kennis van de banksector maken dat niet anders', aldus het hof. Het beroep dat [verzoeker] op het ontslagverbod tijdens ziekte van artikel 7:670 lid 1 BW had gedaan, werd door het hof gehonoreerd, waarbij de doorslag gaf dat [verzoeker] zich op 12 augustus 2020, en dus vóór de uitnodiging voor de ontslagvergadering van [verweerder sub 2], ziek had gemeld, de bank het ziekteverzuim niet door de bedrijfsarts heeft doen beoordelen en begeleiden en de arbeidsongeschiktheid van [verzoeker] onvoldoende is betwist. [Verweerder sub 1] is veroordeeld om aan [verzoeker] te betalen het salaris van € 22.935,26 bruto per maand (met emolumenten, en bij ontijdige betaling de wettelijke verhoging van 20% en wettelijke rente) over de periode van 1 februari 2021 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst oprechtsgeldige wijze zal zijn geëindigd.

### 2.21.

[Verweerder sub 1] is er na dit arrest toe overgegaan om aan [verzoeker] het salaris vanaf 1 februari 2021 te betalen. Zij meent dit onverschuldigd te hebben gedaan.

## 3. De verzoeken en het standpunt van [verzoeker]

### De verzoeken in de hoofdzaak

#### 3.1.

Na vermindering van zijn verzoek ter zitting (welke vermindering zag op een – vermeend – schorsingsbesluit en op de aanvankelijk mede verzochte toelating tot het werk) verzoekt [verzoeker] de rechtbank allereerst om voor recht te verklaren

dat de overeenkomst tussen hem en [verweerder sub 1] moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.

### 3.2.

Voorts verzoekt [verzoeker] om voor recht te verklaren dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit van [verweerder sub 2] van 5 september 2020 (ingevolge het bepaalde in artikel 2:14 BW) nietig is, althans verzoekt hij de rechtbank om dat ontslagbesluit (op grond van artikel 2:8 juncto 2:15 BW) te vernietigen. [Verzoeker] verzoekt tevens om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door [verweerder sub 1] van 10 september 2020, omdat is opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW (in verbinding met artikel 7:681 lid 1, aanhef en onder a BW), althans omdat is opgezegd in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte (artikel 7:670 lid 1 BW juncto artikel 7:681 lid 1, aanhef en onder b BW). Verder verzoekt [verzoeker] dat [verweerder sub 1] wordt veroordeeld om aan hem het salaris (met emolumenten), te vermeerderen met wettelijke verhoging en wettelijke rente, te betalen over de periode vanaf 1 februari 2021 en totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd.

### 3.3.

Voor het geval de rechtbank de opzegging van de arbeidsovereenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] niet vernietigt, verzoekt [verzoeker] om [verweerder sub 1] te veroordelen om aan hem de wettelijke transitievergoeding van € 9.659,30 bruto, de overeengekomen beëindigingsvergoeding van € 17.022,05 bruto en een billijke vergoeding van € 2.500.000,-- bruto te voldoen. Tevens verzoekt [verzoeker] om [verweerder sub 1] te veroordelen tot het opstellen en overleggen van een deugdelijke eindafrekening, en om daarin onder meer het vakantiedagensaldo per 1 februari 2021 van 28,5 dagen op te nemen, alsmede om hetgeen [verzoeker] van de bank nog tegoed heeft binnen 10 dagen na betekening van de beschikking aan hem uit te betalen.

### 3.4.

Voor het geval de overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] niet als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt, verzoekt [verzoeker] de rechtbank om [verweerder sub 1] veroordelen om aan hem, binnen 10 dagen na betekening van de beschikking, te voldoen het bedrag van € 2.834.250,-- bruto aan inkomensschade en immateriële schade.

### 3.5.

Ten slotte verzoekt [verzoeker] de rechtbank om [verweerder sub 1] te veroordelen om, binnen 10 dagen na betekening van de beschikking, aan hem € 301.483,39 aan advocaatkosten te betalen en om [verweerder sub 1] te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

## De onderbouwing van deze verzoeken

### 3.6.

Aan zijn verzoek om vast te stellen dat de overeenkomst met [verweerder sub 1] als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, legt [verzoeker] ten grondslag dat de met de bank gesloten overeenkomst louter bestanddelen bevat die een overeenkomst tot een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW maken, zoals: de 40-urige werkweek, recht op doorbetaalde vakantie en vakantiegeld, recht op een dertiende maand, doorbetaling van het salaris in de twee eerste ziektejaren, op het salaris in te houden loonheffing, vergoeding van zakelijke kosten op declaratiebasis, ter beschikking te stellen apparatuur en leaseauto, pensioenregeling, beëindigingsvergoeding, relatiebeding, verbod van nevenwerkzaamheden, etc. De overeenkomst met de bank onderscheidt zich aldus volgens [verzoeker] in niets van een arbeidsovereenkomst, zoals hem niets heeft onderscheiden van de andere werknemers van [verweerder sub 1]. Aan de elementen van artikel 7:610 BW, te weten 'arbeid' tegen 'loon' en onder 'gezag', is daarom volgens [verzoeker] voldaan. Met een beroep op ECLI:NL:HR:2020:1746 (de uitspraak van de Hoge Raad van 6 november 2020 inzake X./gemeente Amsterdam; *JAR* 2020, 287 en *NJ* 2021, 116) stelt hij zich op het standpunt dat de bedoeling die partijen bij het aangaan van hun overeenkomsten mochten hebben gehad, geen rol speelt bij de kwalificatie van de overeenkomst. Hij meent voorts dat aan [verweerder sub 1], die niet een beursgenoteerde vennootschap is, geen beroep toekomt op overeenkomstige toepassing van het bepaalde in artikel 2:132 lid 3 BW, omdat zulks niet past binnen het systeem van het arbeidsrecht.

### 3.7.

Ter onderbouwing van zijn overige verzoeken in de hoofdzaak, óók die waaraan niet het bestaan van een arbeidsovereenkomst ten grondslag is gelegd (zoals onder meer het geval is bij het verzoek dat hierboven onder 3.4. is weergegeven), voert [verzoeker] aan dat hem bij het aangaan van de overeenkomst met [verweerder sub 1], vanwege de persisterende negatieve bestuurscultuur van de bank, van de zijde van de raad van commissarissen en [verweerder sub 2] de opdracht is verstrekt om verandering te brengen in de – de continuïteit van de bank bedreigende – *board dynamics* binnen de directie, dat van hem werd verwacht dat hij daadkrachtig tegenwicht, *countervailing power*, zou bieden aan

[functie] [I] die in die dynamiek een dominante rol speelde, dat 'executiekraacht' van belang was, en dat hij zich ingeval van tegenwerking door mede-directieleden vroegtijdig diende te wenden tot de raad van commissarissen, [verweerder sub 2], het Ministerie van Financiën en JST, nu toezicht- en aandeelhouderhouders, gelet op de precaire positie van de bank als staatsbank, onder geen beding voor verrassingen wilden komen te staan (door [verzoeker] aangeduid als de 'no surprises overeenkomst').

### 3.8.

Al bij de tweedaagse bijeenkomst op 19 en 20 december 2019 over het strategisch plan 2020-2025 van [verweerder sub 1], waaraan [verzoeker] deelnam, werd hij naar zijn zeggen gealarmeerd door het ontbreken van een duidelijke visie op de strategie van de bank op de korte termijn. Hij heeft het vervolgens, in zijn functie van (aanvankelijk) titulair financieel directeur en (vanaf 20 maart 2020 als) statutair bestuurder en [functie], tot zijn taak en verantwoordelijkheid gerekend de directie een 'spiegel van economisch realisme' voor te houden, maar dit werd hem niet in dank afgenomen en als een overmatig kritische houding en 'spelbreken' afgedaan. Volgens [verzoeker] heeft [functie] [J] hem van het begin af aan ontlopen en – met een verwijzing naar allerlei formaliteiten – tegengewerkt, en is vanaf medio maart 2020 sprake geweest van pestgedrag en treiterijen door [J]. [Verzoeker] heeft dit bij [functie] [I] en de raad van commissarissen aangekaart en om hulp gevraagd, maar daarop is geen actie jegens [J] ondernomen, aldus [verzoeker].

