

De positie van de tekortschietende bestuurder binnen het grondenstelsel van de Wet werk en zekerheid

Bb 2017/21

De wetgever heeft met de invoering van het nieuwe ontslagrecht uit de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) per 1 juli 2015 acht limitatieve ontslaggronden geïntroduceerd. Geen van deze acht gronden is specifiek toegespitst op de bestuurder. De vraag dient zich daarom aan of ontslag van de bestuurder valt te verenigen met het grondenstelsel. Dit artikel behandelt hoe er sinds de invoering van de Wwz in de rechtspraak wordt omgegaan met dit vraagstuk en gaat in op de situatie waarbij een bestuurder volgens zijn medebestuurder(s) of de aandeelhouder(s) tekortschiet in zijn functioneren of handelen, maar waarbij geen sprake is van aantoonbaar disfunctioneren, verwijtbaar handelen of een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding.

1. Limitatieve ontslaggronden

Een werkgever kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een werknemer slechts beëindigen indien er een redelijke (ontslag)grond zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW aanwezig is en herplaatsing binnen een redelijk termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Uitzonderingen hierop zijn onder meer een beëindiging door een rechtsgeldig ontslag op staande voet, beëindiging met instemming van de werknemer of een beëindiging in de proeftijd. Art. 7:669 lid 3 BW kent de volgende limitatieve ontslaggronden met bijbehorende ontslagroute.

Sub van art. 7:669 lid 3 BW	Ontslaggrond	Ontslagroute werknemers en titulair bestuurders
A	Vervallen van arbeidsplaatsen	Opzegging arbeidsovereenkomst door de werkgever na toestemming UWV
B	Arbeidsongeschiktheid gedurende 104 weken	
C	Met regelmaat niet kunnen verrichten van werkzaamheden door ziekte	Ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter
D	Ongeschiktheid tot het verrichten van de functie, mits de werknemer hierover tijdig is geïnformeerd en in staat is gesteld zijn functies te verbeteren ('disfunctioneren')	

E	Verwijtbaar handelen of nalaten	
F	Ernstige gewetensbezwaren	
G	Ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie	
H	Overige gronden op basis waarvan de werkgever redelijkerwijs de arbeidsovereenkomst niet kan laten voortduren	

Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd op basis van een van deze gronden heeft een werknemer in beginsel recht op een transitievergoeding, tenzij de beëindiging het gevolg is eigen ernstig verwijtbaar handelen. Naast de transitievergoeding kan de werknemer aanspraak maken op een billijke vergoeding indien de beëindiging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Anders dan de transitievergoeding wordt de billijke vergoeding niet berekend volgens een vaste formule maar is de rechter vrij in het bepalen van de hoogte van deze vergoeding. Voor bestuurders geldt bovendien dat in hun arbeidsovereenkomst geregeld een vaste beëindigingsvergoeding ('golden parachute') is opgenomen.

2. Procedure ontslag titulair bestuurder

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wwz overwogen dat ontslag van niet benoemde bestuurders, dus titulair bestuurders, dient plaats te vinden binnen de gronden van art. 7:669 lid 3 BW en via de bijbehorende ontslagroute. In de wetsgeschiedenis is erkend dat een tekortschietende bestuurder niet altijd onder een van deze gronden zal vallen. De wetgever is hier niet uitgebreid op ingegaan, maar heeft overwogen dat de arbeidsovereenkomst met de "manager" met wie "verschillen van inzicht bestaan over het te voeren beleid" en waar geen sprake is van aantoonbaar disfunctioneren (of een andere ontslaggrond) zal dienen te worden beëindigd op grond van art. 7:669 lid 3 sub h BW (hierna: h-grond) (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 130*). Er is daarbij nagelaten aan te geven in welke mate er een verschil van inzicht moet bestaan of hoe door een werkgever een verschil van inzicht dient te worden aangetoond. Wel is overwogen dat de h-grond een restcategorie betreft die terughoudend moet worden toegepast en slechts van toepassing is bij omstandigheden die afwijken van de gronden a-g. De afwijkende omstandigheden dienen daarnaast van zodanige aard te zijn dat het van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De h-grond is nadrukkelijk niet bedoeld voor het repareren van een op één van de andere ontslaggronden.

