UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid

Beltzer, R.M.; Rietveld, R.D.

DOI

[10.5553/OenF/157012472016024002002](https://doi.org/10.5553/OenF/157012472016024002002)

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

Onderneming en Financiering

License

CC BY-NC

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. M., & Rietveld, R. D. (2016). De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid. *Onderneming en Financiering*, 24(2), 4-20.
<https://doi.org/10.5553/OenF/157012472016024002002>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

WETENSCHAP

De statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid

R.M. Beltzer & R.D. Rietveld

1 Inleiding

De positie van de statutair bestuurder¹ is in het Nederlandse recht een bijzondere, omdat zij dual is: niet alleen is de statutair bestuurder als zodanig benoemd door het tot benoeming bevoegde orgaan (meestal de aandeelhouders), maar indien aan de elementen van art. 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is voldaan (loon, gezag, werk), bestaat evenzeer een arbeidsovereenkomst met de vennootschap. Beide regelsystemen kennen echter hun eigen regels, hetgeen de noodzaak tot juridische afstemming meebrengt. Die noodzaak doet zich in het bijzonder voelen bij ontslag. Voor de werknemer gelden immers juist dan speciale, beschermende regels, waarvan men zich overigens kan afvragen of deze in gelijke zin voor de statutair bestuurder dienen te gelden.² Van enkele onderdelen van het ontslagrecht was (en is) de statutair bestuurder uitgezonderd. Zo is sinds jaar en dag herstel van de arbeidsovereenkomst niet door de rechter uit te spreken, omdat dit de bevoegdheden van het tot ontslag uit de vennootschappelijke band bevoegde orgaan zou doorkruisen.³

Sinds 1 juli 2015 geldt een op grote onderdelen vernieuwd ontslagrecht: de Wet werk en zekerheid (Wwz).⁴ Van meet af aan is die wetgevingsoperatie geen rustig bezit geweest, getuige alleen al de overvloedige aandacht ervoor in de media: het vaste contract zou te vast zijn geworden, de transitievergoeding dient geen nuttig doel en wordt ontgaan en het nieuwe grondenstelsel voor ontslag is te star. Nog geen jaar na inwerkingtreding heeft minister Asscher beloofd de wet te zullen herzien. Bezien wij echter de gevolgen van de Wwz voor de statutair bestuurder,

1 In dit artikel staat de statutair bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap centraal. Het gaat bij het gebruik van de term 'statutair bestuurder' daarom steeds om deze figuren, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld. De bestuurder van een stichting of vereniging valt, als sprake is van een arbeidsovereenkomst, eveneens onder het ontslagrecht. De Wwz heeft geen verandering met zich gebracht, omdat voor deze bestuurders onder oud recht ook een ontslagvergunning was vereist ex art. 6 lid 1 BBA 1945. Om die reden richten wij ons slechts op de bestuurder van de nv of de bv.

2 Het is niet voor niets dat pleidooien zijn gedaan de statutair bestuurder uit het arbeidsovereenkomstenrecht te halen. Zie in het bijzonder J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989. De statutair bestuurder van een beursgenoteerde naamloze vennootschap heeft sinds 1 januari 2013 door wetsduiding (art. 2:132 lid 3 BW) niet langer een arbeidsovereenkomst. Uiteraard ziet onze bijdrage niet op deze bestuurder.

3 Zie art. 2:132 en 2:244 lid 3 BW.

4 Stb. 2014, 216.

dan vallen de wijzigingen ten opzichte van de oude situatie relatief mee. Niettemin bestaan voor de praktijk enkele zaken om rekening mee te houden. De – in onze ogen – belangrijkste punten van aandacht zullen wij hierna behandelen. Uiteraard betreffen deze de ontslagrechtelijke positie van de statutair bestuurder, nu het leeuwendeel van de wet daarop ziet.

2 Wwz: nieuw systeem, verschillen en overeenkomsten met de gewone werknemer

De Wwz brengt op diverse punten eenzelfde verandering met zich voor de gewone werknemer als voor de statutair bestuurder. De eerste is de sinds 1 januari 2015 geldende informatieplicht (inmiddels beter bekend als de aanzegplicht) van art. 7:668 BW. Uiterlijk een maand voor de overeengekomen einddatum van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet de werkgever duidelijk maken of de arbeidsovereenkomst wel of niet wordt voortgezet, en zo ja, onder welke voorwaarden. Wordt deze verplichting niet nagekomen, dan is de werkgever naar rato, maar maximaal één maandsalaris verschuldigd. De wetgever heeft de aanzegverplichting in het leven geroepen om de werknemer meer zekerheid te bieden, als invulling van goed werkgeverschap.⁵ Als pas op de einddatum duidelijk wordt dat het dienstverband eindigt, heeft de werknemer geen kans gehad zich te oriënteren op de arbeidsmarkt en staat daar een boete tegenover. Niet in lijn met de gedachte achter de informatieplicht van de werkgever is dat de verplichting hoe dan ook geldt. Wanneer alsnog een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, zou in theorie een werknemer aanspraak kunnen maken op de boete. Op wie de aanzegplicht rust ten aanzien van een aflopende arbeidsovereenkomst van een bestuurder is niet geheel duidelijk. Art. 7:668 BW spreekt over 'de werkgever'. Onzes inziens moet worden aangesloten bij de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AvA) de bestuurder te benoemen (art. 2:132 en 2:242 BW) en te ontslaan (art. 2:13 en 2:244 BW), zodat de aanzegverplichting eveneens bij de AvA komt te liggen. Wordt de aanzegging direct bij de benoeming gedaan (hetgeen blijkens de wetsgeschiedenis mogelijk is⁶), dan is weliswaar de plicht vervuld, maar moet rekening worden gehouden met het praktische probleem dat de bestuurder uit zal gaan van het einde van de dienstbetrekking. Een verlenging bij goed functioneren kan door een dusdanig tijdige aanzegging in gevaar komen.

Na het einde van de arbeidsovereenkomst geldt een overeengekomen concurrentiebeding niet meer indien de werkgever *ernstig verwijtbaar* heeft gehandeld (art. 7:653 lid 4 BW). Van ernstige verwijtbaarheid kan volgens de wetgever niet snel sprake zijn, het moet volgens minister Asscher een 'muiszengaatje' worden waar alleen doorheen kan worden gekomen als de werkgever het uitzonderlijk bont

5 Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 53. Opmerkelijk is overigens dat de aanzegging al meteen bij aanvang van de arbeidsovereenkomst kan worden gedaan. Van de signaalfunctie blijft dan niet veel over.