### 3.9.

In de kwestie van het ontslag van de *General Counsel* heeft [verzoeker] er in april 2020 bij [I] op aangedrongen om eerst een onderzoek te doen naar de beweringen van de aan [K] ondergeschikte managers, en naar de rol die [J] bij de totstandkoming van hun brief van 7 april 2020 heeft gespeeld, alvorens te besluiten om haar te ontslaan (en niet andersom, zoals [I] volgens hem heeft gedaan). [Verzoeker] laakt de gang van zaken bij het onderzoek door [onderzoeker 1], waar [I] en [B] hem als [functie] buiten hebben gehouden. Hij voelde zich 'een roepende in de woestijn' en heeft zich – mede gezien de genoemde 'no surprises overeenkomst' met de toezichthouders – genoodzaakt gezien om in juni 2020 een vertrouwelijke melding te doen aan een topambtenaar van het Ministerie van Financiën (en later ook aan JST), omdat het rapport van [onderzoeker 1], waarin – naar [verzoeker] had vernomen – ook kritiek op het functioneren van [I] en [J] was geuit, door [I] en [B] niet met de andere directieleden werd gedeeld en in de doofpot dreigde te worden gestopt. [Verzoeker] kwalificeerde dit als 'informatieasymmetrie' en hij schrijft een belangrijk deel van de negatieve *board dynamics* in de top van [verweerder sub 1] toe aan de omstandigheid dat cruciale informatie door toedoen van [functie] [I] aan de voltallige directie is onthouden. Door [E] van [verweerder sub 2], die van zijn melding aan het ministerie in kennis was gesteld, is [verzoeker] naar zijn zeggen onder druk gezet ('gechanteed') om het rapport van [onderzoeker 1] bij de raad van commissarissen op te vragen, omdat [E] ermee dreigde de raad van commissarissen over diens vertrouwelijke melding aan het ministerie te informeren indien hij niet op korte termijn zou weten te bereiken dat [verweerder sub 2] als aandeelhouder kon kennisnemen van het rapport van [onderzoeker 1]. [Verzoeker] voelde zich gedwongen om aan [B] het ultimatum van 25 juni 2020 te stellen. Toen het rapport van [onderzoeker 1] vervolgens alsnog met de voltallige directie was gedeeld, heeft [verweerder sub 2] hem tegenover de raad van commissarissen niettemin genoemd als degene die de eerdere melding aan het ministerie had gedaan. Dat heeft zijn positie ernstig geschaad, aldus [verzoeker].

### 3.10.

[Verzoeker] stelt zich op het standpunt dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit van 5 september 2020 nietig is, althans moet worden vernietigd, omdat het in strijd is met de wet en met de redelijkheid en billijkheid. Voorafgaand aan de ontslagvergadering is hij door [verweerder sub 2] over het ontslagvoornemen niet gehoord, kende hij de redenen die [verweerder sub 2] daarvoor had niet, en heeft hij daarom zijn persoonlijk belang – om zijn werk als bestuurder te kunnen voortzetten – niet kunnen behartigen. Daarvoor heeft hij ook in de ontslagvergadering van 5 september 2020 geen gelegenheid gehad. Zou hij die gelegenheid wél hebben gehad, dan zou de (eigen) verwijtbaarheid van [verweerder sub 2] rond de afgedwongen verspreiding van het rapport van [onderzoeker 1] in juni 2020 aan de orde zijn gesteld, alsook de omstandigheid dat de vertrouwelijkheid van zijn ([verzoeker]'s) melding aan het ministerie door toedoen van [verweerder sub 2] is geschonden. En dan zou het ook voor de hand hebben gelegen om eerst het externe onderzoek af te wachten (dat later door [onderzoeker 2] en [onderzoeker 3] is verricht). In de ontslagvergadering van 5 september 2020 heeft [verzoeker] weliswaar zijn raadgevende stem kunnen uitbrengen en zijn visie op het belang van de vennootschap bij het voorgenomen besluit gegeven, maar dat heeft geen wezenlijke invloed op de besluitvorming meer kunnen hebben omdat er na het persbericht van 14 augustus 2020 voor de bank geen weg terug meer was.

### 3.11.

[Verzoeker] verzoekt om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door [verweerder sub 1] van 10 september 2020, primair omdat deze opzegging – ingeval het vennootschappelijk ontslagbesluit van 5 september 2020 nietig is of wordt vernietigd – in strijd is met het bepaalde in artikel 7:671 BW (in verbinding met artikel 7:681 lid 1, aanhef en onder a BW). Subsidiair – voor het geval het ontslagbesluit van 5 september 2020 stand zou houden – baseert [verzoeker]



zijn verzoekt tot vernietiging van de opzegging op het bepaalde in artikel 7:681 lid 1, aanhef en onder b BW juncto (het opzegverbod tijdens ziekte van) artikel 7:670 lid 1 BW, en voert hij aan dat hij zich voorafgaand aan de uitnodiging voor de ontslagvergadering bij [verweerder sub 1] ziek heeft gemeld en ten tijde van (en nog geruime tijd na) de opzegging wegens ziekte niet tot de bedongen arbeid in staat was.

### 3.12.

Vernietiging van de opzegging van 10 september 2020, zoals verzocht, heeft tot gevolg dat [verzoeker] onveranderd in dienst is gebleven van [verweerder sub 1] en recht heeft op doorbetaling van het overeengekomen salaris vanaf 1 februari 2020. Indien de opzegging niet wordt vernietigd, verzoekt [verzoeker] om toekenning van de wettelijke transitievergoeding, de contractuele beëindigingsvergoeding en een billijke vergoeding. [Verzoeker] begroot de billijke vergoeding (in de zin van artikel 7:682 lid 3 BW) op € 2.500.000,-- bruto en voert hiertoe onder meer aan dat [verweerder sub 1] zich jegens hem ernstig verwijtbaar heeft gedragen, dat er geen redelijke grond voor zijn ontslag was, dat hij – in elk geval – tot 1 mei 2024 [functie] van [verweerder sub 1] zou zijn gebleven en dat zijn reputatie binnen de financiële sector door de bank ernstig en duurzaam is beschadigd, waardoor hij ook na 1 mei 2024 inkomensschade zal lijden. [Verzoeker] acht zich 'besmet' door de wijze waarop hem 'de zwarte piet toegespeeld' is.

### 3.13.

Ingeval de overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] niet als een arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd, verzoekt [verzoeker] om toekenning van een schadevergoeding van € 2.834.250,-- (bestaande uit € 731.250,-- bruto aan inkomensschade over de periode van 1 februari 2021 tot 1 mei 2024, € 2.093.000,-- bruto aan inkomensschade over de periode vanaf 1 mei 2024 en € 10.000,-- aan vergoeding voor geleden immateriële schade). Aan dit deel van zijn verzoek legt [verzoeker] ten grondslag dat [verweerder sub 1] de overeenkomst schadeplichtig heeft opgezegd en onrechtmatig heeft gehandeld onder meer door hem met een duidelijke opdracht binnen te halen en hem vervolgens publiekelijk 'af te serveren' toen hij die opdracht uitvoerde en dit [functie] [I], [functie] [J] en [B] als voorzitter van de raad van commissarissen niet welgevallig was.

### 3.14.

Zijn verzoek om vergoeding van de daadwerkelijk gemaakte advocaatkosten baseert [verzoeker] op schending van goedwerkgeverschap althans op het gestelde onrechtmatig handelen van [verweerder sub 1].

### De incidentele verzoeken van [verzoeker]

### 3.15.

heeft op 28 juni 2021 een incidenteel verzoek gedaan tot veroordeling van [verweerder sub 1] om hem – kort gezegd – op straffe van verbeurte van een dwangsom toegang te verschaffen tot zijn digitale werkomgeving bij de bank. [Verzoeker] meent dat hij zijn zakelijke e-mails, app-berichten e.d. nodig heeft om te bewijzen dat de stellingen en aantijgingen van de bank onjuist zijn. Op 30 juni 2021 heeft [verzoeker] nog een incidenteel verzoek gedaan tot veroordeling van [verweerder sub 1] om hem, op straffe van een dwangsom, afschrift te verstrekken van of inzage te geven in een viertal stukken.