¹ Mr. T.A. Wilms is advocaat bij CMS Amsterdam.

den onvoldoende onderbouwd ontslag of om zodoende een ontslaggrond te vormen voor meerdere onvoldragen gronden bij elkaar. De herplaatsingsplicht is in principe ook bij de h-grond van toepassing, maar zoals hierna zal blijken ligt herplaatsing bij de bestuurder niet snel in de rede.

3. Procedure ontslag statutair bestuurder

De ontslagprocedure van de statutair bestuurder verschilt van die van de titulair bestuurder. Een statutair bestuurder valt binnen de uitzondering van art. 7:671 lid 1 BW. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst van de statutair bestuurder door de werkgever kan worden beëindigd door opzegging indien aan de statutair bestuurder vennootschapsrechtelijk ontslag is verleend. Toestemming van het UWV of ontbinding door de kantonrechter is niet vereist. De statutair bestuurder heeft evenals de titulair bestuurder recht op een transitievergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst die ten minste 24 maanden heeft geduurd, tenzij de beëindiging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de statutair bestuurder.

De ontslaggronden uit art. 7:669 lid 3 BW zijn echter wel relevant bij het ontslag van de statutair bestuurder. Een statutair bestuurder maakt achteraf namelijk aanspraak op een billijke vergoeding als komt vast te staan dat de werkgever de arbeidsovereenkomst van de statutair bestuurder heeft opgezegd zonder dat daaraan een redelijke grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW ten grondslag ligt. Daarmee wijkt de toekenningsgrondslag voor een billijke vergoeding af van die van de reguliere werknemer, waarbij uitsluitend doorslaggevend is of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De statutair bestuurder dient zelf een verzoek in te dienen voor een billijke vergoeding; dit kan via een verzoekschrift. Toetsing van de redelijke grond vindt bij een statutair bestuurder dus pas achteraf plaats en uitsluitend als de statutair bestuurder daartoe een verzoek indient. Herstel van de arbeidsovereenkomst van de statutair bestuurder is niet mogelijk.

4. Rechtspraak waarin de h-grond werd aangenomen

De rechtspraak sinds de inwerkingtreding van de Wwz toont aan dat werkgevers de h-grond daadwerkelijk als ontslaggrond aanvoeren bij een bestuurder waarmee een verschil van inzicht bestaat. Uit de jurisprudentie waarin de h-grond op basis van een verschil van inzicht werd aangenomen volgt dat is vereist dat: (i) een verschil van inzicht, dan wel een gebrek aan eensgezindheid, over (de uitvoering van) het beleid bestaat; en dat (ii) voornoemd verschil onoverbrugbaar of fundamenteel van aard dient te zijn.

Een verschil van inzicht wordt door rechters al snel aangenomen als de medebestuurder(s) of de aandeelhouder(s) kritiek uiten op het beleid en/of functioneren van een bestuurder, maar de bestuurder volhoudt dat de kritiek onterecht is en hier niets mee doet. Zo werd de arbeidsovereenkomst met een directeur van een internationaal instituut voor hedendaagse kunst ontbonden nadat het instituut en de medewerkers (aantoonbaar) kritiek hadden geuit op zijn beleid