6 Zie Rb. Midden-Nederland (ktr.) 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3201 en de daar genoemde verwijzing.

heeft gemaakt. In de tot nu toe voorhanden zijnde rechtspraak wordt relatief vaak een billijke vergoeding toegekend, ook in gevallen waarin men kan twijfelen aan de ernst van de verwijtbaarheid. Peters zet in haar noot bij Rb. Oost-Brabant 1 september 2015⁷ de redenen voor toekenning van de billijke vergoeding uiteen en concludeert, naar onze mening terecht, dat hoewel de vergoeding vaak wordt toegekend, dit in de meeste gevallen na onrechtmatige gedragingen (in strijd met goed werkgeverschap) is. Niettemin zal het concurrentiebeding in de meeste gevallen gewoon overeind blijven. Ook kan de werkgever tegenwoordig nakoming van het beding vorderen nadat hij zelf niet de juiste opzegtermijn heeft gehanteerd. Vóór 1 juli 2015 was dit anders en verviel het beding na elke schadeplichtige opzegging door de werkgever – een onjuiste opzegtermijn leidt steeds tot schadeplichtigheid. De bestuurder wordt ten aanzien van deze nieuwe, werkgeversvriendelijkere, regeling van het concurrentiebeding overigens niet anders behandeld dan de gewone werknemer.

Eveneens nieuw en tevens geldend voor de statutair bestuurder zijn de transitievergoeding en de billijke vergoeding (de laatste: eveneens alleen in geval van *ernstige* verwijtbaarheid). In paragraaf 6 gaan wij hier dieper op in.

In de Wvz krijgt de statutair bestuurder op sommige plaatsen een uitzonderingspositie. Zo kent de ketenregeling van art. 7:668a BW een ruimere afwijkmogelijkheid voor de bestuurder van een rechtspersoon. Op grond van het zevende lid mag van de periode van 24 maanden ten nadele van de bestuurder worden afgeweken. Wanneer het laatst aangegane contract voor bepaalde tijd eindigt, is aanzegging vereist (zie hiervoor), maar hoeft geen sprake te zijn van een redelijke grond. Let wel, van het *aantal* toegestane contracten dat kan worden overeengekomen zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, kan niet worden afgeweken. In de praktijk zal dit ertoe leiden dat met de bestuurder drie overeenkomsten, elk voor de duur van bijvoorbeeld drie jaar, worden afgesproken. Het is ons niet geheel duidelijk waarom de wetgever de statutair bestuurder niet geheel heeft uitgezonderd van de ketenregeling, nu naar eigen zeggen 'bestuurders niet de doelgroep vormen die de ketenregeling beoogt te beschermen'.⁸ Het lijkt ons voor de praktijk bijvoorbeeld wenselijk dat telkens, dus niet in aantal beperkt, een overeenkomst voor een jaar (of een andere termijn) kan worden gesloten.

In de nieuwe bedenktijd van art. 7:670b BW wordt de statutair bestuurder eveneens uitgezonderd. Waar een werknemer het recht heeft zonder opgaaf van redenen zijn instemming met de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen, tot twee of (indien de werkgever de werknemer niet op de twee weken termijn heeft gewezen) zelfs drie weken na het sluiten van deze overeenkomst, heeft de bestuurder dit recht niet 'als herstel van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is'. Zoals bekend is een dergelijk herstel in geval van een statutair bestuurder niet mogelijk (art. 2:134 en 2:244 lid 3 BW). Naast het feit dat de bedenktijd in het leven is geroepen om onvoldoende bewust gegeven instem-

7 S.S.M. Peters, Annotaties AR 2015-0865, 15 maart 2016. In te zien via <www.ar-updates.nl> (gratis toegang op universiteiten).

8 Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 4.

ming met het ontslag terug te kunnen draaien en een bestuurder zich daarvan minder snel niet bewust zal zijn dan een gewone werknemer, is door de regering overwogen dat een ontslag van de bestuurder beursgevoelige informatie is en bekendmaking van deze informatie niet door een bedenktijd doorloopt mag worden.⁹

Niet anders wordt de preventieve toets, die nog steeds niet voor de statutair bestuurder geldt. Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945) is vervallen, maar daarvoor in de plaats geldt een preventief toezicht door het UWV bij de zogenoemde a- en b-grond van art. 7:669 lid 3 BW, te weten ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of ziekte, en de kantonrechter (voor de bestuurder: de rechtbank) bij de overigens meer in de persoon van de werknemer gelegen gronden – zie art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW. Op grond van art. 7:671 lid 1 sub e BW behoeft voor deze bestuurder geen toestemming bij het UWV te worden gevraagd. Evenmin is ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechtbank nodig. Wel moet voor het ontslag van de bestuurder een redelijke grond bestaan (de eerdergenoemde gronden van art. 7:669 lid 3 sub a t/m h BW) en geldt onzes inziens de nieuwe herplaatsingsverplichting uit lid 1 van hetzelfde artikel. In paragraaf 5 zullen wij uiteenzetten hoe aan het arbeidsrechtelijk ontslag invulling zou moeten worden gegeven. Eén van de kernpunten van de Wvz is immers het gesloten grondenstelsel, dat in plaats van het open systeem is gekomen. Het bestaan van één voldragen grond is voldoende om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, maar de werkgever moet kiezen onder welke grond de ongewenste gedragingen vallen.¹⁰ Het is dus vraag welke grond het meest voor de hand ligt in het geval de bestuurder inmiddels is ontslagen door de AvA. Of aan deze vraag überhaupt kan worden toegekomen, hangt af van mogelijke toepassing van de 15 april-arresten onder de Wvz.

3 Ontslag van de bestuurder – de 15 april-arresten en de uitzondering van de opzegverboden

3.1 De 15 april-arresten

Onder de vigeur van het vóór 1 juli 2015 geldende ontslagrecht gold voor het ontslag van de statutair bestuurder uit de zogenoemde duale of dubbele rechtsbetrekking de leer uit de arresten Eggenhuizen/Unidek en Ciris/Bartelink. Beide arresten staan bekend onder de datum waarop de arresten zijn gewezen: 15 april (2005).¹¹ Met de arresten kwam een einde aan een in de literatuur reeds lang gevoerde discussie over de verwevenheid van de vennootschappelijke band en de arbeidsovereenkomst in geval van ontslag van de bestuurder uit één of beide verhoudingen.¹² Deze duale rechtsbetrekking is in voornoemde arresten deels over-

9 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 17.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 85.

11 HR 15 april 2005, JAR 2005/117 en 153, JOR 2005/153 en 144.

12 Zie over deze discussie uitgebreid J.H. Bennaars, *De bestuurder* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2015, p. 200 e.v., alsmede de daar aangehaalde literatuur.

eind gehouden, maar uitgangspunt is dat met één handeling beide betrekkingen kunnen worden beëindigd.

