

€ 10.000,-, zonder dat al sprake was van een arbeidsovereenkomst waarmee [gedaagde01] zekerheid had dat hij deze opleidingskosten binnen een redelijke termijn van zijn loon zou kunnen terugbetalen. Dit klemte temeer nu Olympia [gedaagde01] na het afronden van de opleiding een uitzendovereenkomst voor slechts 8 uur per week heeft aangeboden, met een basisloon van € 13,13 (en in de tweede overeenkomst € 13,33) bruto per uur. Dit komt erop neer dat als [gedaagde01] daadwerkelijk maar 8 uur per week zou zijn ingezet, hij pas na bijna 8 jaar werken het bedrag van € 10.000,- (bruto) zou hebben verdiend. Het lag op de weg van Olympia om [gedaagde01] duidelijk te wijzen op het risico dat hij liep. Een mondelinge toelichting, zoals Olympia stelt dat zij die heeft gegeven, is daarvoor niet genoeg. In gevallen als deze is schriftelijke voorlichting de aangewezen manier om aan deze informatieverplichting te voldoen. Olympia had de consequenties dus duidelijk voor [gedaagde01] op papier moeten zetten, bij voorkeur voorzien van rekenvoorbeelden. Dat zij dat niet heeft gedaan, betekent dat zij niet heeft voldaan aan haar verplichting om [gedaagde01] op de (grote) financiële risico's die hij liep te wijzen.

4.6. Omdat Olympia hoe dan ook geen geslaagd beroep op de terugbetalingsverplichting uit de opleidingsovereenkomst kan doen, is niet meer relevant waarom en op wiens initiatief de uitzendovereenkomst is geëindigd.

Nevenvorderingen

4.7. Omdat de hoofdvordering van Olympia wordt afgewezen, zijn ook de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten en wettelijke rente niet toewijsbaar.

Proceskosten

4.8. Olympia krijgt ongelijk en moet daarom de proceskosten betalen. De kantonrechter stelt deze kosten aan de kant van [gedaagde01] tot vandaag vast op € 622,- aan salaris voor de gemachtigde (2 punten × € 311,- tarief). De kosten van de verzetdagvaarding blijven voor rekening van [gedaagde01]. Het salaris moet rechtstreeks aan de gemachtigde van [gedaagde01] worden betaald. Voor kosten die [gedaagde01] maakt na deze uitspraak moet Olympia een bedrag betalen van € 124,-. Hier kan nog een bedrag bijkomen voor de betekening van de uitspraak. In dit vonnis

heeft hierover geen aparte beslissing te worden genomen (ECLI:NL:HR:2022:853).

Uitvoerbaarheid bij voorraad

4.9. De proceskostenveroordeling wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. vernietigt het op 10 mei 2022 tussen partijen gewezen verstekvonnis met zaaknummer 9833725 CV EXPL 22-12684;

5.2. wijst de vordering af;

5.3. veroordeelt Olympia in de proceskosten, aan de kant van [gedaagde01] tot vandaag vastgesteld op € 622,- aan salaris voor de gemachtigde, welk bedrag rechtstreeks aan die gemachtigde dient te worden voldaan;

5.4. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

47

Wedertewerkstelling en rectificatie van vermeend statutair bestuurder

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
19 december 2022, nr. C/13/726544/KG ZA
22-1028, ECLI:NL:RBAMS:2022:7635

(mr. Konings)

Noot mr. H.A. Hoving, mr. B.M.C. Stenden

Benoeming statutair bestuurder. Schorsing niet proportioneel. Wedertewerkstelling. Rectificatie.

[BW art. 2:242, 2:244]

De werknemer is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als CEO bij de werkgever gestart. In oktober en november 2022 krijgen de werkgever en de werknemer een discussie naar aanleiding van onregelmatigheden bij interne bestuursverkiezingen. De werkgever en de werknemer zijn het oneens over de communicatie die de werknemer met collega's hierover zou hebben gevoerd. De werkgever laat hiernaar onderzoek verrichten, waarin de werknemer ook wordt gehoord. Hierna vindt op 2 december 2022 een algemene aandeelhoudersvergadering plaats.

dersvergadering plaats waarbij de werknemster als statutair bestuurder wordt ontslagen en geschorst gedurende de opzegtermijn van haar arbeidsovereenkomst. Op dezelfde dag wordt een bericht geplaatst op de website van de werkgever en een mailing aan de leden gestuurd, waarin wordt geschreven over het onderzoek naar de ongeregelde heden bij de bestuursverkiezingen en het vervangen van de CEO. De werknemster komt in kort geding op tegen de schorsing en vordert wedertewerkstelling. Daarnaast vordert zij rectificatie van de door de werkgever verstrekte berichten.

De voorzieningenrechter stelt de werknemster in het gelijk. Het is voldoende aannemelijk dat de werknemster niet als statutair bestuurder is benoemd. De arbeidsovereenkomst zelf biedt daarvoor geen aanknopingspunten, noch is gebleken dat hierover bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst is gesproken. Dat de werknemster als CEO is aangesteld, betekent nog niet dat zij ook als statutair bestuurder is benoemd. Bovendien is onduidelijk wanneer en bij welke gelegenheid het benoemingsbesluit is genomen waarop de werkgever zich beroept. Ook is niet gebleken dat de werknemster de benoeming als statutair bestuurder heeft aanvaard. Daarvoor is onvoldoende dat zij het inschrijvingsformulier voor de Kamer van Koophandel heeft ondertekend. Uit de wijze waarop zij haar werkzaamheden heeft uitgeoefend in de korte tijd dat zij in dienst was, blijkt evenmin dat de werknemster de benoeming heeft aanvaard. Dit betekent dat de opzegging voorshands niet rechtsgeldig is en de schorsing niet proportioneel. Er is niet gebleken van gedragingen door de werknemster die de opgelegde schorsing rechtvaardigen. De wedertewerkstelling wordt dan ook toegewezen, alsook een deel van de gevorderde rectificatie.