## 4. Het verweer en het tegenverzoek van [verweerder sub 1]

### 4.1.

voert, op procedurele en inhoudelijke gronden, verweer tegen de door [verzoeker] jegens haar ingediende verzoeken, zowel in de hoofdzaak als in de incidenten. Voor zover de verzoeken van [verzoeker] zijn gebaseerd op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, stuiten zij er volgens de bank op af dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake is geweest. [Verweerder sub 1] beroept zich primair op het bepaalde in artikel 2:132 lid 3 BW, dat naar haar oordeel van overeenkomstige toepassing is, nu de bank *de facto* als een beursgenoteerde vennootschap moet worden beschouwd en de positie van [verzoeker] moet worden gelijkgesteld aan die van een bestuurder van een beursvennootschap. Ter onderbouwing van haar subsidiaire standpunt, dat met [verzoeker] geen arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW tot stand is gekomen en dat hun overeenkomst moet worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW, wijst [verweerder sub 1] – onder verwijzing naar het [naam] /Schoevers-arrest van de Hoge Raad van 14 november 1997 (ECL:NL:HR:1997:ZC2495; *NJ* 1998, 149) – op de bedoeling die partijen, blijkens de in de sollicitatieprocedure gewisselde informatie, bij het aangaan van de overeenkomst hebben gehad, op de tekst van de considerans van de overeenkomst en de omschrijving van de rechten en verplichtingen van partijen in de overeenkomst, de maatschappelijke positie van [verzoeker] en de rechtskennis die van hem mocht worden verwacht, de gedetailleerde aandacht die [verzoeker] in december 2019 aan de inhoud van de conceptovereenkomst heeft besteed alvorens hij die aanvaardde en de omstandigheid dat hij zich er niet eerder dan medio augustus 2020 op is gaan beroepen bij de bank in dienst te zijn. Voorts beroept de bank zich op de reflexwerking die volgens haar in dit geval toekomt aan artikel 2:132 lid 3 BW, nu het streven erop is gericht om de bank terug naar de beurs te brengen zodra dit op aanvaardbare condities mogelijk

is. Dat [verzoeker] zich had te richten naar de aanwijzingen van het bevoegd gezag, en dat de wijze waarop hij invulling gaf aan zijn rol als [functie] ter beoordeling stond van de raad van commissarissen als toezichthoudend orgaan van de bank, is – mede gezien het bepaalde in artikel 7:402 BW – geen aanwijzing voor het bestaan van een gezagsverhouding in de zin van artikel 7:610 BW en hangt samen met de omstandigheid dat de bank opereert in een sterk gereguleerde omgeving, aldus [verweerder sub 1]. Meer subsidiair heeft de bank aangevoerd dat [verzoeker] geen beroep toekomt op de bescherming van titel 7.10 BW, het opzegverbod tijdens ziekte daaronder begrepen.

#### 4.2.

[Verweerder sub 1] stelt zich op het standpunt dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit van 5 september 2020 voldoet aan de daaraan te stellen eisen. [Verzoeker] is tijdig uitgenodigd voor de ontslagvergadering, hij was op de hoogte van de aan het ontslagvoornemen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden en er kon bij hem geen twijfel bestaan over de redenen voor het voorgenomen ontslag, hij is over het ontslagvoornemen gehoord en heeft zich daartegen kunnen verweren, en hij heeft in de ontslagvergadering zijn raadgevende stem uitgebracht.

#### 4.3.

De overeenkomst van opdracht is volgens de bank rechtsgeldig beëindigd. Op grond van artikel 2.3 van de overeenkomst was de bank bevoegd om met inachtneming van de opzegtermijn 'te allen tijde' op te zeggen, dus ook ingeval er geen voorafgaand vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit was of geacht moet worden te zijn geweest. Voor de opzegging was, zo stelt de bank, ook goede reden, omdat de positie van [verzoeker] onhoudbaar was geworden.

#### 4.4.

De bank betwist dat zij jegens [verzoeker] niet de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht. [Verzoeker] had geen bijzondere opdracht, zoals hij stelt; dat van hem constructieve *countervailing power* en daadkracht werden verwacht, is inherent aan de functie die hij binnen de bank ging bekleden. Datzelfde geldt voor de voor de functie vereiste verbindende leidersrol en de inzet op samenwerking. [Verzoeker] heeft zich volgens de bank 'vanaf dag één' onnodig solistisch, onvoorspelbaar, niet constructief en polariserend, aanvallend en ongerechtvaardigd wantrouwend opgesteld. Hij heeft andere directieleden onterecht beschuldigd van fraude (*purposely misrepresenting numbers* door [functie] [J]) en van onethisch gedrag ([functie] [J] zou een dubieuze rol hebben gespeeld in de aanloop naar het ontslag van de *General Counsel* en [functie] [I] werd ervan beticht het [onderzoeker 1]-rapport te hebben willen laten verdwijnen uit vrees voor kritiek op zijn eigen functioneren). Dit heeft de onderlinge samenwerking onder zware druk gezet. Toen bleek dat [verzoeker] medio juni 2020, prematuur en buiten de directie en de raad van commissarissen om, een melding aan het Ministerie van Financiën had gedaan over wat er volgens hem mis was met de *governance* binnen de bank, en hij zich daarna ook bij JST meldde, raakte het noodzakelijke onderlinge vertrouwen zodanig beschadigd dat zijn vertrek als [functie] onvermijdelijk was.

#### 4.5.

Harerzijds verzoekt [verweerder sub 1], voor het geval de overeenkomst met [verzoeker] als een arbeidsovereenkomst zou kwalificeren en deze nog zou bestaan, om ontbinding van die overeenkomst, primair op grond van een verstoring van de arbeidsverhouding in de zin van artikel 7:669 lid 3 onder g BW, subsidiair op de h- en meer subsidiair op de i-grond van dat artikellid.

#### 4.6.

Tevens verzoekt [verweerder sub 1] om [verzoeker] te veroordelen om binnen acht dagen na betekening van de te wijzen beschikking alle betalingen die zij over de periode vanaf 1 februari 2021 ter voldoening aan het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 juni 2021 (met uitzondering van de in het dictum van dat arrest uitgesproken proceskostenveroordeling) aan of ten behoeve van [verzoeker] heeft gedaan aan de bank terug te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de dag waarop elke afzonderlijke betaling plaatsvond tot de voldoening.

### 5. Het verweer van [verweerder sub 2]

#### 5.1.

Voor zover de verzoeken van [verzoeker] geacht zouden moeten worden tegen [verweerder sub 2] te zijn gericht, voert zij daartegen verweer. Volgens [verweerder sub 2] heeft zij [verzoeker] niet, zoals deze stelt, gevraagd om de raad van commissarissen van [verweerder sub 1] onder druk te zetten om het [onderzoeks]-rapport te delen. Dat rapport had zij ook zelf bij de raad van commissarissen kunnen opvragen. [Verzoeker] wilde dat rapport juist per se zelf hebben. [Verweerder sub 2] heeft er eind juni 2020 naar haar zeggen uitsluitend bij [verzoeker] op aangedrongen dat hij de juiste *governance*-route zou bewandelen en jegens de raad van commissarissen openheid zou betrachten over zijn eerdere melding aan het ministerie. [Verweerder sub 2] wijst in dit verband op het *memorandum of understanding* tussen de bank en [verweerder sub 2], dat ingevolge het bestuursreglement van [verweerder sub 1] ook voor [verzoeker] geldt. [Verweerder sub 2] stelt zich voorts op het standpunt dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit rechtsgeldig tot stand is gekomen en

onontkoombaar was, omdat [verzoeker] vanwege de ontstane vertrouwensbreuk niet langer te handhaven was.

