

De billijke vergoeding voor de statutair bestuurder na *New Hairstyle*

ArbeidsRecht 2018/24

De statutair bestuurder is één van de categorieën werknemers die bij ontslag aanspraak kan maken op een billijke vergoeding. De wettelijke grondslag voor die billijke vergoeding is neergelegd in art. 7:682 lid 3 BW. In deze bijdrage wordt de vraag beantwoord in hoeverre de uitspraak van de Hoge Raad van 30 juni 2017 (*New Hairstyle*) van toepassing is op de billijke vergoeding van de statutair bestuurder.

1. *New Hairstyle* en de bestuurder

1.1 De Hoge Raad heeft met zijn uitspraak van 30 juni 2017 (hierna: “*New Hairstyle*”) helderheid geboden over het karakter van de billijke vergoeding, de wijze waarop deze kan worden begroot en de elementen die daarin redelijkerwijs tot uitdrukking kunnen komen.² Daarmee heeft de Hoge Raad een goede leidraad gegeven voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. De lagere rechtspraak heeft daarvan graag gebruikgemaakt. In bijna alle uitspraken die na *New Hairstyle* zijn geweest, is de begroting van de billijke vergoeding namelijk expliciet gebaseerd op de rechtsoverwegingen van *New Hairstyle* en vaak ook beduidend concreter gemotiveerd dan voordien.³

1.2 Is *New Hairstyle* onverkort van toepassing op de billijke vergoeding voor de statutair bestuurder (hierna: “de bestuurder”)? Deze vraag wordt hieronder beantwoord voor de BV-bestuurder. Daarbij wordt eerst ingegaan op art. 7:682 lid 3 BW, in het bijzonder op het karakter van deze billijke vergoeding in het licht van *New Hairstyle*. Vervolgens wordt ingegaan op de verschillende elementen die bij de begroting van de billijke vergoeding voor de bestuurder kunnen worden meegenomen. In dat kader komen onder andere de contractuele vergoeding en gemiste financiële aanspraken aan bod, mede in het licht van de Baijingsleer. We sluiten af met een conclusie en een aantal tips.

2. Art. 7:682 lid 3 BW

2.1 Anders dan de ‘gewone’ werknemer kan de bestuurder zijn arbeidsrechtelijke ontslag niet ongedaan maken.⁴ Daarop bestaat slechts één uitzondering: als de opzegging in strijd is met een opzegverbod. In dat geval kan de bestuurder ex art. 7:681 lid 1 onder b BW in eerste aan-

leg vernietiging van de opzegging verzoeken.⁵ Daarbuiten heeft de bestuurder alleen het instrument van de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 BW tot zijn beschikking om genoegdoening te krijgen voor een opzegging waarmee hij zich vanuit arbeidsrechtelijk perspectief niet kan verenigen.⁶ Voor andere billijke vergoedingen komt de bestuurder in eerste aanleg niet in aanmerking.

2.2 In art. 7:682 lid 3 BW (juncto art. 7:671 lid 1 sub e BW) is bepaald dat aan de bestuurder die geen ontslagbescherming toekomt⁷ een billijke vergoeding kan worden toegekend indien:

- sub a: de opzegging in strijd is met art. 7:669 BW (geen redelijke grond, of schending van de herplaatsingsplicht), of;
- sub b: de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

2.3 De onder a-grond sluit aan op het ontbreken van een preventieve ontslagtoets voor de bestuurder. Zou die ontslagtoets er wel zijn geweest, dan had het ontbreken van een ontslaggrond zich immers vertaald in een afwijzing van een verzoek tot opzegging of ontbinding. De onder b-grond sluit aan op de toekenningsgrond voor de ‘gewone’ werknemer in art. 7:682 lid 2 onder b BW.

2.4 De bestuurder heeft daarnaast (net als iedere andere werknemer) recht op een transitievergoeding, mits is voldaan aan de daarvoor geldende voorwaarden. Eventueel kan hij ook nog aanspraak maken op een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, bijvoorbeeld bij een niet-rechtsgeeldig ontslag op staande voet.