NB. In deze zaak onderzoekt de rechter aan de hand van de afspraken maar ook de feitelijke gang van zaken vanaf de onderhandelingen over de arbeidsovereenkomst of hier sprake is geweest van benoeming als statutair bestuurder en of deze benoeming ook als zodanig is aanvaard. Deze benadering is in lijn met overige rechtspraak, zie bijvoorbeeld ktr. Arnhem 19 mei 2020, «JAR» 2020/231, m.nt. Wiersma. In deze zaak lijkt de werknemer mogelijk wel profijt te hebben gehad van het feit dat zij zo kort heeft gewerkt en zich

dus ook niet als bestuurder heeft kunnen of moeten profileren.

[Eiseres] te [woonplaats], eiseres bij dagvaarding op verkorte termijn van 9 december 2022, advocaten mr. A.M. de Jong en mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam, tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde 1] B.V.,
2. de vereniging [gedaagde 2], beide gevestigd te [vestigingsplaats], gedaagden, advocaat mr. J. van Hulst te Amsterdam.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. [eiseres] heeft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten met [gedaagde 1] B.V., ingaande 1 september 2022. Zij is vanaf genoemde datum werkzaam in Amsterdam als CEO voor [gedaagde 1] B.V. In Appendix 1 behorend bij de schriftelijke arbeidsovereenkomst staat: 'The CEO reports directly to the [gedaagden] President and is working in consensus with the strategy of the President'.

2.2. In de periode van 12 tot en met 25 oktober 2022 vonden interne bestuursverkiezingen plaats binnen [gedaagde 2]. De organisatie van die verkiezingen waren uitbesteed aan een externe organisatie, genaamd Civica.

2.3. Omdat er informatie was dat de CFO van [gedaagden] ([naam 3], hierna ook [naam 3] genoemd) tussentijdse stemtotaal zou hebben gelekt, heeft de president van de Vereniging, [naam 1], [eiseres] op 8 november 2022 telefonisch verzocht om te onderzoeken of er personen waren die toegang hadden tot de tussentijdse stemtotaal.

2.4. [eiseres] heeft die zelfde dag via Teams een bericht gestuurd aan een teamlid, [naam 4], dat luidt:

'Hi [naam 4] had a question from a member as to whether anyone at [gedaagden] had access to the Civica platform to see election results during the 2 week election period? My understanding is that no one from [gedaagden] is allowed to have access and we only get the results right at the end once the election has closed. Is this correct?' In antwoord heeft

het teamlid aan [eiseres] laten weten dat niemand binnen [gedaagden] toegang had tot de *sharepoint* omgeving van Civica om gegevens te uploaden. Wel kreeg hij tussentijds per email het totaal aantal uitgebrachte stemmen door, zonder details per kandidaat.

2.5. [eiseres] heeft daarna Civica gevraagd om te bevestigen dat niemand toegang had tot de uitslagen gedurende het stemproces.

2.6. [eiseres] heeft ten slotte telefonisch contact opgenomen met de CFO van [gedaagde 1] B.V., [naam 3]. [eiseres] en [naam 3] hebben een verschillende lezing van de inhoud van dit telefoongesprek. Volgens [eiseres] heeft zij [naam 3] hetzelfde gevraagd als [naam 4], heeft [naam 3] geïnformeerd welk lid de vraag had gesteld, waarop [eiseres] heeft laten weten dat ze daar geen antwoord op kon geven. Volgens [naam 3] heeft [eiseres] tegen haar gezegd dat er beschuldigingen tegen haar ([naam 3]) waren over het tussentijds doorgeven van de stemuitslagen.

2.7. [eiseres] heeft vervolgens op 9 november 2022 aan [naam 1] per WhatsApp-bericht gemeld:

'I have got confirmation from both [naam 3] and [naam 4] that neither had access to the CIVICA voting platform. So it will have been impossible for them to know how many votes each candidate was getting as the results came in. Results were only shared at the end of the election. (...) Civica will send a written email to confirm this which you can share with [naam 5] I wonder if people have an ulterior motive and are trying to damage [naam 3]'s reputation? Is [naam 5] showing signs of being a poor loser? I trust [naam 3] 100%. She may have her flaws but she is highly robust and a rule follower.'

2.8. [naam 1] heeft gereageerd met:

'I have no idea. I'm thrilled to hear though that they didn't have access! Such a relief.'

2.9. Een half uur later berichtte [naam 1] [eiseres] via WhatsApp dat ze van [naam 3] had vernomen dat [eiseres] haar had verteld dat ze beschuldigingen over haar had ontvangen, met betrekking tot het tussentijds doorgeven van de voortgang van de verkiezingen. [naam 1] vond dat [eiseres] daarmee in strijd met haar instructies had gehandeld en de vertrouwelijkheid had geschonden. [naam 1] en [eiseres] hebben nog enige tijd berichten gewisseld over wat er precies zou zijn afgesproken en gezegd.

2.10. Op 25 november 2022 ontving [eiseres] een e-mail van [naam 1], met een uitnodiging van het Election Committee voor een hoorzitting op 28 november 2022. In de mail zat als bijlage een onderzoeksrapport van het Election Committee met voorlopige conclusies over het handelen van [eiseres].