## 6. De beoordeling van het geschil

### 6.1.

Het gaat in dit geding in het bijzonder om de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1], om de vraag of de bank de overeenkomst met hem heeft mogen opzeggen en of [verzoeker] vanwege de beëindiging van de overeenkomst jegens de bank aanspraak heeft op een geldelijke vergoeding. Tussen partijen is inmiddels, in eerste aanleg en in hoger beroep, een kort gedingprocedure aanhangig geweest, waarin door de voorzieningenrechter en het hof uiteenlopende uitspraken zijn gedaan. Waar de voorzieningenrechter op grond van een overeenkomstige toepassing van artikel 2:132 lid 3 BW voorshands heeft geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] niet als arbeidsovereenkomst is aan te merken (ten overvloede werd overwogen dat [verzoeker] geen beroep op het ontslagverbod tijdens ziekte toekwam), daar heeft het hof in anticipatie op de bodemprocedure geoordeeld dat dit artikel zich op wetshistorische gronden niet leent voor analoge toepassing op andere dan beursgenoteerde vennootschappen. Het hof heeft geoordeeld dat de overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] voorshands, waar partijen zich in kort geding niet hadden uitgelaten over onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en ook niet over de wijze van uitvoering ervan, gezien de uit de tekst van de overeenkomst blijkende verplichtingen over en weer als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW heeft te gelden. Het hof oordeelde verder dat [verzoeker] zich op het ontslagverbod tijdens ziekte kon beroepen en wees de loonvordering toe. Partijen hebben in de onderhavige bodemprocedure, deels bijgestaan door andere advocaten, hun standpunten nader uiteengezet, hun stellingen aangevuld en zich gekeerd tegen (verschillende delen van) de eerdere beslissingen in kort geding. De rechtbank ziet reden om allereerst te beoordelen of de overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] ingevolge artikel 7:610 BW als een arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, nu – alleen als dat het geval is – de vraag naar de overeenkomstige toepassing van artikel 2:132 lid 3 BW en die naar de toepasselijkheid van het ontslagverbod tijdens ziekte relevant is. Op deze manier kan dit geding een heuse ‘bodem’-procedure zijn, waarin de vraag die partijen het fundamenteelst verdeeld houdt – die naar de kwalificatie van hun overeenkomst – ten gronde wordt onderzocht en beantwoord. Daarvoor zal het, gezien het partijdebat, nodig zijn om de rechtspraak van de Hoge Raad, in het licht van de ontwikkelingen in het arbeidsrecht, te duiden.

### 6.2.

Alvorens daaraan toe te komen, heeft de rechtbank te beslissen op het door [verweerder sub 1] en [verweerder sub 2] opgeworpen processuele verweer, inhoudende dat [verzoeker] deze zaak bij dagvaarding had moeten doen inleiden en niet-ontvankelijk moet worden verklaard nu hij dit bij verzoekschrift heeft gedaan. De rechtbank verwerpt dit verweer, omdat [verweerder sub 1] en [verweerder sub 2] daarbij geen belang hebben, toepassing van de wisselbepaling van artikel 69 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Rv) tot onnodige vertraging zou leiden en de goede procesorde niet wordt geschaad ingeval het geding volgens de regels van de verzoekschriftprocedure wordt voortgezet, nu bank en aandeelhouder niet zijn belemmerd in het voeren van verweer tegen de door [verzoeker] geclaimde aanspraken of bij het instellen van tegenverzoeken.

### **Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht?**

### 6.3.

Bij de beoordeling van de aard van de rechtsverhouding tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] stelt de rechtbank voorop dat arbeid op verschillende juridische grondslagen kan worden verricht. Van oudsher komen daarvoor drie in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten in aanmerking, te weten: de arbeidsovereenkomst, (wat is gaan heten) de overeenkomst van opdracht en (als het gaat om het tot stand brengen van een stoffelijk werk) de aanneming van werk. Bij de eerste is sprake van een dienstbetrekking, bij de twee andere gaat het om zelfstandige arbeid. Elke van deze overeenkomsten kent een eigen wettelijke regeling, met verschillende rechten en verplichtingen voor de betrokken partijen. Een belangrijk verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de beide andere bijzondere overeenkomsten is gelegen in de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de rechtsverhouding tot een einde komt. De onderliggende ratio daarvoor is dat als arbeid in (juridische) ondergeschiktheid en (economische) afhankelijkheid wordt verricht – zoals tussen de partijen bij de arbeidsovereenkomst het geval is – behoefte bestaat aan een dwingendrechtelijk ontslagrecht dat de vooronderstelde ongelijkheid tussen werkgever en werknemer compenseert, voorziet in een redelijkheidstoetsing van ontslagen en in een zekere mate van inkomensbescherming bij werkloosheid, arbeidsongeschiktheid en ouderdom. Die noodzaak bestaat niet (in dezelfde mate) indien van de bedoelde ondergeschiktheid en afhankelijkheid geen (of beduidend minder) sprake is en de werker zich tegenover de werkverschaffer in een zodanige maatschappelijke (en onderhandelings-)positie bevindt dat hij invloed kan uitoefenen op de hoogte van de beloning voor zijn werk en daardoor in staat is zelf voorzieningen te treffen die beschermen tegen genoemde risico's. Die situatie wordt verondersteld te bestaan tussen opdrachtgever en de opdrachtnemer of aannemer.

#### 6.4.

Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad in het bovengenoemde [naam]/Schoevers-arrest (waarin het ging om een belastingadviseur die in deeltijd onderwijs aan een opleidingsinstituut gaf) in 1997 geoordeeld 'dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten, en dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud, hebben gegeven'. In deze benadering, waarbij de blik wordt verbreed van hetgeen partijen contractueel zijn overeengekomen naar wat zij beoogd hebben en hoe zij feitelijk aan hun rechtsverhouding invulling hebben gegeven, en waarin – volgens de Hoge Raad, in navolging van de rechtbank – rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke positie van de werker, is zowel het dwingendrechtelijke karakter van arbeidsrecht-als-beschermingsrecht te herkennen als de hiermee samenhangende noodzaak tot uitdrukking gebracht om 'wezen voor schijn' te laten gelden en aan te sluiten bij de economische en materiële werkelijkheid bij de verrichting van de arbeid. De volzin die in het arrest volgt op de aangehaalde passage, en waarin de Hoge Raad zich in 1997 heeft uitgelaten over de bij de rechtsvinding door de rechter te hanteren methode, is in de daarop volgende decennia soms wat uit beeld verdwenen (vgl. A.R. Houweling in zijn AR Updates- annotatie van 12 november 2020 bij ECLI:NL:HR:2020:1746). Deze zin luidt: 'Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten.'

#### 6.5.

Na het [naam]/Schoevers-arrest is er in de sfeer van arbeidsverhoudingen veel veranderd. De Nederlandse arbeidsmarkt is in hoge mate geflexibiliseerd, het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers) is sterk toegenomen en de arbeidsplaats is door de opkomst van platformarbeid, *contracting* en de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten verder versplinterd geraakt. Door toegenomen concurrentie en onder druk staande tarieven, is zo aan de onderkant van de arbeidsmarkt de situatie ontstaan dat lager- en middelbaar opgeleiden, die met werkverschaffers niet of nauwelijks over hun beloning kunnen onderhandelen, onder precaire omstandigheden in hun levensonderhoud voorzien. Dit heeft, mede vanwege de hierbij betrokken publieke belangen (zoals die op het gebied van sociale zekerheid en fiscaliteit, maar ook de voorkoming van een onderklasse van werkers), geleid tot een breed debat (en veel geschillen) over het 'strategisch vormgeven' van arbeidsrelaties, *insiders* en *outsiders*, en de vraag waar 'echte' zelfstandigheid ophoudt en 'schijnzelfstandigheid' begint (vgl. conclusie van AG De Bock inzake X./gemeente Amsterdam; ECLI:NL:PHR:2020:698). Hierbij gaat het in de kern om de vraag welke betekenis toekomt aan de partijbedoeling, of – in de woorden van E. Verhulp (SR 2005/16 en TRA 2021/55) –: mogen partijen zelf uitmaken of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, of niet?

#### 6.6.

In 2020 heeft de Hoge Raad zich hierover uitgesproken, en wel in de hierboven genoemde zaak van X. tegen de gemeente Amsterdam, waarin het ging om een IOAW-uitkeringsgerechtigde (X. was een oudere of gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze) die in het kader van de ondersteuning bij haar arbeidsinschakeling werkzaamheden voor de gemeente Amsterdam had verricht. Het hof had voor de kwalificatie van de rechtsverhouding mede van belang geacht of partijen de bedoeling hebben gehad een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De Hoge Raad oordeelde dit een onjuiste rechtsopvatting en overweeg daartoe:

'3.2.2 Art. 7:610 BW omschrijft de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Indien de inhoud van een overeenkomst voldoet aan deze omschrijving, moet de overeenkomst worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Anders dan uit het arrest [naam]/Schoevers wel is afgeleid, speelt de bedoeling van partijen dus geen rol (-) bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. 3.2.3. De hiervoor in 3.2.2 bedoelde kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie).'