De centrale vraag was of met het slaken van de vennootschappelijke band tevens een einde kwam aan de arbeidsovereenkomst, of dat daartoe een extra (opzeggings)handeling vereist was. In de 15 april-arresten herhaalde de Hoge Raad eerst zijn oordeel uit het Levison/MAB-arrest:¹³ de gevolgen van het ontslagbesluit voor de arbeidsovereenkomst moeten worden bepaald aan de hand van de inhoud van de arbeidsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde wettelijke bepalingen, tenzij Boek 2 BW zich hiertegen verzet. De Hoge Raad bleek echter niet te vinden dat dit tot gevolg heeft dat de beide relaties als gescheiden moeten worden gezien. Met verwijzing naar de in de conclusie van A-G Timmerman aangehaalde wetsgeschiedenis van art. 2:134 en 2:244 BW oordeelde de Hoge Raad dat deze bepalingen ertoe strekken te bewerkstelligen dat door het ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Het ontslagbesluit heeft dan ook in beginsel beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg. Er is alleen ruimte voor een uitzondering indien (1) een wettelijk opzegverbod zich tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst verzet of (2) partijen anders zijn overeengekomen. Onder de laatste vorm kan men onzes inziens, met wat goede wil, tevens de situatie scharen dat een statutair bestuurder binnen een concern zijn arbeidsovereenkomst met een andere vennootschap heeft gesloten dan die waar hij statutair bestuurder is.

3.2 *Arbidsrechtelijk ontslag van de bestuurder*

De bevoegdheid van de AvA tot benoeming en ontslag ziet dus eveneens op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het is daarbij niet nodig dat in het besluit van de AvA uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van het arbeidsrechtelijke ontslag. Het uitgangspunt dat een ontslagbesluit tevens tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst eindigt, geldt evenzeer voor de situatie dat een statutair bestuurder zelf ontslag neemt, zo maakte de Hoge Raad in het arrest Ciris/Bartelink duidelijk. Niet kan worden aanvaard dat deze ontslagname eenzijdig wordt beperkt tot de hoedanigheid van bestuurder onder instandhouding van de arbeidsovereenkomst. De statutair bestuurder die ontslag neemt als bestuurder, verbreekt daarmee dus ook zijn arbeidsovereenkomst met de vennootschap.

Een in de arresten niet aan de orde gekomen aspect is dat het ontslagbesluit feitelijk niet tot gevolg behoeft te hebben dat beide relaties direct en/of gelijktijdig eindigen. De Hoge Raad heeft in het midden gelaten hoe de arbeidsovereenkomst eindigt. Hij hanteerde in het arrest Eggenhuizen/Unidek de formulering dat 'een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding' (overweging 3.4.3) of, in het arrest Ciris/Bartelink (overweging 3.5.3), dat 'de ontslagname door de statutaire bestuurder in beginsel tot gevolg heeft dat zijn arbeidsovereenkomst eindigt'. Hierdoor is niet duidelijk hoe die arbeidsovereenkomst eindigt: door regelmatige opzegging of door een opzegging per direct. Dat laatste heeft dan schadeplichtigheid wegens onregelmatige opzegging (onjuiste opzegtermijn) tot

13 HR 13 november 1992, NJ 1993/265.

gevolg.¹⁴ Dit punt geldt *mutatis mutandis* voor de statutair bestuurder. Als het neerleggen van zijn bestuurderschap ook direct het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst zou betekenen (en let wel: de A-G heeft het in zijn conclusie over 'onmiddellijk'), dan is hij schadeplichtig omdat hij zijn opzegtermijn niet in acht heeft genomen. Wij denken dat dit gevolg niet de bedoeling van de Hoge Raad is geweest, maar wat nu wel exact de bedoeling is, is niet duidelijk. Wij houden het ervoor dat de opzegtermijn van art. 7:672 BW (of: een daarvan afwijkende termijn uit de arbeidsovereenkomst) in acht moet worden genomen. Dat geldt evenzeer na 1 juli 2015. Praktisch gezien zal dus in het ontslagbesluit aandacht moeten worden geschonken aan de verbreking van de arbeidsrechtelijke relatie. Er moet immers worden opgezegd, waarbij dient te worden aangegeven dat dit gebeurt met inachtneming van de geldende opzegtermijn.

3.3 Gesloten grondenstelsel

Zoals vermeld in paragraaf 2 heeft de Wwz een grondenstelsel geïntroduceerd en behoeft dus ook de vennootschap voor een rechtsgeldige beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de bestuurder een grond als bedoeld in art. 7:669 BW. De vraag is of deze noviteit gevolgen heeft voor de leer uit de 15 april-arresten. Het lijkt in strijd met de gedachte achter de Wwz, dat het einde van de vennootschappelijke band *automatisch* het einde van de arbeidsovereenkomst meebrengt – daartoe dient de werkgever immers een van de in art. 7:669 BW genoemde gronden aan te dragen én te bewijzen. Vóór de Wwz gold een open grondenstelsel en speelde dit potentiële probleem niet. De wetgever heeft echter bewust gekozen voor een gesloten grondenstelsel – de min of meer 'open' h-grond kan, zoals gezegd, niet als schaaamlap dienen om de leer uit de 15 april-arresten ongewijzigd voort te zetten. Hoewel de wetgever niet expliciet afscheid heeft genomen van deze arresten, brengt de koerswijziging wel een impliciet afscheid mee, althans: indien de werkgever het ontslag niet onder een van de in art. 7:669 BW genoemde gronden kan brengen. Het ontslagbesluit dient de betreffende grond(en) te bevatten; de rechter vult deze niet zelf in of aan.

Voorts komen de 15 april-arresten in een ander licht te staan door de met de Wwz geïntroduceerde mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep en cassatie tegen het ontslag. Het zou dus zo kunnen zijn dat de vennootschap de statutair bestuurder uit beide betrekkingen ontslaat, maar de ex-bestuurder zijn ontslag uit de *arbeidsovereenkomst* met succes aanvecht, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van een redelijke grond. Tot een herstel van de arbeidsovereenkomst leidt dit echter niet, nu de wetgever deze mogelijkheid expliciet heeft uitgesloten in art. 2:134 en 2:244 lid 3 BW, iets waarin de Wwz geen verandering heeft aangebracht.

3.4 Opzegverboden

Ten slotte wijzen wij op de mogelijkheid dat een opzegging in strijd met een bijzonder opzegverbod – een van de twee door de Hoge Raad in de 15 april-arresten genoemde situaties waarin de arbeidsovereenkomst niet eindigt – onder de vigeur van de Wwz niet steeds tot een vernietiging behoeft te leiden, en dus kan leiden

14 Waarmee, tot 1 juli 2015, tevens het concurrentiebeding verviel. Zie par. 2.

tot het behoud van de arbeidsovereenkomst. Het nieuwe art. 7:681 BW geeft de werknemer ten eerste de bevoegdheid in plaats daarvan een billijke vergoeding te eisen. Ook dit plaatst de 15 april-arresten in een ander licht. De (zieke, zwangere enzovoort) bestuurder kan ervoor kiezen niet langer in dienst te blijven ondanks het bestaan van een opzegverbod, maar kiezen voor een billijke vergoeding. In dat geval kan de arbeidsovereenkomst wel degelijk eindigen door het slaken van de vennootschappelijke band. Voorts is in de Wwz expliciet opgenomen dat de werknemer kan instemmen met de opzegging als sprake is van een zogenoemd 'tijdens-verbod' (art. 7:670a lid 2 BW). Denk hierbij in het bijzonder aan het opzegverbod tijdens ziekte. De werknemer kan op deze instemming binnen veertien dagen terugkomen, in welk geval de opzegging geacht wordt niet te hebben plaatsgevonden (art. 7:670a lid 5 en 6 jo. art. 671 lid 3 t/m 6 BW). Deze bedenkmogelijkheid geldt echter niet voor de bestuurder ten aanzien van wie herstel van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is (art. 7:670a lid 7 BW). De redenen hiervoor zijn dezelfde als genoemd in paragraaf 1.