2.11. [eiseres] heeft per email van 30 november 2022 in een 'written statement' haar visie op de gebeurtenissen gegeven en de lezing die [naam 1] en [naam 3] gaven van de met hen gevoerde telefoongesprekken betwist.

2.12. Voor de aandeelhoudersvergadering van 2 december 2022 is het ontslag van [eiseres] en [naam 3] als statutair bestuurders van [gedaagde 1] B.V. en van [gedaagde 2] en de schorsing van [eiseres] gedurende de opzegtermijn geaangeerd. De aandeelhoudersvergadering heeft conform het voorstel beslist. Het ontslagbesluit is diezelfde dag aan [eiseres] verstuurd.

2.13. [gedaagden] heeft op 2 december 2022 op haar website een bericht geplaatst en aan haar leden een mailing verstuurd, waarin over het onderzoek naar de ongeregelheden bij de verkiezingen en het vervangen van de CEO werd geschreven.

3. Het geschil

3.1. [eiseres] vordert na wijziging van eis het volgende:

I. [gedaagde 1] B.V. te veroordelen [eiseres] binnen 24 uur na betekening van dit vonnis, zonder beperkingen toe te laten tot en tewerk te stellen in de overeengekomen werkzaamheden op de wijze waarop [eiseres] die tot de schorsing uitvoerde, inclusief alle daarbij behorende bevoegdheden, en [eiseres] daarbij toegang tot, of de beschikking te geven over alle daarvoor benodigde ruimtes, apparatuur, systemen en informatie, onder verbeurte van een dwangsom van € 4.500,- per dag, of per deel van een dag dat [gedaagde 1] B.V. in gebreke blijft hieraan te voldoen, met een maximum van € 100.000,-;

II. [gedaagde 1] B.V. te veroordelen tot doorbetaling aan [eiseres] van haar salaris van € [bedrag salaris eiseres] netto per maand, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, inclusief betaling en/of verstrekking van alle daarbij behorende arbeidsvoorwaarden, tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd;

III. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hoofdelijk te bevelen de navolgende rectificatie te plaatsen onmiddellijk, althans binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis:

Rectification ordered by the preliminary relief judge In various publications, i.a. published on 2 and 6 december 2022, [gedaagde 1] B.V. and the [gedaagden] Association (“[gedaagden]”) have alleged that [eiseres] contributed to election fraud within the organisation, and that she also committed serious misconduct during the following internal investigation. In addition, [gedaagden] suggested that [eiseres] conduct was so serious that it justified her prompt dismissal. These allegations against [eiseres] found no support in the facts whatsoever. The preliminary relief judge in the Amsterdam District Court thus ruled that these publications were unlawful towards [eiseres], and should be rectified immediately by [gedaagden].

a. in eenzelfde mailing aan de leden en relaties van [gedaagden] als waarmee de gewraakte berichten van 2 en 6 december zijn verstuurd, met als onderwerpregel: “*Rectification ordered by the preliminary relief judge*”, bovenaan in de mailing, op duidelijk leesbare wijze;

b. gedurende een periode van twee weken op de website, Facebook, Twitter en LinkedIn pagina's van [gedaagden] en de LinkedIn-pagina van haar president [naam 1];

c. een en ander in de gangbare huisstijl opemaakt, zwarte letters op een witte ondergrond, zonder enig commentaar in welke vorm dan ook waardoor de rectificatie op enige wijze wordt ontkracht en, voor zover een afbeelding wordt opgenomen, een neutrale stockfoto van een rechtershamer.

IV. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] te bevelen met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis de in de dagvaarding omschreven publicaties van haar website, Facebook, Twitter en LinkedIn en andere voor het publiek al dan niet betaald toegankelijk (digitaal) medium te (doen) verwijderen en verwijderd te (doen) houden;

V. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] te gebieden met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis zich te onthouden van iedere uiting waarin [eiseres] in verband wordt gebracht met verkiezingsfraude of een andere misstand rond de verkiezingen en/of het daaropvolgende onderzoek;

VI. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] te bevelen op het eerste schriftelijke verzoek van [eiseres] of haar advocaten media die in welk medium dan

ook refereren aan de publicaties van [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] en de beschuldigingen overnemen een kennisgeving te sturen met de op haar website opgenomen rectificatie, met overlegging van afschriften van deze kennisgeving aan de advocaten van [eiseres];

VII. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] te bevelen LinkedIn, Twitter, Facebook, Google, Bing en andere relevante zoekmachines met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis op deugdelijke wijze te verzoeken om de cache van de zoekmachine met betrekking tot de publicaties bedoeld in deze dagvaarding te verwijderen en verwijderd te houden alsmede deze zoekmachines te verzoeken links naar de publicaties uit haar index te verwijderen, zodat de publicaties niet meer vindbaar zullen zijn via de zoekmachine, met overlegging van afschriften van deze verzoeken aan de advocaten van [eiseres];

VIII. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hoofdelijk te veroordelen om in geval van overtreding van één of meer van de hiervoor onder III t/m VII genoemde bevelen en geboden aan [eiseres] een onmiddellijk opeisbare dwangsom te betalen van € 15.000,- per overtreding, te vermeerderen met een dwangsom van € 2.000,- per dag of dagdeel dat de overtreding voortduurt, met een maximum van € 250.000,-;

IX. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten.

3.2. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hebben verweer gevoerd.