en functioneren terwijl de directeur volhield goed te functioneren (ECLI:NL:RBAMS:2015:8600). De Kantonrechter Leiden ontbond de arbeidsovereenkomst van een directeur van een algemene welzijnsorganisatie, in samenhang met de 'moeilijke omstandigheden' waarin de stichting zich bevond, omdat het bestuur en de directeur van mening verschilden over de vraag of de directeur na gewijzigd beleid nog langer de juiste persoon was om de directeursfunctie uit te oefenen (ECLI:NL:RBDHA:2016:4882). De moeilijke omstandigheden leken erop te zien dat de onderneming in slecht weer verkeerde, maar opmerkelijk is dat de kantonrechter hier slechts zeer beperkt op inging. De Rechtbank Noord-Holland ontbond de arbeidsovereenkomst met een CFO omdat deze zich niet (langer) kon conformeren aan de wijze waarop de werkgever wenste dat de CFO zijn taken uitoefende (ECLI:NL:RBNHO:2016:5666). Daarnaast zijn er voorbeelden in de jurisprudentie waarin de ontslagen bestuurder juist zelf herhaaldelijk kritiek uitte op of stelde het oneens te zijn met het beleid van medebestuurders en dit kwalificeerde als een h-grond. Ook in die zaken wordt door rechters al snel aangenomen dat een verschil van inzicht dan wel gebrek aan eensgezindheid is ontstaan dat dient te leiden tot ontbinding op de h-grond. Voorbeeld is een recente (tussen)uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden waar het vermoeden van een aanwezige h-grond werd uitgesproken bij een CFO die naar buiten toe een gebrek aan eenheid binnen het bestuur had uitgedragen door zich tegen diverse personen kritisch uit te laten over het (mede)bestuur (ECLI:NL:GHARL:2016:10230). Rechtbank Limburg oordeelde dat een statutair bestuurder was ontslagen op basis van een redelijke (h-)grond omdat er een fundamenteel verschil van inzicht bestond over hoe de statutair bestuurder uitvoering aan zijn functie als financieel directeur diende te geven nadat hij herhaaldelijk kritiek bleef leveren op het handelen en beleid van de CEO (ECLI:NL:RBLIM:2016:8114). Kantonrechter Arnhem oordeelde dat er sprake was van een redelijke (h-)grond vanwege een fundamenteel verschil van inzicht met de statutair bestuurder die met zijn medebestuurders van mening verschilde over onder meer het beleid ter zake productkwaliteit en -integriteit van de producten die werden verkocht (ECLI:NL:RBGEL:2016:6853). Deze twee laatste zaken betroffen door de statutair bestuurder na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geïnitieerde procedures waarin de statutair bestuurder (tevergeefs) een billijke vergoeding verzocht omdat hij stelde dat een redelijke grond ontbrak. Bij alle bovenstaande uitspraken werd aan de herplaatsingsplicht weinig aandacht besteed en veelal geoordeeld dat herplaatsing niet in de rede lag. Dit verbaast niet nu het in de praktijk meestal niet voor de hand ligt dat een bestuurder een stapje terugdoet en een (lagere) functie gaat uitoefenen, zijnde een functie waaraan hij voorheen nog leiding gaf.

5. Rechtspraak waarin de h-grond niet werd aangenomen

Het aantal gepubliceerde uitspraken waarin de h-grond bij een verschil van inzicht met een bestuurder werd aangedra-

gen maar niet werd aangenomen, is geringer dan het aantal uitspraken waarin de h-grond wel werd aangenomen.

De Kantonrechter Breda oordeelde op een ontbindingsverzoek dat de situatie waarin een werkgever uitsluitend kritiek uitte op hoe de bestuurder leiding gaf niet kwalificeerde als een verschil van inzicht over beleid en dus niet valt onder de h-grond (AR-updates 2016/0732). Een dergelijke situatie waarin eenzijdige kritiek werd geuit door de werkgever viel volgens de kantonrechter onder de d-grond (disfunctioneren). De Kantonrechter Leeuwarden kwam tot een vergelijkbaar oordeel bij een bestuurder die volgens de werkgever de interne beleidsregels niet goed naleefde (ECLI:NL:RBNNE:2016:3277). Volgens de kantonrechter hadden partijen hetzelfde beleid voor ogen, maar interpreteerde de bestuurder enkele beleidsregels anders dan de werkgever. Een vergelijkbare uitspraak deed de Kantonrechter Zutphen door te oordelen dat er wel enig bewijs was van een verschil van visie tussen de werkgever en de bestuurder, maar dit verschil werd niet onoverbrugbaar geacht (AR-updates 2016/0055).