#### 6.7.

Onderscheiden moet dus worden tussen uitleg en kwalificatie, en de bedoeling van partijen is alleen van betekenis bij de uitleg van de rechten en verplichtingen van partijen, niet bij de kwalificatie (al zal de kwalificatievraag, gekleurd als deze wordt door de in het wettelijke arbeidsrecht tot uitdrukking gebrachte waarden, zoals ongelijkheidscompensatie, zijn schaduw vooruit werpen). In genoemd Haviltex-arrest (ECLI:NL:HR:1981:AG4158; NJ 1981, 635) heeft de Hoge Raad

geoordeeld dat '(d)e vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld (-), (niet) kan (-) worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.' In de uitlegfase kan de bedoeling van partijen dus een rol spelen, maar die bedoeling moet onder omstandigheden – vergaand – gerelativeerd worden als deze vooral is ingegeven door wat de werkverschaffer, als de in economisch opzicht beduidend sterkere partij, bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen stond en dit niet strookt met de wijze waarop feitelijk uitvoering aan de overeenkomst is gegeven. Dan gaat het 'wezen' voor de 'schijn' en moet, met het oog op het dwingendrechtelijk karakter van het arbeidsrecht en ter bescherming van de zwakkere positie van de werker, door de in het contract gekozen bewoordingen heen worden gekeken.

#### 6.8.

Dit laatste doet zich in de verhouding tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] niet voor. Zij moeten worden beschouwd als professionele partijen die in rechtskennis niet voor elkaar onderdeden. Toen hij solliciteerde was [verzoeker] als partner en registeraccountant verbonden aan een gerenommeerd accountants- en belastingadviseurbedrijf en kende hij de banksector als consultant goed. Hij wist dat [verweerder sub 1] met haar nieuwe [functie] een overeenkomst van opdracht wilde aangaan, hij moet zich hebben gerealiseerd dat dit betekende dat hij – net als bij [naam] – niet op basis van een arbeidsovereenkomst zou werken, en heeft daar (voordat in augustus 2020 zijn ontslag als bestuurder in de lucht hing) nooit vragen bij gesteld. [Verzoeker] heeft zich gedetailleerd in het hem toegezonden concept van de overeenkomst van opdracht verdiept en zich daarover met de HR-directeur van de bank verstaan. In dat verband is hem erop gewezen dat de bank eraan hechtte dat de rechtspositie van [verzoeker] zoveel mogelijk gelijk zou zijn aan die van de andere directieleden, die op basis van eenzelfde soort overeenkomst voor de bank werkzaam zijn. [Verzoeker] kende bovendien de positie van [verweerder sub 1] als staatsbank en was op de hoogte van het streven om de bank binnen afzienbare tijd terug naar de beurs te brengen, in welke situatie de gesloten overeenkomst ingevolge artikel 2:132 lid 3 BW geen arbeidsovereenkomst kon zijn. Het contrast met 'de onderkant van de arbeidsmarkt', waar economische afhankelijkheid van de werker tot ongelijkheidscompensatie noopt, kon nauwelijks groter zijn: [verzoeker] is vanaf 1 januari 2020, tegen een aanzienlijke beloning, tot het hoogste leidinggevende orgaan van de bank toetreden en daarin een van de meest cruciale functies gaan vervullen.

#### 6.9.

Onder deze omstandigheden is er reden om de tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] gesloten overeenkomst in hoge mate *at face value* te beoordelen en bestaat op voorhand geen aanleiding om door de tekst van hun overeenkomst heen te kijken. Ook een nadere beschouwing van de overeengekomen rechten en verplichtingen wijst er niet op dat er hier tussen 'wezen' en 'schijn' veel licht zit. Hierbij stelt de rechtbank voorop dat de statutair bestuurder die in dienst is van de vennootschap (dus de bestuurder/werknemer) – wat de wettelijke regeling van de beëindiging van de overeenkomst betreft – een tussenpositie inneemt, die aan de ene kant voor hem nadelig afwijkt van die van een gewone werknemer (of een titulair bestuurder die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is) maar aan de andere kant sterker is dan wanneer geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (dus wanneer een overeenkomst van opdracht is gesloten of de vennootschap beursgenoteerd is). In deze tussenpositie komen de onderling verschillende benaderingen van vennootschapsrecht (waarin vooropstaat dat de vennootschap vrij is de bestuurder te kiezen die haar goeddunkt) en arbeidsrecht (met zijn bescherming tegen onredelijk ontslag) in dier voege samen dat bij het ontslag van de bestuurder/werknemer enerzijds geen preventieve ontslagtoets geldt (die voor de gewone werknemer is opgehangen aan artikel 7:671 BW) en geen plaats is voor een herstel van de overeenkomst door de rechter (artikel 2:134 lid 3 en artikel 2:244 lid 3 BW), maar hij anderzijds bij een onvrijwillig einde van de overeenkomst (net als een gewone werknemer) wél recht kan hebben op een billijke vergoeding indien voor het ontslag een redelijke grond ontbreekt of dit het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (artikel 7:682 lid 3 BW). In vergelijkbaar 'compenserende' zin plegen vennootschappen voor hun bestuurders/niet-werknemers het ontbreken van ontslagbescherming contractueel te verzachten doordat een hoge(re) beloning en/of anderszins gunstige(r) condities worden afgesproken. Een sterke onderhandelingspositie van een bestuurder/niet-werknemer kan er aldus in de praktijk toe leiden dat de (financiële en andere) voorwaarden waartegen wordt gewerkt ver uitstijgen boven die waartegen een werknemer/niet-bestuurder werkt.

#### 6.10.

Dat is ook tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] gebeurd. Nadat in hoofdstuk 2 van hun overeenkomst, in het bijzonder in artikel 2.3 (bepalende dat de overeenkomst 'te allen tijde' kan worden opgezegd), wat betreft de beëindiging ervan is aangesloten bij de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht, meer bepaald bij artikel 7:408 lid 1 BW, daar is vervolgens in de overeenkomst, waar het de materiële condities betreft – zoals de bank het noemt – 'leentjebuurtje' gespeeld doordat bepaalde regels uit het reguliere arbeidsrecht, met verwijzing naar bepaalde artikelen uit boek 7 BW, van



overeenkomstige toepassing zijn verklaard, voornamelijk ten gunste van [verzoeker]. Zo heeft hij naast zijn managementvergoeding onder meer recht verkregen op vakantiegeld, een dertiende maand, betaald vakantieverlof, doorbetaling bij arbeidsongeschiktheid, een zorgverzekering en een pensioenvoorziening. Dat op enkele plaatsen in de tekst van de overeenkomst, zoals bijvoorbeeld in artikel 13.1 waar bij de hoogte van de beëindigingsvergoeding het woord transitievergoeding valt, blijkt dat [verweerder sub 1] – voor de duidelijkheid of zekerheidshalve – heeft willen uitsluiten dat contractuele en een eventuele wettelijke rechten cumuleren, kan daaruit redelijkerwijs niet worden afgeleid dat [verzoeker] bij de bank in dienst zou treden. Voor zover [verweerder sub 1] in het kader van de overeenkomstige toepassing van arbeidsrechtelijke regels heeft bedongen dat daartegenover op [verzoeker] ook bepaalde verplichtingen rustten (zoals die om tenminste 40 uur per week aan zijn werk voor de bank te besteden en om zich ingeval van ziekte voor zijn re-integratie in te spannen) kan daaruit niet worden afgeleid dat de positie van [verzoeker] binnen de bank vergelijkbaar was met die van andere bankmedewerkers/niet-bestuurders, maar moet dit veeleer worden begrepen als een op de rechtsverhouding toegesneden samenstel van condities dat de onderlinge (machts-) verhouding tussen partijen en hun onderhandelingspositie bij het aangaan van de overeenkomst weerspiegelt. Waar de overeenkomst een voorziening inhoudt die moet waarborgen dat [verzoeker] niet aansprakelijk is voor zijn handelen of nalaten als bestuurder, kan deze ook niet (zoals [verzoeker] meent) worden beschouwd als een aanwijzing dat (niet hij, maar alleen) de bank ‘ondernemersrisico’ draagt, maar moet deze veeleer worden gezien in het licht van de zware verantwoordelijkheid die hij als [functie] van een systeembank droeg en dat hij daarvoor, hoe goed hij ook werd betaald en hoe vermogend hij ook mocht zijn, redelijkerwijs niet de aansprakelijkheid zou kunnen dragen.