Terzijde: de Wwz regelt niet het rechtsgevolg dat de statutair bestuurder zich ziek meldt nadat hij wist of kon weten dat zijn ontslag op stapel stond. Voor de gewone werknemer geldt art. 7:670 lid 1 sub b BW: de werknemer die zich ziek meldt nadat een verzoek om toestemming voor ontslag al tot het UWV is gericht, kan zich niet op het opzegverbod wegens ziekte beroepen (art. 7:670 lid 1 BW). Nu voor de statutair bestuurder een dergelijke toestemming niet geldt, bestaat een lacune (die overigens al jaren bekend is). In de rechtspraak is echter al meermalen geoordeeld dat voor de statutair bestuurder in dat geval het moment geldt van ontvangst van een oproep van de AvA.¹⁵

4 Schorsing gedurende de opzegtermijn – wel of geen loon?

Het in acht nemen van een arbeidsrechtelijke opzegtermijn na het beëindigen van de Boek 2 BW-relatie betekent in het algemeen dat beide relaties niet gelijktijdig zullen eindigen en daarmee ontstaat de situatie dat de arbeidsovereenkomst (vaak ongewild) nog voortduurt, terwijl de hoedanigheid van statutair bestuurder al is verloren. Wil de werkgever de ex-bestuurder/werknemer niet meer op het werk terugzien, dan zal hij de werknemer op non-actief moeten stellen. Het loonrisico van art. 7:628 BW ligt volgens de Hoge Raad bij de werkgever, nu in het arrest Van der Gullik/Vissers en Partners¹⁶ is bepaald dat het risico van het niet tewerkstellen bij de werkgever ligt en deze gehouden is het loon door te betalen. Dit loon zal gebaseerd zijn op het functioneren als statutair bestuurder, nu een andere basis veelal niet voorhanden zal zijn. Deze risicoverdeling geldt zelfs indien de schorsing aan de werknemer is te wijten, bijvoorbeeld omdat hij zich heeft misdragen. Hier doet zich overigens met de Wwz een potentiële koerswijziging voor. De regering heeft immers in de memorie van antwoord¹⁷ opgemerkt

15 Zie hierover E.S. de Bock, De statutair bestuurder onder Werk en zekerheid, ArbeidsRecht 2014/52, par. 7, alsmede de daar genoemde rechtspraak.

16 HR 21 maart 2003, JAR 2003/91.

17 Kamerstukken I 2014/15, 33818, C, p. 89.

dat in situaties van schorsing door de werkgever het wetsvoorstel ruimte biedt over de periode waarin de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, tevens het loon niet te betalen, omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt:

‘Dat impliceert dat over disciplinaire maatregelen ook bij schriftelijke overeenkomst (individueel of collectief) afspraken kunnen worden gemaakt, zonder dat zulks uitdrukkelijk bij wet is bepaald. Dergelijke afspraken dienen dan slechts ter invulling en bevestiging van hetgeen in de wet al is afgesproken over de risicoverdeling en gelden niet als afwijking daarvan. Uiteindelijk is en blijft het aan de rechter om te beoordelen of bij een specifieke schorsing dan ook daadwerkelijk sprake was van een niet verrichten van de bedongen arbeid door een oorzaak die redelijkerwijs voor risico van de werknemer behoort te komen. In dit verband merkt de regering overigens op dat het standpunt dat een werkgever in geval van schorsing, om redenen waarvan de gevolgen redelijkerwijs voor rekening van de werknemer behoren te komen, niet verplicht is het loon te betalen al eerder van regeringswege is ingenomen, namelijk door de toenmalige regering bij gelegenheid van de Reparatiewet Flexibiliteit en Zekerheid.’

Dit lijkt op een fingerwijzing aan de Hoge Raad. Lezen wij het goed, dan is de wetgever van mening dat, bijvoorbeeld in geval van wangedrag, het loon van de geschorste bestuurder/werknemer wel degelijk kan worden stopgezet. Is echter sprake van een schorsing omdat men wil voorkomen dat de ex-bestuurder toegang heeft tot gevoelige informatie, dan lijkt ons dat het stopzetten van het loon tijdens schorsing geen rechtens toegestane optie is.¹⁸

5 Redelijke grond voor ontslag en herplaatsing

In paragraaf 3 hebben wij de nauwe verwevenheid tussen de vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke band besproken. Toch vond vóór de Wvz in sommige gevallen een inhoudelijke toetsing van het arbeidsrechtelijk ontslag van de bestuurder plaats. In het arrest *Meijers/Mast Holding*¹⁹ oordeelde de Hoge Raad dat in het geval van weigering van een door de AvA gewenst beleid, het aan de bestuurder gegeven ontslag kennelijk onredelijk kan zijn. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld door te kijken naar het door de AvA gewenste beleid en de overige omstandigheden van het geval.²⁰ Andere in de literatuur beschreven gevallen zijn verschil van inzicht, disfunctioneren, een bij de AvA gewekte indruk

18 Terzijde: de Ondernemingskamer acht zich, blijkens enkele van haar beschikkingen, vrij in het kader van het treffen van voorlopige voorzieningen in een enquêteprocedure (art. 2:349a BW) het loon van de statutair bestuurder stop te zetten, hoewel zulks zich matig verhoudt tot art. 7:628 BW. Zie hierover J.M. van Slooten, *De ondernemingskamer doet (voort)aan arbeidsrecht*, SR 2001/, afl. 10, p. 277-279.

19 HR 4 december 1993, NJ 1993, /271, m.nt. Ma (*Meijers/Mast Holding*).

20 Zie hierover I. Zaal & J.H. Bennaars, *De BV-bestuurder beklemd*, TAO 2015, afl. 1, p. 19-25.

van onjuist handelen en het bestaan van een tegenstrijdig belang.²¹ Als het ontslag kennelijk onredelijk *kon* zijn, was het tevens mogelijk dat het weigeren van de bestuurder wél een redelijke grond opleverde. Dit brengt ons terug bij het eerdergenoemde gesloten grondenstelsel van de Wwz. Alvorens tot ontslag kan worden overgegaan, moet sprake zijn van een redelijke grond uit art. 7:669 lid 1 BW en moet herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet door scholing, niet mogelijk zijn of niet in de rede liggen (lid 3). De gronden in lid 1 zijn limitatief en dus rijst de vraag welke grond de vennootschap moet aanvoeren als reden voor het arbeidsrechtelijk ontslag.