De scheidslijn tussen deze uitspraken en enkele in de vorige paragraaf besproken uitspraken lijkt dun. De overeenkomst is dat aan het ontslag ten grondslag werd gelegd kritiek op het handelen of functioneren van de bestuurder. Het verschil lijkt er echter in te zitten dat in de uitspraken van de Kantonrechters Breda, Leeuwarden en Zutphen, en anders dan in de uitspraken besproken in de vorige paragraaf, de kritiek van de werkgever door de bestuurder niet althans beperkt wordt tegengesproken en de bestuurder zelf ook geen althans amper kritiek uit op de werkgever. Bij dergelijke eenzijdige kritiek lijkt disfunctioneren als ontslaggrond meer voor de hand te liggen. Dit volgt ook uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden waar de werkgever kritiek op de bestuurder had omdat deze een slechte relatie onderhield en slecht communiceerde met de belangrijkste geldschietter van de werkgever. De bestuurder betwistte de kritiek van de werkgever niet, maar erkende juist dat hij slecht communiceerde. Hoewel de kantonrechter had ontbonden op de h-grond, oordeelde het hof dat gelet op het feitencomplex ontbinding had dienen plaats te vinden op de d-grond (ECLI:NL:GHARL:2016:8079). Voor de uitkomst van de procedure maakte dit overigens geen verschil omdat het hof evenals de kantonrechter oordeelde dat er een grond voor ontbinding was.

Een andere noemenswaardige uitspraak is een recent oordeel van de Rechtbank Gelderland waar een aandeelhouder het vertrouwen had verloren in een statutair bestuurder nadat deze door een burn-out arbeidsongeschikt was geraakt (ECLI:NL:RBGEL:2016:7113). De statutair bestuurder was om die reden reeds ontslagen en vorderde een transitievergoeding en een billijke vergoeding. De rechtbank stelde vast dat het gebrek aan vertrouwen in de bestuurder was ontstaan op het moment dat deze arbeidsongeschikt was geraakt met een burn-out. Dit kwalificeerde volgens de rechtbank niet als een verschil van inzicht waarvoor de h-grond is bedoeld. Er was bovendien niet medisch onderbouwd dat de bestuurder na zijn burn-out niet meer in zijn functie zou kunnen terugkeren. De rechtbank wees aan de

bestuurder een transitievergoeding toe van € 26.637 bruto en een billijke vergoeding van € 141.500 bruto. Nu het verschil van inzicht of gebrek aan eensgezindheid in deze zaak niet op enige objectieve wijze kon worden onderbouwd en enkel het vertrouwen in de bestuurder leek te zijn verloren door de burn-out, verbaast deze uitspraak niet.

6. Conclusie

In lijn met de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de Wwz wordt de h-grond in de rechtspraak als ontslaggrond gebruikt voor bestuurders die tekortschieten in de ogen van de werkgever. Een beroep op de h-grond lijkt succesvol indien er een verschil van inzicht dan wel een gebrek aan eensgezindheid over (de uitvoering van) het beleid bestaat en dit onoverbrugbaar of fundamenteel van aard is. Rechtspraak toont aan dat dit veelal marginaal wordt getoetst en de werkgever dient aan te tonen dat de bestuurder zelf kritisch is over het beleid van het (mede)bestuur dan wel dat de bestuurder duidelijk laat merken dat hij zich niet kan vinden in de kritiek van de werkgever op zijn beleid en/of functioneren. De scheidslijn wordt dun indien er (bijna) uitsluitend eenzijdige kritiek is op het functioneren door de werkgever en de bestuurder dit niet althans amper weer spreekt. Ontslag op de d-grond lijkt in die gevallen meer voor de hand te liggen.