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

4. De beoordeling

De schorsing

4.1. [gedaagden] heeft ter zitting verduidelijkt dat het ontslag van [eiseres] per 1 mei 2023 ingaat en dat zij tot die datum wordt doorbetaald. Wel is zij tot die tijd geschorst en heeft zij geen toegang meer tot haar werkzaamheden. [eiseres] stelt dat voor de schorsing geen grond bestaat. Zij wil in staat worden gesteld haar werkzaamheden te hervatten. Voor de beoordeling van haar rechtspositie is van belang of [eiseres] als statutair bestuurder is aangesteld – zoals [gedaagden] heeft aangevoerd – dan wel uitsluitend als titulair bestuurder, zoals [eiseres] zelf heeft aangevoerd.

Voor de rechtspositie als statutair bestuurder gelden de regels van het vennootschapsrecht.

Statutair bestuurder?

4.2. In dit kort geding is voldoende aannemelijk geworden dat de bodemrechter zal oordelen dat [eiseres] niet als statutair bestuurder is aangesteld. Allereerst biedt de schriftelijke arbeidsovereenkomst van [eiseres] daarvoor geen aanknopingspunten. Dat zij als 'CEO' is aangesteld houdt niet per definitie in dat zij ook statutair bestuurder is. Gesteld noch gebleken is dat tijdens de onderhandelingen over de arbeidsovereenkomst met [eiseres] het onderwerp statutair bestuurderschap expliciet aan de orde is gekomen. Aangezien [eiseres] niet de Nederlandse nationaliteit heeft, had haar moeten worden uitgelegd wat dit voor verschil maakt voor zowel de arbeidsrechtelijke positie als de aansprakelijkheid. [eiseres] heeft erop gewezen dat zij in dat geval ook over bijvoorbeeld een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering zou hebben gesproken, waarvan zij nu niet weet of die is afgesloten. Het benoemingsbesluit waarop [gedaagde 1] B.V. zich heeft beroepen in dit kort geding roept bovendien – zo heeft [eiseres] terecht aangevoerd – de nodige vragen op. Onduidelijk is wanneer en bij welke gelegenheid dit besluit is genomen. De verschillende data waarop de (elektronische) handtekeningen onder het schriftelijke besluit zijn gezet liggen allen in oktober en november 2022, en zijn dus van na de indiensttreding van [eiseres]. De laatste handtekening is geplaatst op 9 november 2022.

4.3. Evenmin staat voldoende vast dat [eiseres] het benoemingsbesluit heeft aanvaard. Gesteld noch gebleken is dat dit besluit aan haar is toegestuurd of op andere wijze onder haar aandacht is gebracht. Het wijzigingsformulier voor de Kamer van Koophandel, waarmee op 8 november 2022 is opgegeven dat [eiseres] bestuurder is van [gedaagde 1] B.V. en dat door [eiseres] is ondertekend, vormt hiervoor onvoldoende bewijs. Het formulier is zonder enige toelichting ter ondertekening aan [eiseres] toegestuurd. [eiseres] verkeerde – zo stelt zij – in de veronderstelling dat de inschrijving te maken had met haar werkvisum. Dat [eiseres] zich op 29 november 2022 weer bij de Kamer van Koophandel heeft uitgeschreven kan niet zo worden uitgelegd dat zij voordien haar benoeming als statutair bestuurder als zodanig had aanvaard. Zij was het er niet mee eens dat zij als statutair bestuurder bij de Kamer van Koop-

handel stond ingeschreven en wilde dit ongedaan maken toen zij daar achter kwam. De uitschrijving heeft zij via een daartoe verplichte standaardbrief gedaan.

4.4. De wijze waarop [eiseres] haar functie heeft uitgeoefend in de korte tijd dat zij nog maar in dienst was, wijst vooralsnog niet op een aanvaarding van haar benoeming als statutair bestuurder. Hetzelfde geldt voor het feit dat zij binnen [gedaagde 1] B.V. als 'hoogste leidinggevende' werd aangemerkt en ten behoeve van de accountant een *letter of representation* heeft ondertekend.

De wedertewerkstelling

4.5. Uit het voorgaande volgt dat de vordering die ziet op wedertewerkstelling (vordering I) op grond van de regels van het (Nederlandse) arbeidsrecht moet worden beoordeeld. Die vordering zal worden toegewezen. Redengevend hiervoor is dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst met [eiseres] niet voldoet aan de daarvoor geldende regels en de schorsing voorshands niet proportioneel wordt geacht. [eiseres] heeft in opdracht van [naam 1] onderzoek verricht naar de vraag of medewerkers van [gedaagde 1] B.V. toegang hadden tot de tussentijdse resultaten van de verkiezingen. Zij diende hierbij de nodige vertrouwelijkheid te betrachten. [eiseres] heeft vervolgens met twee personen contact opgenomen, onder wie [naam 3], die binnen [gedaagden] verantwoordelijk was voor het uitvoeren van de verkiezingen. Naar eigen zeggen van [eiseres] heeft zij toen alleen gevraagd of zij zelf of andere personen binnen [gedaagden] toegang hadden tot de tussentijdse uitslagen van de verkiezingen. Toen [eiseres] [naam 1] berichtte over de informatie die zij van de door haar geraadpleegde [naam 3] en het teamlid had verkregen, reageerde die aanvankelijk opgelucht. Pas toen [naam 3] later aan [naam 1] liet weten dat [eiseres] haar had beschuldigd, heeft [naam 1] [eiseres] verweten dat zij in strijd met gegeven instructies had gehandeld en de afgesproken geheimhouding zou hebben overtreden. De basis van de verwijten van [gedaagden] aan [eiseres] is gelegen in twee telefoongesprekken (een tussen [naam 1] en [eiseres] en een tussen [eiseres] en [naam 3]). In dit kort geding kan niet worden vastgesteld dat die gesprekken zijn verlopen op de wijze zoals [gedaagden] thans stelt. Met name is niet duidelijk waarom [gedaagden] wel waarde hecht aan de verklaring van [naam 3] (die nota bene veel directer bij de onregelmatigheden tijdens de verkiezingen was betrokken dan [eise-