Wij zullen ingaan op de meest voor de hand liggende gronden. Dit neemt niet weg dat de overige gronden in sommige situaties ook voldragen zouden kunnen zijn. Is dit niet het geval, dan moet benadrukt worden dat het zinloos is argumenten die pleiten voor de andere gronden aan te voeren. Zo kan sprake zijn van een slechter wordende financiële situatie, maar als om ontslag wegens disfunctioneren is gevraagd, wordt dit als totaal irrelevant beschouwd.²² Dit is in lijn met de bedoeling van de wetgever, omdat, door Sagel helder verwoord, het glas met één smaak tot de rand gevuld moet zijn en niet-gevulde glazen niet met geld kunnen worden opgevuld.²³

5.1 Disfunctioneren

Dit betreft de zogenoemde d-grond. Nu zowel de wetgever²⁴ als het Hof Den Haag²⁵ duidelijk heeft gemaakt dat de oude Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 (hierna: Beleidsregels 2012) als basis voor de invulling van de ontslaggronden van art. 7:669 lid 1 BW moeten worden genomen, krijgt de vennootschap een belangrijke taak in de jaren dat de bestuurder actief is. Voor disfunctioneren als ontslaggrond is immers vereist dat uit functionerings- of andere gesprekken²⁶ blijkt dat de werknemer niet geschikt is voor zijn functie, anders dan als gevolg van ziekte of gebreken of door onvoldoende zorg voor arbeidsomstandigheden of voor scholing van de werknemer. De werknemer moet voldoende kansen hebben gehad zichzelf te verbeteren. De lijn in de rechtspraak is op dit moment dat een heropleidingstraject van zo'n drie maanden voldoende is²⁷ en dat het niet nodig is dat aan de werknemer met zoveel woorden duidelijk wordt gemaakt dat deze in een verbetertraject zit, als hij maar tijdig in kennis wordt gesteld van het disfunctioneren en in voldoende mate in de gelegenheid wordt gesteld het functioneren te verbeteren.²⁸

21 S.J. Sterk, "Over ontslagvergoeding van statutair bestuurders: hoge bomen en tegenwind?", *ArbeidsRecht* 2012/53.

22 Rb. Rotterdam (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322.

23 S.F. Sagel in zijn oratie d.d. 5 september 2015: *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen* in tijden van hard and fast rules, p. 12, te downloaden via <www.debrauw.com/wp-content/uploads/2014/10/Oratie-Sagel.pdf>.

24 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 43.

25 Hof Arnhem 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

26 Hof Arnhem 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761.

27 Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:657.

28 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 4 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297.

In de situatie dat de AvA niet tevreden is met het functioneren of handelen van de bestuurder, moet dit de bestuurder duidelijk worden gemaakt. Daarnaast moet hulp en gelegenheid worden geboden om dit ondermaatse functioneren te verbeteren. Weigert de bestuurder dit of treedt geen verandering op na een periode van coaching, heropleiding of duidelijke feedback, dan zal al snel aangenomen kunnen worden dat de bestuurder ongeschikt is en zich niet wil of niet kan verbeteren. Let wel, de d-grond is slechts geschikt voor het geval het disfunctioneren in de persoon van de bestuurder ligt en niet wanneer het gaat om verschil van inzicht of tegenvallende resultaten die de bestuurder niet verweten kunnen worden.

5.2 *Verwijtbaar handelen*

De e-grond – verwijtbaar handelen – leent zich voor de situatie dat (in sommige gevallen) van het ene op het andere moment de AvA het vertrouwen in de bestuurder verliest, door een handelen of nalaten dat hem te verwijten valt. Het handelen of nalaten hoeft niet zo ernstig te zijn dat sprake is van een ontslag op staande voet (art. 7:677 BW²⁹), maar wel van dien aard dat het een beëindiging rechtvaardigt. Onder verwijtbaar handelen vallen de niet limitatief opgesomde redenen in de Beleidsregels 2012, zoals diefstal, bedrog, het niet voldoen aan re-integratieverplichtingen, handelen in strijd met de gedragsregels en alcohol- of drugsgebruik binnen en buiten werktijd. Aan de eisen van een redelijke grond zal zijn voldaan als de gedraging dusdanig verwijtbaar is dat de arbeidsovereenkomst niet meer in stand kan worden gehouden. Is het gedrag verwijtbaar, maar niet van dien aard dat de werkgever niets anders rest dan het opzeggen van de arbeidsovereenkomst, dan zal moeten zijn gewaarschuwd, moet het duidelijk zijn geweest voor de werknemer welk gedrag als verwijtbaar werd beschouwd en spelen factoren als de goede naam van het bedrijf en het al dan niet uitoefenen van een voorbeeldfunctie een rol. Bij een ontslag wegens verwijtbaar handelen of nalaten moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Er kunnen dus verzachtende omstandigheden zijn en leeftijd en lengte van het dienstverband spelen een rol.

Wil de arbeidsrechtelijke band van de statutair bestuurder met de vennootschap doorbroken kunnen worden, dan is evident dat een handeling die aan de bestuurder te wijten valt, moet hebben plaatsgevonden. Afhankelijk van de ernst van het gedrag moet hierover met de bestuurder zijn gesproken, moet hij zijn gewaarschuwd voor de eventuele gevolgen of moet anderszins duidelijk zijn geweest dat ontslag zou kunnen volgen. De vraag is of een bij de AvA gewekte indruk van onjuist handelen onder deze grond valt. De rechtspraak acht van belang dat het verwijtbare gedrag kan worden aangetoond of op zijn minst aannemelijk kan worden gemaakt. Daartoe kan onderzoek noodzakelijk zijn. Mocht blijken dat het handelen van de bestuurder niet verwijtbaar was, dan zal de AvA wellicht het ver-

29 Wij zullen niet afzonderlijk op het ontslag op staande voet ingaan, aangezien de mogelijke situaties vaak dezelfde zijn als bij verwijtbaar handelen. Bij een dringende reden speelt de ernst van de gedraging een grotere rol en moet het ontslag in ieder geval onverwijld zijn gegeven en meege-deeld. Daarnaast is de invulling van de dringende reden niet veranderd door de komst van de Wwz.

trouwen hebben verloren, maar kan dit geen e-grond opleveren. Ontslag op de e-grond vanwege een beschaamd vertrouwen is wel mogelijk als de bestuurder bijvoorbeeld cijfers beter of anders heeft voorgesteld.

5.3 *Verstoorde arbeidsverhouding*

Ook invulling van de g-grond wordt in eerste instantie bepaald door de Beleidsregels 2012.³⁰ Sprake moet zijn van een ernstig en duurzaam verstoord verhouding. De ernst en duurzaamheid hebben een aan elkaar tegengesteld effect: hoe ernstiger de verstoring is, des te minder duurzaam deze hoeft te zijn.³¹ Of sprake is van een verstoord arbeidsverhouding moet worden beoordeeld naar het moment waarop de kantonrechter hierover moet oordelen.³² De oorzaken van een verstoord arbeidsverhouding kunnen pluriform zijn. Soms is sprake van onverenigbaarheid van karakters, en soms ligt de oorzaak in een concreet voorval waardoor de vertrouwensband is beschadigd. In andere gevallen kan sprake zijn van de bekende druppel. In ieder geval heeft de werkgever de verplichting de arbeidsverhouding te normaliseren, door bijvoorbeeld mediation te proberen of door over te gaan tot overplaatsing. De omvang van de onderneming van de werkgever en de maatschappelijke positie van de partij waarmee de verhouding verstoord is geraakt, zijn relevant bij de beoordeling van deze verplichting. Gaat het om de bakker met drie werknemers of is de verhouding met het hoogste management verstoord, dan zal overplaatsing niet geveerd kunnen worden.