3. Karakter van art. 7:682 lid 3 onder a en b BW in het licht van *New Hairstyle*

3.1 Voorafgaand aan *New Hairstyle* is in de literatuur verdedigd dat de onder a-grond (strijd met art. 7:669 BW) en de onder b-grond (ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werkgever) van art. 7:682 lid 3 BW als twee op zichzelf staande gronden moesten worden beschouwd. Die gronden zouden fundamenteel van elkaar verschillen. De onder a-grond zou bedoeld zijn als alternatief voor herstel van

1 Mevr. mr. S. van Waegeningh en mevr. mr. A.M. de Jong zijn advocaat bij BINGH Advocaten in Amsterdam.

2 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

3 Zie voor bestuurders bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726, Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137 en Rb. Amsterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9104.

4 Art. 7:671 lid 1 sub e BW jo. art. 2:244 lid 3 BW.

5 In hoger beroep is die vernietiging ex art. 2:244 BW echter geen optie meer en valt de bestuurder terug op de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW.

6 De bestuurder kan zich ook op vennootschapsrechtelijke gebreken in de besluitvorming beroepen. Het ontslagbesluit kan nietig (art. 2:14 BW) dan wel vernietigbaar zijn (art. 2:15 BW). Zie voor een uitgebreide toelichting J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder*, diss. 2015, H. 6.3.

7 De enige statutair bestuurder die (nog) niet onder deze categorie valt is de stichtingsbestuurder. Dat verandert als de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in werking treedt, omdat het (nieuwe) art. 2:9c lid 4 BW herstel van de arbeidsovereenkomst voor de bestuurder van alle rechtspersonen uitsluit.

de arbeidsovereenkomst. De onder b-grond zou een meer punitief karakter hebben. Volgens Van Kempen zouden ten aanzien van één ontslag zelfs twee billijke vergoedingen (een onder a- en onder b-vergoeding) kunnen worden vastgesteld.⁸ In de rechtspraak tot *New Hairstyle* was hierin geen duidelijke lijn. Soms werden de gronden zelfs als één gecombineerde grond getoetst.

3.2 Voorgaande benadering lijkt met *New Hairstyle* achterhaald. De Hoge Raad heeft daarin namelijk in algemene bewoordingen geoordeeld (r.o. 3.4.2) dat een billijke vergoeding geldt als compensatie voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever. Volgens de Hoge Raad kan de ernstige verwijtbaarheid daarbij ook besloten liggen in de situatie waarin de wet aanspraak geeft op een billijke vergoeding (impliciete ernstige verwijtbaarheid).⁹ De Hoge Raad heeft voormeld compensatie-uitgangspunt niet beperkt tot de billijke vergoeding van art. 7:681 BW. Daarom mag worden aangenomen dat het compensatie-uitgangspunt voor iedere billijke vergoeding geldt waarvan de grondslag is gelegen in (impliciet) ernstig verwijtbaar handelen.¹⁰ Het geldt volgens ons dus ook voor de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 BW. Dat is ook in lijn met de wetsgeschiedenis.¹¹ *New Hairstyle* is om dezelfde reden overigens niet van toepassing op de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW, omdat ernstige verwijtbaarheid daarvoor juist geen vereiste is.

3.3 Volgens de Hoge Raad blijkt verder uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever geen specifiek punitief karakter aan de billijke vergoeding heeft willen toekennen. Daarmee behoort bij het vaststellen van deze vergoeding dus ook geen rekening te worden gehouden (r.o. 3.4.5). Volgens Kruit volgt uit het woord 'specifiek' in combinatie met de verwijzing in r.o. 3.4.5 naar de conclusie van de A-G onder 3.50-3.55 dat de billijke vergoeding onder omstandigheden wel mede een punitief karakter mag hebben. Dat zou het geval zijn wanneer geen sprake is van aantoonbare concrete schade van de werknemer.¹² Wij zien dit iets anders.¹³ Dat de Hoge Raad in dit verband het woord 'specifiek' heeft gebruikt, lijkt slechts te volgen uit de verwijzing die de Hoge Raad in de zin daarvoor maakt naar de preventieve werking die volgens hem van de billijke vergoeding uit kan gaan. Kort gezegd: een ernstig verwijtbare opzegging mag niet voordeliger zijn dan het nemen van de juiste juridische stappen of het laten voortduren van de arbeidsovereenkomst.¹⁴ Voorkomen is echter niet hetzelfde als bestraf-

fen, zoals de A-G onder 3.53 ook schrijft. Uit het arrest blijkt verder dat de billijke vergoeding zich nadrukkelijk richt op het compenseren van de werknemer. De begroting daarvan vindt volgens de begrotingsmethodiek van de Hoge Raad (zie hieronder) volledig plaats vanuit diens perspectief. Het is daarbij irrelevant of en hoe 'bestraffend' de werkgever deze sanctie ervaart.