#### 6.11.

De overeenkomst met [verweerder sub 1] kent voorts enkele bijzondere bedingen die vergelijkbaar zijn met die welke in arbeidsovereenkomsten plegen voor te komen. Zo bevat de overeenkomst met [verzoeker] bijvoorbeeld een relatiebeding, een verbod van nevenwerkzaamheden en een geheimhoudingsbeding, alle versterkt met een boete. Anders dan [verzoeker] meent, leveren ook deze contractsbepalingen geen aanwijzing op voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Zij zijn te verklaren vanuit de omstandigheid dat [verzoeker] als financieel directeur en (later als) statutair bestuurder/[functie] binnen de bank een verantwoordelijke positie zou bekleden en ging werken in een sterk gereguleerde omgeving, waarin hoge eisen worden gesteld aan deskundigheid, leiderschap, moraliteit en integriteit. Daaraan had [verzoeker] zich te onderwerpen, hoe ook zijn overeenkomst met [verweerder sub 1] juridisch zou zijn te kwalificeren. Het levert dan ook geen aanwijzing op voor het bestaan van een gezagsverhouding die een arbeidsovereenkomst kenmerkt. Dat [verzoeker] zich aan de voor de bank als financiële instelling geldende regels had te conformeren, en dat zijn functioneren door toezicht- en aandeelhouders nauwlettend zou worden gevolgd, brengt daarom niet mee dat sprake was van een gezagsverhouding tussen hem en de bank. Hetzelfde geldt voor de bedingen in de overeenkomst die [verzoeker] verplichtten tot naleving van bestaande of nog vast te stellen ‘instructies van het bevoegde orgaan’ (artikel 1.5) en van ‘aanwijzingen en voorschriften met betrekking tot integriteit en compliance’ (artikel 1.6), en ook voor de bepaling (van artikel 12.1) dat de raad van commissarissen toezicht houdt op zijn ‘prestaties en competenties’ en dat er in ieder geval jaarlijks een ‘beoordelingsgesprek’ wordt gevoerd. Ook dit past in de sterk gereguleerde sfeer waarbinnen [verzoeker] kwam te werken en heeft geen onderscheidend vermogen waar het de juridische aard van zijn overeenkomst met de bank betreft.

#### 6.12.

De rechtbank neemt ten slotte tevens in aanmerking dat [verzoeker] zijn taak als bestuurder/[functie] zelf zo heeft opgevat dat van hem werd verwacht dat hij *countervailing power* en ‘executiekracht’ ontwikkelde, met name tegenover [functie] [I] en [functie] [J], teneinde de negatieve *board dynamics* te doen keren. Dit laat zich niet rijmen met het betoog van [verzoeker] dat zijn positie binnen de bank zich in niets onderscheidde van die van de andere bankmedewerkers. Voor zover hij hiermee heeft willen doelen op (wat is gaan heten) de ‘organisatorische inbedding’, miskent hij dat zijn *peers* niet de ‘gewone’ bankmedewerkers maar de andere directieleden waren, dat dezen op dezelfde juridische grondslag voor de bank werkzaam waren als hij, en dat hem ook bekend was dat [verweerder sub 1] streefde naar een uniforme rechtspositie binnen haar top.

#### 6.13.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1] niet als een arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt, maar kwalificeert als een overeenkomst van opdracht. De overeengekomen wederzijdse rechten en verplichtingen, zoals deze binnen de rechtsverhouding van partijen redelijkerwijs moeten worden uitgelegd, voldoen niet aan de omschrijving van artikel 7:610 BW en de overeenkomst kan daarom niet als een arbeidsovereenkomst worden aangemerkt. De verzochte verklaring voor recht dat van een arbeidsovereenkomst sprake is, wordt afgewezen. Voor zover de overige verzoeken van [verzoeker] op het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn gebaseerd (wat het geval is bij die tot toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding), zijn zij evenmin toewijsbaar. Aan het door de bank ingediende (voorwaardelijke) ontbindingsverzoek komt de rechtbank niet toe, nu de daaraan verbonden voorwaarde niet is vervuld.

#### Is het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit vernietigbaar?

## 6.14.

[Verzoeker] keert zich tegen het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit van [verweerder sub 2] van 5 september 2020 en beroept zich in het bijzonder op de vernietigbaarheid van dat besluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 2:8 juncto 2:15 BW. De vraag is wat het belang van [verzoeker] bij dit deel van zijn verzoek nog is, nu hij er ter zitting, mede door de vermindering van het verzoek wat zijn terugkeer naar de bank betreft en doordat hij heeft afgezien van verweer tegen het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van de bank, blijk van heeft gegeven nog slechts aanspraak te willen maken op financiële vergoedingen. Het recht op een financiële afwikkeling van de rechtsverhouding met de bank zoals [verzoeker] zich deze voorstelt, hangt evenwel, nu de overeenkomst met de bank niet als een arbeidsovereenkomst is aan te merken, niet samen met de rechtsgeldigheid van het vennootschappelijke ontslagbesluit. [Verzoeker] kan zich als opdrachtnemer niet beroepen op de door de Hoge Raad in de '15 april'-arresten (zie onder meer ECLI:NL:HR:2005:AS2030) gegeven uitzondering – op de regel dat het ontslagbesluit tevens het einde van de arbeidsovereenkomst van de bestuurder tot gevolg heeft – voor het geval een wettelijke opzegverbod (zoals dat tijdens ziekte als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW) geldt. Indien [verzoeker] heeft bedoeld te betogen dat zijn bedoelde belang gelegen is in de samenhang tussen het ontslagbesluit van 5 september 2020 en de opzegging van de overeenkomst van opdracht van 10 september 2020 volgt de rechtbank hem daarin niet. De rechtsgeldigheid van die opzegging hangt er niet van af welke reden of grondslag in de brief van 10 september 2020 voor de opzegging is genoemd (in de brief is enkel verwezen naar het ontslagbesluit van 5 september 2020 en naar het bepaalde in artikel 2.2 van de overeenkomst tussen [verzoeker] en [verweerder sub 1]), doch daarvoor is doorslaggevend of de bank een rechtsgeldige reden voor opzegging had. Ingevolge het bepaalde in artikel 2.3 van de overeenkomst van opdracht mocht de bank de overeenkomst 'te allen tijde', dus ook zonder dat van een voorafgaand vennootschapsrechtelijk ontslag als bestuurder sprake was, aan [verzoeker] opzeggen met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn. [Verzoeker] moet de opzegging redelijkerwijs ook aldus hebben begrepen dat deze ten gronde was gebaseerd op de in de brief van 11 augustus 2020 door de raad van commissarissen genoemde redenen voor het wegvallen van de voor het functioneren van [verzoeker] noodzakelijke vertrouwensbasis, zijnde dezelfde redenen die voor [verweerder sub 2] aanleiding waren om hem als bestuurder te ontslaan. [Verzoeker] heeft derhalve geen belang bij zijn beroep op de vernietigbaarheid van het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit. Dit deel van zijn verzoek wordt afgewezen.

## 6.15.

De rechtbank wijst er op dat het beroep dat [verzoeker] op de vernietigbaarheid van het ontslagbesluit van 5 september 2020 heeft gedaan hem ook niet zou hebben kunnen baten. De redenen voor de opzegging van de overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap spelen in het kader van de beoordeling van dat ontslagbesluit op grond van boek 2 BW geen rol. Er kan slechts getoetst worden aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid die bij het tot stand komen van het besluit in acht dienen te worden genomen. Aan die eisen is hier voldaan: [verzoeker] wist wat voor de raad van commissarissen de reden was om aan [verweerder sub 2] zijn ontslag voor te stellen; [verweerder sub 2] moest als aandeelhoudster-op-afstand koersen op de informatie die zij, onder andere van de raad van commissarissen, uit de onderneming kreeg; [verzoeker] heeft zich in de loop van de maand augustus 2020 tegen zijn dreigende ontslag als bestuurder schriftelijk en mondeling verweerd; hij is op 19 augustus 2020 door [verweerder sub 2] gehoord (dat deze vergadering, zoals [verzoeker] benadrukt, in de brief van 13 augustus 2020 door [B] als 'informeel' is aangeduid, moet aldus worden begrepen dat daarmee slechts tot uitdrukking is gebracht dat het nog niet ging om de 'formele' ontslagvergadering) en in de ontslagvergadering van 5 september 2020 heeft hij zijn raadgevende stem uitgebracht. De rechtbank heeft geen reden om eraan te twijfelen dat de bevindingen die de raad van commissarissen en [verweerder sub 2] in het kader van de genoemde contacten met [verzoeker] over het ontslagvoornemen heeft opgedaan van wezenlijke invloed hebben kunnen zijn op de besluitvorming. Het persbericht van 14 augustus 2020 maakt dat niet anders, nu de bank zich nu eenmaal publiekelijk moest uitlaten over de afwezigheid van haar [functie] bij de presentatie van de halfjaarcijfers die dag en er niet aan ontkwam om in dat verband melding te maken van de visie van de raad van commissarissen op de samenwerkingsproblemen binnen de directie. Daarmee was geen sprake van een voldongen feit, zoals [verzoeker] meent, alleen al niet omdat een ontslag van [verzoeker] als bestuurder niet door de raad van commissarissen van de bank maar door [verweerder sub 2] moest worden genomen.