Met deze laatste woorden impliceren wij reeds dat voor een redelijke grond voor ontslag de verstoord arbeidsverhouding tussen de AvA en de bestuurder slechts ernstig en/of duurzaam dient te zijn en dat herstel van de verhouding niet meer mogelijk is. Dat de verhoudingen niet zomaar worden geacht verstoord te zijn, blijkt uit een uitspraak van Kantonrechter Rotterdam over de verhouding tussen aandeelhouders en de titulair bestuurder.³³ Partijen hadden een applicatie (Sowdan) in ontwikkeling, maar na een paar maanden ontstond onrust en ontevredenheid en werd de samenwerking met de bestuurder beëindigd door één van de aandeelhouders, waarbij hij een beroep deed op zijn recht te kunnen stoppen met investeringen. Vervolgens kopieerde de werknemer de sourcecode van de applicatie, nam hij spullen mee en werden niet al te vriendelijke mails over en weer verstuurd. De kantonrechter oordeelde over het ontbindingsverzoek op de g-grond als volgt. De arbeidsverhouding was niet verstoord, omdat (1) verwijten werden gemaakt die ook onder een andere ontslaggrond vallen, (2) geen gespreksverslagen en officiële waarschuwingen waren overgelegd, waaruit volgt dat de punten van kritiek blijkbaar niet ernstig genoeg waren, en (3) de correspondentie tussen partijen inmiddels was bedaard. Hoewel strikt, is dit onzes inziens een correcte toepassing van de Wvz. Partijen hadden nog ruimte over mogelijke oplossingen te spreken en de verhouding te herstellen.

30 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 43 en Hof Den Bosch 25 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:705.

31 Rb. Rotterdam (ktr.) 11 december 2015, 4567562 HA VERZ 15-226.

32 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986 en Rb. Amsterdam (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048.

33 Rb. Rotterdam (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1322 (Sowdan).

Mocht deze lijn zich voortzetten in de rechtspraak, dan zal de g-grond niet snel een goede optie zijn de arbeidsrechtelijke band met de bestuurder te verbreken. Enig soelaas kan de zogenaamde Asscher-*escape* bieden.³⁴ Indien de band tussen de AvA en de bestuurder onherstelbaar beschadigd is, wat het geval kan zijn als de AvA ondubbelzinnig het vertrouwen in de bestuurder opzegt of nog meer doet dan dat, zal een billijke vergoeding verschuldigd zijn, maar wordt de arbeidsovereenkomst in ieder geval ontbonden.³⁵

5.4 Andere gronden

De h-grond bepaalt dat er ook andere redenen voor ontslag kunnen zijn 'die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Het gaat hier niet om een veegbepaling: ondanks de ruim opgezette definitie wordt de h-grond in de wetsgeschiedenis sterk beperkt door de gegeven voorbeelden van verschil van inzicht op managementniveau, de voetbaltrainer met tegenvallende resultaten, detentie en het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning.³⁶ Deze voorbeelden maken te meer duidelijk dat het niet de bedoeling is de h-grond in te zetten om gebreken in andere gronden te herstellen.³⁷

Rechtspraak onder de vigeur van de Wwz ten aanzien van ontslag op de h-grond van de statutair bestuurder is nog niet voorhanden. Bekend is wel de eerste h-grondbeschikking van de Kantonrechter Amsterdam over de directeur van kunstinstelling De Appel vanwege een onoverkoombaar verschil van inzicht.³⁸ Dat het verschil van inzicht zag op de invulling van de rol als directeur en niet als zodanig op het te voeren beleid, was voor de rechter geen reden de arbeidsovereenkomst in stand te laten. De instelling had, door het overleggen van verslagen van gesprekken met medewerkers, voldoende aannemelijk gemaakt dat bij de directeur sprake was van onvoldoende communicatie, het zich niet houden aan deadlines, niet of onvoldoende reageren op mails of vragen, niets vastleggen, niet planmatig werken, onvoldoende besluiten nemen en zeer vaak afwezig zijn zonder dat duidelijk is waarom. Kernpunt van de beslissing lijkt te zijn dat de directeur niet de ernst van de kritiek had ingezien. Om die reden leek een oplossing inderdaad ver te zoeken. Had de directeur dit wel ingezien, dan had afwijzing van het verzoek eerder in de rede gelegen.

In de hiervoor al aangehaalde beschikking omtrent de applicatie Sowdan werd het ontbindingsverzoek op de h-grond eveneens afgewezen. Hoewel de titulair bestuurder over onvoldoende kwaliteiten zou beschikken en door het ontslag als

34 'Indien in de praktijk de werkgever niet een reële kans heeft geboden aan de werknemer, en die ook niet meer kan worden geboden omdat bijvoorbeeld de arbeidsverhouding al dusdanig is beschadigd, kan sprake zijn van een verstoorde arbeidsverhouding. Als om die reden tot beëindiging zou moeten worden overgegaan, neemt de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een risico dat hij zal incalculeren' (Kamerstukken I 2013/14, 33818, 14, p. 10).

35 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.

36 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 130.

37 Zie ook Rb. Gelderland (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:86.

38 Rb. Amsterdam (ktr.) 2 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8600.

vennootschapsrechtelijk bestuurder de basis voor de arbeidsovereenkomst was weggefallen, oordeelde de kantonrechter dat onvoldoende kwaliteiten bij de d-grond past en dat de 15 april-arresten ‘onder het oude ontslagrecht zijn geweest’. Helaas wordt daar niet verder op ingegaan, omdat verweerder niet zelf bestuurder was. Vooralsnog gaan wij ervan uit dat een redelijke grond nodig is als de vennootschapsrechtelijke band met een statutair bestuurder is verbroken. Een verschil van inzicht over het te voeren beleid zal in veel van de gevallen de meest geschikte grond zijn om het ontbindingsverzoek op te stoelen.