res], omdat – zo is later gebleken – [naam 3] inderdaad gedurende de verkiezingen tussenstanden met derden heeft gedeeld) en niet aan de verklaring van [eiseres] (die slechts onderzoek heeft gedaan naar mogelijke fraude). Tegen deze achtergrond kan niet met voldoende zekerheid worden gesteld dat [eiseres] onwaarheden of wisselende verhalen heeft verteld aan [naam 1] over haar telefoongesprek met [naam 3]. Dat [eiseres] het onderzoek naar de verkiezingsfraude heeft beïnvloed of gefrustreerd, is bovendien niet gebleken. Ten slotte heeft [gedaagden] de gestelde en door [eiseres] uitdrukkelijk betwiste onherstelbare vertrouwensbreuk – mede in het licht van het voorgaande – onvoldoende onderbouwd.

4.6. Vanwege de aankomende kerstvakantie wordt het opportuun geacht de wedertewerkstelling toe te wijzen met ingang van maandag 2 januari 2023. Dit geeft beide partijen tevens de ruimte zich hierop voor te bereiden. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

Doorbetaling loon

4.7. Vordering II betreft doorbetaling van het salaris. [gedaagde 1] B.V. heeft verklaard het salaris in ieder geval nog tijdens de door haar gehanteerde opzegtermijn (dus tot 1 mei 2023) door te betalen. Zij zal dat ook daarna moeten doen, indien de arbeidsovereenkomst niet voordien op rechtsgeldige wijze zal zijn geëindigd. Ook deze vordering zal worden toegewezen.

De rectificatie

4.8. Over de overige vorderingen tot rectificatie, het verwijderen van berichten en het niet meer doen van uitlatingen etc. wordt allereerst vastgesteld om welke berichten het gaat.

(1) Een bericht van 2 december 2022 op de website van [gedaagden]. Daarin wordt over de fraude gesproken en dat “*the investigation has identified serious misconduct on the part of members of [gedaagden] staff during the course of the most recent election cycle, as well as during the subsequent investigation. As a result, two members of staff have had their employment terminated. (...)*”

De naam van [eiseres] (en ook die van [naam 3]) wordt hierin niet genoemd. Wel is vermeld dat er met onmiddellijke ingang een interim CEO is benoemd.

(2) Ook is op 2 december 2022 een mailing verstuurd naar alle leden van de [gedaagde 2] met

daarin een min of meer vergelijkbare passage. In die mailing is daaraan toegevoegd: *[naam 6] will return to [gedaagden] as interim CEO, effective immediately.*

(3) Op 6 december 2022 is op het Twitter-account van [gedaagde 2] (met 20.800 volgers) een bericht geplaatst dat de verkiezingen zijn beïnvloed en dat er nieuwe verkiezingen aankomen.

(4) Op 6 december 2022 is op de Facebookpagina van [gedaagden] (11.000 volgers) een min of meer vergelijkbaar bericht geplaatst.

(5) Op 6 december 2022 is op het LinkedIn-account van [naam 1] een bericht geplaatst dat vergelijkbaar is met het bericht dat op 2 december 2022 op de website van [gedaagden] is geplaatst (zie hiervoor).

De hiervoor genoemde berichten zijn opgepikt in de media. Zo is op 2 december 2022 op [webadres] een bericht verschenen over ‘*serious misconduct*’ bij de verkiezingen bij [gedaagden] en het ontslag van twee stafleden. In dit bericht wordt de naam van [eiseres] genoemd.

4.9. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] kunnen er niet toe worden veroordeeld het bericht genoemd onder (5), dat is geplaatst op het LinkedIn-account van [naam 1], te verwijderen of te rectificeren. Zij gaan daar immers niet over. Verwijdering of rectificatie van de berichten onder (3) en (4) is evenmin aan de orde omdat daarin enkel wordt gesproken over *interference* in de verkiezingen en over nieuwe verkiezingen. Er wordt geen link gelegd met het ontslag van stafleden, laat staan dat [eiseres] bij naam wordt genoemd. [gedaagden] moet aan de buitenwereld kunnen communiceren dat de verkiezingen ongeldig zijn verklaard en dat er nieuwe verkiezingen komen. Een verbod hier toe zou een ongerechtvaardigde beperking inhouden van haar vrijheid van meningsuiting.

4.10. Met de berichten onder (1) en (2) heeft [gedaagden] voorshands wel de grenzen van het toelaatbare overschreden. De gemiddelde (in [gedaagden] geïnteresseerde) lezer van die berichten zal [eiseres] in verband brengen met *serious misconduct* en met verkiezingsfraude. De nuance dat [eiseres] niets had te maken met die fraude en mogelijk enkel in het onderzoek daarnaar een steek heeft laten vallen ontbreekt in de berichten. Dit is schadelijk voor de goede naam en de reputatie van [eiseres]. Dat haar naam in de berichten niet wordt genoemd maakt dit niet anders. Door de mededeling dat een nieuwe interim-CEO is

aangesteld, is immers wel duidelijk dat [eiseres] een van de twee ontslagen stafleden is.