### Is de opzegging van de overeenkomst vernietigbaar?

## 6.16.

Het verzoek van [verzoeker] om de opzegging van de overeenkomst met de bank te vernietigen op grond van het bepaalde in artikel 7:681 lid 1, onder a BW stuit erop af dat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst is aan te merken. Overigens zou dit beroep ook niet hebben kunnen slagen als [verzoeker] wél in dienst van de bank was geweest, omdat de beëindiging van de rechtsverhouding ingevolge artikel 7:671 lid 1, aanhef en onder e BW ook in dat geval niet preventief zou kunnen worden getoetst. Het beroep dat [verzoeker] subsidiair heeft gedaan op artikel 7:681 lid 1, aanhef en onder b BW slaagt evenmin. Dat beroep is gebaseerd op het opzegverbod bij ziekte als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW, maar van

een dergelijk opzegverbod is hier geen sprake omdat de overeenkomst tussen [verzoeker] en de bank geen arbeidsovereenkomst is.

### Is de bank jegens [verzoeker] tot schadevergoeding verplicht?

#### 6.17.

[Verzoeker] verzoekt om een vergoeding van € 2.834.250,-- bruto, stellende dat [verweerder sub 1] de overeenkomst van opdracht schadelijkt heeft opgezegd en onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, – kort gezegd – omdat zij hem met een duidelijke opdracht als [functie] heeft binnengehaald, maar hem niet in staat heeft gesteld die opdracht uit te voeren en hem, ook publiekelijk, hard heeft laten vallen toen bleek dat er binnen de bank onvoldoende draagvlak was voor een verbetering van de *board dynamics* en er weerstand bleek te bestaan tegen meer openheid en transparantie. [Verweerder sub 1] heeft dit betwist. De rechtbank overweegt het volgende.

#### 6.18.

Tussen partijen is niet in geschil dat, binnen korte tijd na het aantreden van [verzoeker] per 1 januari 2020, een zodanige vertrouwenscrisis tussen hem en andere directieleden, en tussen hem en de raad van commissarissen, is ontstaan dat hij zijn functie van [functie] van de bank niet langer kon uitoefenen. [Verzoeker] heeft dat eind juli 2020 ook zelf onder ogen gezien, toen hij de raad van commissarissen verzocht om de – ook volgens hem onontbeerlijke – steun van de raad. Die steun heeft hij niet gekregen, omdat de raad zich in samenspraak met toezicht- en aandeelhouders op de ontstane situatie wenste te beraden. Dat beraad heeft ertoe geleid dat in augustus 2020 de procedure tot zijn ontslag als bestuurder in gang is gezet. Het gaat daarom bij de beoordeling van de schadeclaim van [verzoeker] niet om de vraag of de rechtsverhouding tussen hem en [verweerder sub 1] in stand kon blijven, maar om die naar de verwijtbaarheid – over en weer – in de periode waarin de onderlinge verhoudingen zijn verslechterd. Dat [verzoeker], zoals hij stelt, door de bank voornamelijk is binnengehaald om tegenwicht te bieden aan [functie] [I], is uit hetgeen partijen hebben aangevoerd over de gevoerde gesprekken in de selectieprocedure en bij de kennismaking, niet komen vast te staan. [Verzoeker] ziet eraan voorbij dat van hem – daarnaast, en (gezien de al langer bestaande samenwerkingsproblemen in de top van de bank) naar moet worden aangenomen: bovenal – een constructieve opstelling en een verbindende rol werden verwacht. Juist in een situatie die [verzoeker] – naar hij wist – binnen de directie zou aantreffen, en die hij als het spreekwoordelijke wespennest schetst, komt het er op aan om, zeker als bestuurlijke nieuwkomer, de tijd te nemen om de kat uit de boom te kijken en te investeren in de onderlinge samenwerkingsrelatie. Van [verzoeker] mocht, gezien zijn statuut (ook al had hij geen ervaring als directeur/bestuurder in een financiële instelling als [verweerder sub 1]), verwacht worden dat hij zich van de delicate omstandigheden waaronder hij kwam te werken bewust was en zich daarnaar richtte. De directie was in die zin evenzeer een porseleinkast als een wespennest.

#### 6.19.

Dat [verzoeker] al kort na zijn aantreden [functie] [J], naar naderhand bleek onterecht, beschuldigde van moedwillige onvolkomenheden, heeft tussen beiden al direct de toon gezet. Dat [J] hierop met herhaalde pesterijen jegens [verzoeker] heeft gereageerd, is niet gebleken, al zal er van enige animositeit sprake zijn geweest. De poging van de raad van commissarissen, medio februari 2020, om [verzoeker] ervan te doordringen dat hij de tijd moest nemen om in zijn nieuwe rol te groeien, heeft hem niet tot meer prudentie aangezet. Integendeel: in het kader van de *General Counsel*-kwestie, die begin april 2020 ging spelen, heeft [verzoeker] – wederom, naar later bleek, zonder deugdelijke grond – aan [J] het verwijt gemaakt een bedenkelijke rol te hebben gespeeld bij de totstandkoming van de brief van 7 april 2020 van de managers in het team van [K]. De opstelling die [verzoeker] vervolgens in juni 2020 koos in het kader van (de verspreiding van) het rapport van [onderzoeker 1] heeft tot een verdere escalatie geleid, met name vanwege de externe melding die [verzoeker] daarvan aan het Ministerie van Financiën heeft gedaan. Bij zijn beroep op een *no surprises*-overeenkomst met de toezichthouders en de 'voorgescreven escalatieladder' miskent [verzoeker] niet alleen de positie van [verweerder sub 2] als *single point of contact* voor de betreffende financiële instellingen, maar tevens dat het in de gegeven constellatie uitermate gevoelig lag om zich, bij zijn streven om het [onderzoeker 1]-rapport onder de directieleden te doen verspreiden, te wenden tot het Ministerie van Financiën en JST. Dat hem geen andere weg restte, heeft [verzoeker] niet aannemelijk gemaakt, en dat [I] en [B] erop uit waren om het rapport – in het persoonlijke belang van [I] en [J] – in de doofpot te stoppen is niet gebleken. Als opdrachtgevers van het onderzoek hadden [I] en [B] zich nu eenmaal te beraden over de wijze en het tijdstip waarop het rapport intern zou worden gedeeld, en dat had [verzoeker] af te wachten. Hij wist, en moet er rekening mee hebben gehouden, dat de premature externe melding aan het ministerie tot zijn ondergang als [functie] zou kunnen leiden indien die melding binnen de bank bekend zou worden. Dat dit laatste gebeurde was welhaast onvermijdelijk, nu het vanzelf sprak dat het ministerie zich over de melding zou verstaan met [verweerder sub 2], en deze met de raad van commissarissen. [Verzoeker] heeft zo zijn eigen positie ondergraven. Het verwijt – van 'chantage' – dat hij [verweerder sub 2] maakt, is ongegrond. [E] heeft niet anders gedaan dan [verzoeker] de kans geven zelf aan de raad van commissarissen mededeling te doen van zijn actie richting het ministerie, hetgeen hij voorafgaand aan die melding had moeten doen maar had nagelaten.

## **Geen recht op managementvergoeding c.a. vanaf 1 februari 2021**

### **6.20.**

De overeenkomst van opdracht is door [verweerder sub 1] derhalve rechtsgeldig opgezegd tegen 1 februari 2021, en toen geëindigd. [Verzoeker] kan daarom vanaf 1 februari 2021 geen aanspraak meer maken op de bedongen managementvergoeding c.a. Zijn verzoek om de bank te veroordelen tot betaling ervan over de periode vanaf 1 februari 2021, vermeerderd met verhoging en rente, is daarom niet toewijsbaar. Voor zover de bank over de periode vanaf 1 februari 2021 nog salaris heeft betaald, heeft zij dit onverschuldigd gedaan en rust op [verzoeker] de verplichting tot terugbetaling daarvan. Daartoe zal hij worden veroordeeld, zoals hierna onder 7.4. omschreven.