5.5 Herplaatsing

Een noviteit in de Wwz is dat alvorens tot ontslag kan worden overgegaan bij het bestaan van een redelijke grond, onderzocht moet worden of herplaatsing, al dan niet door scholing, niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Deze eis geldt niet als sprake is van verwijtbaar handelen. Ook het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning of detentie van de werknemer maakt dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.³⁹ Wij gaven al eerder aan dat wij van mening zijn dat de herplaatsingsplicht ook voor de statutair bestuurder geldt. De wetgever heeft deze immers nergens uitgezonderd – waar dat ten aanzien van andere onderdelen van het ontslagrecht wel is geschied – en hoewel dit mogelijkserwijs een vergissing is, duidt de uitzonderingspositie van de bekleder van het geestelijk ambt daarentegen op een bewuste keuze.⁴⁰ Dit brengt met zich dat de bestuurder kan opkomen tegen het ontslag als niet aan de herplaatsingsplicht is voldaan en daarmee kans maakt op een billijke vergoeding. Wij kunnen de AvA slechts aanraden in het ontbindingsverzoek in te gaan op al dan niet aanwezige herplaatsingsmogelijkheden, nu de herplaatsingsinspanning een vereiste is voor de mogelijkheid tot opzegging.

Te pleiten valt voor het standpunt dat het slechts in uitzonderlijke gevallen *in de rede* ligt de statutair bestuurder te herplaatsen. In ieder geval niet als sprake is van verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 1 jo. lid 3 sub e BW), een gevolg van het amendement Dijkgraaf.⁴¹ Ook bij een schooldirecteur lag herplaatsing niet in de rede, omdat hij zelf weigerde terug te keren in de functie van leerkracht.⁴² Veelal zal het terugkeren in een functie waar de hooggeplaatste werknemer eerst leiding aan gaf, niet gewenst zijn.

Ligt herplaatsing in de rede, dan moet het ook nog *mogelijk* zijn. Vanaf het moment van de beslissing van de kantonrechter moet gedurende de wettelijk geldende opzegtermijn vooruit worden gekeken of passende functies vrij zijn of vrij komen.⁴³ Van deze herplaatsingstermijn kan de proceduurtijd niet worden afgetrokken, omdat art. 7:672 lid 4 BW slechts geldt voor de opzegtermijn. Wat een passende functie is, hangt af van de in art. 9 Ontslagregeling gestelde criteria, zodat moet worden gekeken naar opleiding, ervaring en capaciteit van de werkn-

39 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 85.

40 Zie hierover ook Bennaars 2015, p. 72-73.

41 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 39.

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, hoger beroep ingesteld tegen beschikking Rb. Noord-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611.

43 Art. 10 Ontslagregeling.

mer. Voorts merken wij op dat binnen concerns geldt dat de statutair bestuurder eventueel binnen een andere vennootschap wordt herplaatst (zie art. 9 lid 2 Ontslagregeling).

Op grond van art. 7:611a BW is de werkgever verplicht de werknemer in staat te stellen scholing te volgen die noodzakelijk is voor de uitoefening van zijn functie en, voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst indien de functie van de werknemer komt te vervallen of hij niet langer in staat is deze te vervullen. Art. 7:611a BW betreft scholing die gericht is op het vervullen van de eigen functie van de werknemer, of op een andere functie binnen de organisatie van de werkgever. In beide gevallen is de werkgever gehouden deze scholing te financieren. Volgens de minister is scholing niet verplicht als geen zicht is op herplaatsing in een passende functie.⁴⁴ Voorts wordt in de ontslagregeling opgemerkt dat de duur en de kosten van de scholing bepalend zijn voor de vraag welk scholingsaanbod bij een mogelijk geschikte functie van de werkgever geleverd kan worden, waarbij de financiële positie van de onderneming relevant is.⁴⁵ Omdat deze regeling ook voor de statutair bestuurder geldt, zou bij (vermeend) disfunctioneren discussie kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of de werkgever voldoende heeft gedaan om de bestuurder geschikt te maken en te houden voor zijn taak.

6 Vergoeding bij ontslag

6.1 Transitievergoeding

De statutair bestuurder is niet uitgezonderd van de sinds 1 juli 2015 geldende transitievergoeding. Dat brengt mee dat iedere bestuurder die minimaal 24 maanden heeft gewerkt, bij ontslag recht heeft op deze vergoeding, die overigens oorspronkelijk bedoeld was om de transitie naar ander werk te vergemakkelijken. In de praktijk moet men de vergoeding beschouwen als een zak geld, omdat geen enkele controle bestaat op de besteding ervan. Zegt de bestuurder zelf op of wordt de arbeidsovereenkomst op diens initiatief ontbonden, dan is geen transitievergoeding verschuldigd, tenzij de werkgever ernstig verwijtbaar is geweest (art. 7:673 lid 1 sub b BW). De hoogte van de vergoeding is gekoppeld aan het aantal dienstjaren en komt kort gezegd neer op een zesde deel van het loon per half dienstjaar gedurende de eerste tien dienstjaren en een kwart maandloon per half dienstjaar voor de daaropvolgende dienstjaren. Het maximum is (sinds 1 januari 2016) € 76.000, tenzij het loon over twaalf maanden hoger is – een opmerkelijk staaltje omgekeerde solidariteit. Duidelijk zal zijn dat deze vergoeding veel lager uitvalt dan de oude kantonrechtformule, hetgeen ook een doel van de wetgever is geweest. Geen transitievergoeding is verschuldigd indien het gedrag van de werknemer ernstig verwijtbaar is geweest of wanneer ontslag geschiedt wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd 'of een andere

44 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, Stcrt. 2015, 12685.

45 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 43.

leeftijd waarop voor de werknemer recht op pensioen ontstaat' (art. 7:673 lid 7 BW – een wat mistige bepaling).

6.2 *Billijke vergoeding*

De oude toets van art. 7:681 BW – de kennelijk onredelijke opzegging – is verval-
len. Dat betekent dat de kennelijke-onredelijkheidstoets ter bepaling van de
hoogte van een eventuele ontslagvergoeding voor de statutair bestuurder niet
langer bestaat. Daarvoor in de plaats bestaat voornoemde transitievergoeding en
eventueel de nieuwe *billijke* vergoeding. De systematiek van de ontslagvergoeding
is daarmee grondig gewijzigd. De vraag is of ook een einde is gekomen aan het in
de rechtspraak nogal eens gehanteerde principe dat de statutair bestuurder een
hogere vergoeding tegemoet kon zien omdat zijn afbreukrisico hoger was.⁴⁶ In de
wetsgeschiedenis wordt daar niet op ingegaan. De vraag is of de nieuwe regeling
van de billijke vergoeding er de ruimte voor biedt. Laten wij de billijke vergoeding
ex art. 7:682 lid 3 BW wat nader beschouwen. Art. 7:682 lid 3 BW bepaalt dat de
rechter op verzoek van een werknemer, als bedoeld in art. 7:671 lid 1 onderdeel e
of f BW, aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding kan toeken-
nen indien de opzegging:

- a in strijd is met art. 7:669 BW; of
- b het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Art. 7:671 lid 1 sub e BW ziet op de statutair bestuurder van een rechtspersoon
'bij wie herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 van het Burger-
lijk Wetboek niet mogelijk is of een bestuurder van een vergelijkbare buitenlandse
rechtspersoon'.