4.11. Vordering III tot rectificatie kan dus alleen worden toegewezen met betrekking tot de berichten onder (1) en (2), en wordt beperkt tot rectificatie via de desbetreffende kanalen (website van [gedaagden] en de mailing naar haar leden). De tekst van de rectificatie zal door de voorzieningenrechter worden aangepast. Vordering IV tot verwijdering is alleen toewijsbaar met betrekking tot het bericht onder (1). Een mailing naar leden kan niet worden 'verwijderd'. Vordering V (het niet doen van bepaalde uitingen) is alleen toewijsbaar voor zover [eiseres] direct in verband wordt gebracht met verkiezingsfraude. Vordering VI is alleen toewijsbaar ten aanzien van [webadres], omdat voorshands niet is gebleken dat andere media aandacht hebben besteed aan de kwestie rondom [eiseres]. Vordering VII is niet toewijsbaar; in dit verband is onvoldoende gespecificeerd dat en waar berichtgeving over [eiseres] op het internet op tal van plaatsen is te vinden.

4.12. Het spoedeisend belang van [eiseres] bij toewijzing van de vorderingen volgt uit de aard van die vorderingen. Dat de vordering tot doorbetaling van het loon niet spoedeisend zou zijn, zoals [gedaagde 1] B.V. heeft aangevoerd, staat aan toewijzing van die vordering niet in de weg. Het betreft hier een nevenvordering die uit efficiëncyoverwegingen kan worden toegewezen nu toewijzing van de hoofdvorderingen spoedeisend is.

4.13. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als volgt.

4.14. [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiseres] worden begroot op:

- dagvaarding € 125,03
 - griffierecht 314,00
 - salaris advocaat 1.016,00
- Totaal € 1.455,03

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt [gedaagde 1] B.V. [eiseres] met ingang van maandag 2 januari 2023 zonder beperkingen toe te laten tot en tewerk te stellen in de overeengekomen werkzaamheden op de wijze waarop [eiseres] die tot de schorsing uitvoerde, inclusief alle daarbij behorende bevoegdheden, en [eiseres] daarbij toegang tot, of de beschikking te geven over alle daarvoor benodigde ruimtes, ap-

paratuur, systemen en informatie, onder verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- per dag, of per deel van een dag dat [gedaagde 1] B.V. in gebreke blijft hieraan te voldoen, met een maximum van € 100.000,-,

5.2. veroordeelt [gedaagde 1] B.V. tot doorbetaling aan [eiseres] van haar salaris van € [bedrag salaris eiseres] netto per maand, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, inclusief betaling en/of verstrekking van alle daarbij behorende arbeidsvoorwaarden, tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig is geëindigd;

5.3. veroordeelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] tot het plaatsten op haar website van de volgende tekst en tot het versturen van die tekst naar alle leden die de mailing van 2 december 2022 (genoemd onder r.o. 4.8 onder 2) hebben ontvangen binnen vier werkdagen na betekening van dit vonnis:

Rectification ordered by the preliminary relief judge
In a message on the website of [gedaagden] published on 2 december 2022 and in a mailing to the members of the same date, [gedaagde 1] B.V. and the [gedaagden] Association ("[gedaagden]") have alleged that CEO [eiseres] contributed to election fraud within the organisation, and that she also committed serious misconduct during the following internal investigation. In addition, [gedaagden] suggested that [eiseres] conduct was so serious that it justified her prompt dismissal. These allegations against [eiseres] found no support in the facts whatsoever. The preliminary relief judge in the Amsterdam District Court thus ruled that these publications were unlawful towards [eiseres], and should be rectified immediately by [gedaagden].

waarbij bij de mailing de volgende onderwerpregel dient te staan:

"Rectification ordered by the preliminary relief judge", bovenaan in de mailing, op duidelijk leesbare wijze;

waarbij de tekst op de website gedurende een periode van twee weken dient te blijven staan;

waarbij zowel bij de mailing als op de website de tekst in de gangbare huisstijl wordt opgemaakt, met zwarte letters op een witte ondergrond, zonder enig commentaar in welke vorm dan ook waardoor de rectificatie op enige wijze wordt ontkracht,

5.4. beveelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] om binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis het bericht op haar website (genoemd on-

der r.o. 4.8 onder 1) te verwijderen en verwijderd te houden,

5.5. beveelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] om met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis zich te onthouden van iedere uiting waarin [eiseres] direct in verband wordt gebracht met verkiezingsfraude,

5.6. beveelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] aan [http:// \[webadres\]](http://[webadres]) / een kennisgeving te sturen met de op haar website opgenomen rectificatie, met overlegging van afschriften van deze kennisgeving aan de advocaten van [eiseres];

5.7. veroordeelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hoofdelijk om aan [eiseres] een dwangsom te betalen van € 1.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de in 5.3 tot en met 5.6 uitgesproken veroordelingen voldoen, tot een maximum van in totaal € 100.000,00 is bereikt,

5.8. veroordeelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van [eiseres] tot op heden begroot op € 1.455,03, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag met ingang van de veertiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.9. veroordeelt [gedaagde 1] B.V. en [gedaagde 2] hoofdelijk in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van dit vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,00 aan salaris advocaat en de explootkosten van betekening van dit vonnis, en te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.10. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.11. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

In 2021 scheven wij een artikel 'Ontslag van de statutair bestuurder: meer kans op billijke vergoeding bij inbreuk op raadgevende stem en hoerplicht, minder kans op billijke vergoeding door cumulatiegrond' (TRA 2021/23). Kern van dat artikel is dat de toch al beperkte arbeidsrechtelijke bescherming van de statutair bestuurder door invoering van de cumulatiegrond per 1 januari 2020 verder is verslechterd.