### **Salarisspecificatie en vakantiesaldo**

### **6.21.**

[Verzoeker] heeft verzocht om [verweerder sub 1] te veroordelen tot het verstrekken van een deugdelijke salarisspecificatie en om aan hem een vergoeding te betalen voor niet-genoten vakantiedagen (per ultimo februari 2021 zou het vakantiesaldo 28,5 dagen hebben bedragen). De bank heeft zich tegen toewijzing van dit deel van het verzoek verweerd door erop te wijzen dat met [verzoeker] geen arbeidsovereenkomst is gesloten. De rechtbank wijst dit deel van het verzoek af, omdat niet is gesteld of gebleken dat [verweerder sub 1] over de periode tot 1 februari 2021 aan [verzoeker] niet de specificaties heeft verstrekt zoals zij gewend was te doen. Wat de aanspraak op vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen betreft stuit dit deel van het verzoek er op af dat in de overeenkomst van opdracht weliswaar een recht op betaalde vakantie is bedongen en daarin voor de verwerving van vakantierechten is verwezen naar de artikelen 7:634 en 7:635 BW, maar dat de overeenkomst geen regeling kent omtrent het recht op een uitkering in geld tot het bedrag van de managementvergoeding over de vakantie waarop bij het einde van de overeenkomst nog aanspraak zou bestaan. Artikel 7:641 BW is niet van overeenkomstige toepassing verklaard en voor de daarin aan werknemers toegekende vergoeding voor niet-genoten vakantie is daarom geen plaats.

### **De (hoogte van de) overeengekomen beëindigingsvergoeding**

### **6.22.**

[Verzoeker] heeft verzocht om toekenning van de contractuele beëindigingsvergoeding, zoals die in artikel 13.1 van de overeenkomst met de bank is geregeld. Dat [verzoeker] recht heeft op de overeengekomen beëindigingsvergoeding, is door [verweerder sub 1] niet betwist. De bank verweert zich tegen toewijzing van dit deel van het verzoek, omdat aan de raad van commissarissen contractueel de discretionaire bevoegdheid zou toekomen om binnen het vastgestelde maximum (van een maandsalaris per gewerkt jaar vanaf de benoeming tot statutair bestuurder en tot ten hoogste de jaarlijkse managementvergoeding) de hoogte van de vergoeding vast te stellen, en dat de raad de vergoeding op nihil mocht stellen, zoals hij heeft gedaan. Voor zover de bank heeft willen betogen dat de rechter deze beslissing van de raad van commissarissen niet mag toetsen, volgt de rechtbank haar in dit standpunt niet. De uitoefening van de bevoegdheid van de raad van commissarissen tot vaststelling van de hoogte van de aan [verzoeker] toekomende vergoeding moet voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 3:13 BW). Dit brengt mee dat in dit geding getoetst moet worden of, in aanmerking nemende de over en weer betrokken belangen, de vergoeding op nihil mocht worden gesteld. Artikel 13.1 bepaalt dat hierbij recht moet worden gedaan aan 'de omstandigheden van het geval, waaronder de verwijtbaarheid van de Bestuurder'. Uit hetgeen hierboven is overwogen over (de mate van) de verwijtbaarheid over en weer, volgt dat [verweerder sub 1] [verzoeker] terecht verwijt door zijn opstelling als [functie] de onderlinge werkrelaties binnen de bank te hebben geschaad. De wijze waarop de raad van commissarissen de bevoegdheid tot vaststelling van de hoogte van de contractuele beëindigingsvergoeding heeft uitgeoefend kan dan ook bovengenoemde redelijkheidstoets doorstaan.

### **De incidentele verzoeken van [verzoeker]**

### **6.23.**

heeft bij incidentele verzoeken van 28 en 30 juni 2021 verzocht om [verweerder sub 1] bij tussenbeschikking te veroordelen om aan hem toegang te verschaffen tot zijn digitale werkomgeving bij de bank, en om afschrift te verstrekken van of inzage te geven in een viertal stukken. [Verweerder sub 1] heeft zich hiertegen verweerd. De rechtbank wijst deze verzoeken af, omdat de aard en inhoud van het geschil, de belangen van partijen en dat van een doelmatige procesvoering niet rechtvaardigen dat de door [verzoeker] verlangde informatie voorafgaand aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil aan hem wordt verstrekt. De zaak brengt dan ook niet mee dat eerst en vooraf op de incidentele verzoeken wordt beslist. Bij toewijzing van zijn incidentele verzoeken heeft [verzoeker] ook geen rechtmatig belang, omdat – ook na de door [verzoeker] gegeven toelichting – niet valt in te zien dat toegang, afschrift of inzage, zoals verzocht, relevant zijn voor diens rechtspositie of voor de beoordeling van de door hem in dit geding ingediende verzoeken. Meer in het bijzonder ten aanzien van het door [verzoeker] verlangde 'Remediation Plan BUA' van de raad van commissarissen van juni 2019 heeft hij niet duidelijk

gemaakt wat de inhoud van dat plan zou kunnen bijdragen aan hetgeen van hem als [functie] van de bank werd verwacht. Verwezen wordt naar wat hierover onder 6.18 is overwogen.

## **Advocaat- en proceskosten**

### **6.24.**

[Verzoeker] verzoekt om veroordeling van [verweerder sub 1] tot betaling van zijn volledige advocaatkosten. Hiervoor beroept hij zich op artikel 7:611 BW (strijd met goed werkgeverschap) en artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Zoals volgt uit hetgeen hierboven is overwogen, bestaat geen grond voor toewijzing van dit deel van het verzoek.

### **6.25.**

[Verzoeker] wordt, als de in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de proceskosten van verweerders. Deze worden, tot deze beschikking, aan de zijde van [verweerder sub 1] begroot op € 10.664,50, bestaande uit € 667,-- aan vastrecht en € 9.997,50 (2½ punten á € 3.999,--) aan salaris advocaat. De door de bank verzochte nakosten (met rente) worden toegewezen, zoals hierna (onder 7.6) omschreven.

### **6.26.**

De proceskosten aan de zijde van [verweerder sub 2] worden begroot op € 8.665,--, bestaande uit € 667,-- aan vastrecht en € 7.998,-- (twee punten á € 3.999,--) aan advocaatkosten.

## **7. De beslissing**

De rechtbank:

### **7.1.**

wijst de verzoeken van [verzoeker] in de hoofdzaak af;

### **7.2.**

wijst de incidentele verzoeken van [verzoeker] af;

### **7.3.**

laat het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van [verweerder sub 1] buiten behandeling;

### **7.4.**

veroordeelt [verzoeker] om binnen acht dagen na betekening van deze beschikking de betalingen die [verweerder sub 1] over de periode vanaf 1 februari 2021 ter voldoening aan het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 juni 2021 met zaaknummer 200.291.565 (met uitzondering van de in het dictum van dat arrest uitgesproken proceskostenveroordeling) aan of ten behoeve van hem heeft gedaan aan de bank terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf de dag waarop elke afzonderlijke betaling plaatsvond tot de voldoening;

### **7.5.**

veroordeelt [verzoeker] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van [verweerder sub 1], tot deze beschikking begroot op € 10.664,50, waarin begrepen € 9.997,50 aan salaris advocaat;

### **7.6.**

veroordeelt [verzoeker], onder de voorwaarde dat hij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [verweerder sub 1] volledig aan het onder 7.4. en 7.5. bepaalde voldoet, in de na deze beschikking ontstane kosten, begroot op € 163,-- aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente hierover met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving tot de voldoening, te vermeerderen met € 85,-- indien betekening van deze beschikking heeft plaatsgevonden, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na betekening tot de voldoening;

### **7.7.**

wijst het meer of anders door [verweerder sub 1] verzochte af;

### **7.8.**

veroordeelt [verzoeker] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van [verweerder sub 2], tot deze beschikking begroot op € 8.665,--, waarin begrepen € 7.998,-- aan salaris advocaat;

### **7.9.**

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.



Deze beschikking is gegeven door mr. H.A.M. Pinckaers, rechter, en is in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 5 augustus 2021.