De billijke vergoeding voor de bestuurder maakt deel uit van het algemene,
nieuwe systeem van de billijke vergoeding van art. 7:682 BW. Uitgangspunt is dat
indien van een werknemer de arbeidsovereenkomst is beëindigd zonder een rede-
lijke (reeds getoetste) grond, deze de rechter kan verzoeken de arbeidsovereen-
komst te herstellen.⁴⁷ Het eerste lid sub a noemt de mogelijkheid van herstel van
de arbeidsovereenkomst; pas wanneer dit herstel redelijkerwijze niet mogelijk is
vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever biedt de wet-
gever de optie onder b van het eerste lid: de werknemer kan de rechter verzoeken
een billijke vergoeding toe te kennen. Voor ons is van belang wat het derde lid
bepaalt; dit lid regelt de positie van de werknemers voor wie herstel is uitgesloten:
voor hen staat slechts de weg van de billijke vergoeding open. Zoals vermeld bij de
behandeling van de transitievergoeding is, anders dan voorheen, geen plaats voor
het rekening houden met de gevolgen van het ontslag omdat deze reeds zijn ver-
disconteerd in de transitievergoeding. De belangenafweging van het oude art.
7:681 BW is daarmee komen te vervallen. Wat zit dan wel in de billijke vergoe-
ding?

46 Zie bijv. Hof Leeuwarden 24 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV1944, RAR 2012/55, dat
oordeelde dat de positie van werknemer als statutair directeur niet te vergelijken is met die van
een werknemer-niet-bestuurder.

47 Art. 7:669 lid 3 sub a en b BW.

6.3 *Verschil billijke vergoeding bij a- of b-grond*

Wat opvalt, is dat de vergoedingen onder de a-grond (strijd met het grondenstelsel) en de b-grond (ernstig verwijtbaar gedrag) fundamenteel van elkaar verschillen. Met Van Kempen⁴⁸ menen wij dat een werkgever om die reden beide vergoedingen verschuldigd kan zijn, althans: de uiteindelijk verschuldigde billijke vergoeding kan gesplitst worden in twee delen. Art. 7:682 lid 7 BW verbiedt elk beding waarbij de bevoegdheid tot het claimen van een dergelijke vergoeding wordt beperkt, hetgeen voor de praktijk het belang van een goede rechterlijke motivering benadrukt.

Bij de a-grond kan men zich vastklampen aan wat de regering heeft opgemerkt in de wetsgeschiedenis, te weten dat ‘in de hoogte van de billijke vergoeding dan ook tot uitdrukking moet komen dat, de omstandigheden in ogenschouw nemend, de vergoeding een alternatief is voor het herstel van de arbeidsrelatie’.⁴⁹ Wij citeren Van Kempen:

‘Evenals bij de billijke vergoeding ex art. 7:683 lid 3 BW zou de billijke vergoeding ex art. 7:682 lid 3 sub a BW dan ook primair moeten worden gerelateerd aan de financiële tegenwaarde die herstel van het dienstverband van de bestuurder vermoedelijk zou hebben gehad en niet aan de ernst van het gebrek in de ontslaggrond. Het maakt immers niet uit of sprake is van een ontslaggrond die maar voor 10% voldragen is of voor 90%. Dit is onbevredigend omdat iedere aanname hoe lang zo’n dienstverband dan zou voortduren volstrekt speculatief is. Sagel noemt de begroting van de billijke vergoeding een van de donkerste black boxes van de Wwz.’⁵⁰ De ervaringen met de schadeberekenningsmethode bij het voormalige kennelijk onredelijk ontslag laten zien dat zowel de bestuurder als de vennootschap hierin zo concreet mogelijk zouden moeten aangeven hoe lang dat dienstverband redelijkerwijze zou hebben kunnen voortduren. Het spreekt voor zich dat de vennootschap deze termijn naar beneden en de bestuurder naar boven zal beargumenteren. Vanwege de moeilijke voorspelbaarheid en het dreigende “open einde”-karakter is het niet ondenkbaar dat de rechtspraak ertoe overgaat vergoedingen te maximaleren. De diverse corporate governance-codes zouden hiervoor een leidraad kunnen zijn voor zover deze geacht worden invulling te geven aan de in Nederland levende rechtsovertuigingen alsook de hierbij betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen ex art. 3:12 BW.’⁵¹

Wij kunnen ons bij zijn betoog aansluiten en wachten af wat de rechtspraak ons zal leren.

Over de b-grond – de ernstige verwijtbaarheid – merkten wij reeds in paragraaf 2 op dat hiervan in de ogen van de wetgever slechts zelden sprake zal zijn. De

48 M.W.A.M. van Kempen, De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd, TAO 2015, p. 38-39.

49 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 115. Zie over art. 7:683 lid 3 BW ook Sagel 2015.

50 Zie over de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW S.F. Sagel, Het ontslag op staande voet en de WWZ (II), TRA 2015/56.

51 Van Kempen 2015, p. 42.

hoogte van de vergoeding is zo mogelijk nog lastiger te berekenen: zij zal samenhangen met de ernst van de verwijtbaarheid, aldus de wetgever.⁵² Duidelijk is wel dat eventuele gevolgen van het ontslag voor de bestuurder niet mogen worden meegewogen. De vergoeding krijgt hiermee een punitief karakter.

De vraag in hoeverre de rechtspraak bij de vaststelling van de billijke vergoeding met het bestaan van vertrekregelingen rekening zal houden, is niet beantwoord. Ook hier volgen wij Van Kempen: het relateren van een vertrekregeling aan de billijke vergoeding zou op voorhand al een afkoop van de redelijke ontslaggrond impliceren, hetgeen de wetgever op grond van art. 7:682 lid 7 BW lijkt te willen verhinderen; voorts lijkt de afkoop van ernstige verwijtbaarheid (de b-grond) ons niet mogelijk.

7 Conclusie

De positie van de statutair bestuurder is met de Wvz op punten veranderd, maar van schokkende wijzigingen is geen sprake. Aanzegging is nodig indien een contract voor bepaalde tijd niet wordt verlengd; een bestuurder heeft geen bedenktijd zoals werknemers die wel sinds 12 juli 2015 hebben gekregen ten aanzien van hun instemming met het ontslag. Het lijkt erop dat de leer van de 15 april-arresten behouden is gebleven, maar daaraan is toegevoegd dat een redelijke grond in de zin van art. 7:669 BW dient te worden aangetoond. Met de herplaatsingsplicht zorgt dit ervoor dat de bestuurder in het zicht van ontslag meer dan voorheen zand in de raderen kan strooien. Daar staat echter geen mogelijkheid tegenover een forse(re) ontslagvergoeding te verkrijgen. Een belangrijke wijziging is de afschaffing van de kennelijk-onredelijk-ontslagtoets, die heeft plaatsgemaakt voor een geheel nieuw vergoedingensysteem, waarin geen rekening kan worden gehouden met de gevolgen van het ontslag voor de bestuurder: de transitievergoeding is immers forfaitair vastgesteld, de billijke vergoeding is gerelateerd aan de ernst van de verwijtbaarheid van de werkgever.

52 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.