Gelet hierop is het van belang of voldaan is aan de eisen die Boek 2 BW stelt aan de eenzijdige benoeming tot statutair bestuurder en vervolgens aan de aanvaarding van de benoeming op grond van het verbintenissenrecht (Boek 6 en 7 BW). In de onderhavige uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat de bodemrechter zal oordelen dat eiseres als statutair bestuurder is aangesteld. De vorderingen van eiseres, waaronder wedertewerkstelling, worden (grotendeels) toegewezen.

Het benoemingsbesluit

Benoeming van de statutair bestuurder van een vennootschap geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting en later door een rechtsgeldig benoemingsbesluit door het daartoe bevoegde orgaan (art. 2:242 lid 1 en 2:272 BW voor de BV). Alleen als de statuten dit voorschrijven is schriftelijkheid een constitutief vereiste (hof Amsterdam 23 oktober 2003, «JAR» 2003/277). De wet schrijft wel voor dat het bestuur van een vennootschap aantekening moet houden van genomen besluiten (art. 2:230 lid 4 BW). Besluitvorming buiten vergadering is mogelijk. Bij de BV moeten alle vergadergerechtigden instemmen met besluitvorming buiten vergadering en moeten de stemmen over de benoeming schriftelijk worden uitgebracht (art. 2:238 lid 1 en 2 BW). Dit kan ook langs elektronische weg. Indien een schriftelijk benoemingsbesluit ontbreekt, kan op basis van de overige feiten, waaronder de gedragingen van de bestuurder, aannemelijk worden gemaakt dat een benoemingsbesluit is genomen. In de onderhavige zaak was sprake van een schriftelijk benoemingsbesluit. De voorzieningenrechter overweegt dat het benoemingsbesluit de nodige vragen oproept, omdat onduidelijk is wanneer en bij welke gelegenheid dit besluit is genomen. De verschillende data waarop de elektronische handtekeningen onder het schriftelijke besluit zijn gezet, liggen alle ná de datum van indiensttreding van eiseres.

Wij vinden deze omstandigheden mager om te concluderen dat voldoende aannemelijk is geworden dat de bodemrechter zal oordelen dat eiseres niet als statutair bestuurder is aangesteld. Het is bij een besluit buiten vergadering niet ongebruikelijk dat de (elektronische) handtekeningen van de aandeelhouders onder het schriftelijke besluit op verschillende data zijn ge-

zet én het benoemingsbesluit ná de datum van indiensttreding is ondertekend. Wij verwijzen naar een uitspraak in kort geding van het hof Amsterdam op 9 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5801. In die zaak dook een ongedateerd benoemingsbesluit vijf maanden na een dispuut opeens op. Deze omstandigheid was onvoldoende om er op voorhand vanuit te gaan dat het benoemingsbesluit niet rechtsgeldig was genomen.

De voorzieningenrechter voert een aantal andere omstandigheden aan bij het oordeel dat geen sprake is van een rechtsgeldig benoemingsbesluit:

- Dat eiseres als ‘CEO’ is aangesteld houdt niet per definitie in dat zij ook statutair bestuurder is.
- Tijdens de onderhandelingen over de arbeidsovereenkomst is het onderwerp statutair bestuurschap niet expliciet aan de orde geweest.
- Omdat eiseres niet de Nederlandse nationaliteit heeft, had haar moeten worden uitgelegd wat de benoeming voor verschil maakt voor zowel de arbeidsrechtelijke positie als de aansprakelijkheid.

Wij zijn het eens dat dit relevante omstandigheden kunnen zijn, echter niet bij het oordeel of er een rechtsgeldig benoemingsbesluit is genomen maar of eiseres het benoemingsbesluit heeft aanvaard. Werkgever en werknemer hebben over en weer een informatie- en mededelingsplicht in de fase van de totstandkoming van hun contractuele verhouding c.q. de arbeidsovereenkomst voor de functie van statutair bestuurder (zie hierna).

Aanvaarding

Aanvaarding van de benoeming kan expliciet of stilzwijgend plaatsvinden. Op basis van de omstandigheden van het geval, waaronder de gedragingen van de bestuurder, kan de aanvaarding van het benoemingsbesluit aannemelijk worden gemaakt. Uit de rechtspraak volgt dat uit een door de vermeend statutair bestuurder ondertekend formulier van de Kamer van Koophandel in combinatie met de ondertekening van een jaarrekening een stilzwijgende aanvaarding kan worden afgeleid (rb. Midden-Nederland 15 juni 2015, «JAR» 2015/182 en rb. Gelderland 19 mei 2020, «JAR» 2020/231, m.nt. Wiersma).

De voorzieningenrechter oordeelt in de onderhavige uitspraak dat de wijze waarop eiseres haar

functie heeft uitgeoefend niet wijst op een aanvaarding van haar benoeming als statutair bestuurder. Gesteld noch gebleken is dat het benoemingsbesluit naar eiseres is gestuurd of op een andere wijze onder haar aandacht is gebracht.

De stelling van werkgever dat de aanvaarding van de benoeming volgt uit het door eiseres ondergetekende wijzigingsformulier dat naar het handelsregister van de Kamer van Koophandel is gestuurd, treft geen doel. De voorzieningenrechter acht dat onvoldoende omdat het formulier zonder enige toelichting ter ondertekening aan eiseres is gestuurd én eiseres gemotiveerd heeft gesteld dat zij in de veronderstelling verkeerde dat de inschrijving te maken had met haar werkvisum.

Conclusie

Het oordeel van de voorzieningenrechter dat er geen sprake is van een geldig benoemingsbesluit is wat ons betreft discutabel.

In het oordeel over de aanvaarding van de benoeming kunnen wij ons (grotendeels) vinden. Met eiseres was niet gesproken over haar statutaire positie en ze was niet geïnformeerd over het benoemingsbesluit. Op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 lid 1 en 7:611 BW) en vanwege de beperkte arbeidsrechtelijke ontslagbescherming (art. 7:671 lid 1 sub e BW) en (verzekering van) het aansprakelijkheidsrisico van de statutair bestuurder rust op de werkgever bij de aanvaarding door de werknemer van het benoemingsbesluit c.q. bij de totstandkoming dubbele rechtsbetrekking een informatieplicht. Deze wordt mede bepaald door de onderzoekspllicht van de beoogd statutair bestuurder. De omvang van deze beide plichten is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarnaast kunnen de gedragingen en uitlatingen van de beoogd statutair bestuurder een rol spelen. Uit de onderhavige uitspraak kan volgens ons niet worden afgeleid dat de informatieplicht altijd inhoudt dat de beoogd statutair bestuurder wordt geïnformeerd over de consequenties van aanvaarding van de benoeming.

mr. H.A. Hoving
advocaat bij Dirkzwager N.V.

mr. B.M.C. Stenden
advocaat bij Dirkzwager N.V.

48

Geen adviesrecht OR omdat de onderneming het gebruikelijke aantrekkingsbeleid volgt

Gerechtshof Amsterdam
 1 september 2022, nr. 200.310.882/01 OK,
 ECLI:NL:GHAMS:2022:2581
 (mr. Wolfs, mr. Meijer, mr. Wessels, mr.
 Aleman MBA, prof. dr. Loonen)
 Noot mr. C. Nekeman

Groepsgewijs werven of inlenen.

[WOR art. 25]

De werkgever exploiteert een online supermarkt. Zeker sinds 2008 wordt het overgrote deel van het werk uitgevoerd door uitzendkrachten. Op dit moment is 90% van de medewerkers uitzendkracht. De betrokken uitzendbureaus sluiten na een tender steeds een tweejarige raamovereenkomst met de werkgever. Tussen februari en april 2022 vond een tenderprocedure plaats. Op 22 april 2022 informeerde de werkgever de voorzitter van de OR over de afronding van de tenderprocedure en het voornemen een aantal raamovereenkomsten aan te gaan met de geselecteerde uitzendbureaus. Op 29 april 2022 schreef de OR aan de bestuurder dat hij hem meermaals had laten weten dat hij bij de tenderprocedure betrokken wilde worden. De OR deed daarbij een beroep op het adviesrecht van art. 25 WOR. Op 18 mei heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de OR en de werkgever. In dat gesprek is de OR medegedeeld dat de raamovereenkomsten waren ondertekend. De OR is daarop een procedure begonnen bij de Ondernemingskamer.

Op grond van art. 25 lid 1 aanhef en onder g WOR heeft de ondernemingsraad adviesrecht bij een besluit tot het groepsgewijze werven of inlenen van arbeidskrachten. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het adviesrecht slechts van toepassing is als het gaat om een afwijking van het voor de onderneming gebruikelijke aantrekkingsbeleid. Deze beperking geldt niet alleen voor het groepsgewijze werven, maar ook op het groepsgewijze inlenen van personeel. Dit blijkt uit de ratio van de bepaling, verwoord in het SER-advies

uit 1975: ‘omdat besluiten tot deze inlening of werving van grote invloed kunnen zijn op de werksituatie van het personeel is overleg met de ondernemingsraad van bijzonder belang’. De werkgever heeft onweersproken aangevoerd dat de gebruikelijke gang van zaken sinds 2008 is dat ongeveer 90% van de arbeid wordt geleverd door uitzendkrachten die worden geworven op basis van telkens tweejarige raamovereenkomsten. Die raamovereenkomsten kennen geen materiële wijzigingen ten opzichte van de vorige, slechts de gebruikelijke prijscorrectie gebaseerd op de huidige arbeidsvoorwaarden. Het sluiten van de raamovereenkomsten via een tender is dus geen afwijking van het gebruikelijke aantrekkingsbeleid. Het besluit valt daarom niet onder het adviesrecht van art. 25 WOR. De ondernemingsraad komt geen adviesrecht toe.

NB. Sub g van art. 25 lid 1 WOR is zoals genoemd in de uitspraak gebaseerd op een SER-advies. Onder ‘inlenen’ en ‘werven’ valt ook, zo vermelden de kamerstukken (Kamerstukken II 1975/76, 13954, nr. 1-3, p. 37) het afsluiten van een overeenkomst op grond waarvan later werknemers worden geworven of ingeleend.

De ondernemingsraad van Albert Heijn E-Commerce te Zaandam, verzoeker, advocaat: mr. L.C.J. Sprengers, kantoorhoudende te Utrecht, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Albert Heijn Online B.V. te Zaandam, verweerster, advocaten: mr. J.M. van Slooten en mr. E.L.H. van der Vos, beiden kantoorhoudende te Amsterdam.

*1. Het verloop van het geding
 (...; red.)*

2. De vaststaande feiten

*2.1. AH eCommerce is een onderdeel van AH Online. AH eCommerce exploiteert een online supermarkt. Vanuit acht locaties in Nederland worden online bestelde boodschappen overgepakt van pallets van leveranciers in kratten die bestemd zijn voor klanten (het overpakken wordt door partijen *fulfilment* genoemd) en vervolgens worden die kratten bij de klanten bezorgd.*