3.4 Het ontbreken van een punitief karakter maakt de billijke vergoeding echter geen neutrale compensatie. De Hoge Raad heeft immers in *New Hairstyle* geoordeeld (r.o. 3.4.5) dat de mate van verwijtbaarheid bij de werkgever mede bepalend is voor de berekening van de omvang van het gederfde inkomen dat in de billijke vergoeding kan worden verdisconteerd. Fout handelen wordt dus wel bestraft, maar dan binnen de context van het compenseren van werknemer. Dit is terug te zien in de door Kruit geanalyseerde lagere rechtspraak waarin voor ernstig verwijtbaar handelen, waaruit geen directe inkomensschade voortvloeit, toch een aanvullende component in de billijke vergoeding is opgenomen.¹⁵ Veelal wordt dit aangeduid als 'immateriële vergoeding'.

3.5 Uit bovenstaande rechtsoverwegingen volgt naar ons oordeel de volgende tussenconclusie:

1. *New Hairstyle* is van toepassing op de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 BW;¹⁶
2. het karakter van de billijke vergoeding voor expliciete en impliciete ernstige verwijtbaarheid is gelijk, dus de billijke vergoeding van de onder a-grond en onder b-grond van art. 7:682 lid 3 BW ook;
3. de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 BW compenseert de bestuurder voor ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Van een punitief element is daarbij geen sprake.

3.6 Wij vinden deze conclusie overigens ook inhoudelijk gerechtvaardigd. Het ontslagsysteem stelt de aanwezigheid van een redelijke ontslaggrond immers centraal voor ieder ontslag, dus ook dat van de bestuurder. Het ontbreken daarvan moet daarom redelijkerwijs als ernstig verwijtbaar worden gekwalificeerd, juist voor de bestuurder voor wie het ontslag onomkeerbare gevolgen heeft. Volgens ons wordt daarmee de ontslagbevoegdheid van de AVA niet beperkt, want uit Boek 2 volgt niet dat de bestuurder te allen tijde zonder vergoeding moet kunnen worden ontslagen.¹⁷

4. Begroting van de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 BW in het licht van *New Hairstyle*

4.1 De Hoge Raad heeft in *New Hairstyle* handvatten gegeven voor de begroting van de billijke vergoeding. De rechter moet de billijke vergoeding vaststellen op een wijze die en

8 Zie o.a. M.W.A.M. van Kempen, 'De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd', *TAO* 2016/1, p. 38 en 39.
 9 De HR verwijst hiervoor naar *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 80 en 4, p. 61.
 10 Zie ook: conclusie A-G mr. R.H. de Bock 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:185, onder 3.15-3.20 die op haar beurt naar de literatuur verwijst.
 11 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, p. 4, 61 (nader verslag).
 12 P. Kruit, 'De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel de gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief', *TAP* 2017/6. Zie ook noot I.H. Kersten bij *New Hairstyle*, *JIN* 2017/171.
 13 Zie ook: conclusie A-G mr. R.H. de Bock 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:185, onder 3.23.
 14 Zie ook: N. Jansen & R. Rietveld, 'De begroting van de billijke vergoeding in het arbeidsrecht', *TvO* oktober 2017, nr. 4, p. 175.

15 P. Kruit, 'De billijke vergoeding na *New Hairstyle*: hoe nu verder?', annotatie *VAAN AR Updates* 28 november 2017.
 16 Zie ook noot E. Verhulst bij *New Hairstyle*, *NJ* 2017/298, onder 5.
 17 Zaal & Bennaars, 'De BV-bestuurder beklemd', *TAO* 1 maart 2015, p. 24.

op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. De rechter dient in de motivering van zijn oordeel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding hebben geleid (r.o. 3.4.2). Daarbij mag rekening worden gehouden met de gevolgen van het ontslag, indien en voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het aan de werkgever te maken verwijt.

4.2 De Hoge Raad heeft verder overwogen (r.o. 3.4.4) dat bij het vaststellen van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW rekening mag worden gehouden met het loon dat de werknemer zou hebben genoten als hij de opzegging zou hebben vernietigd. Daarbij hangt het volgens de Hoge Raad van de omstandigheden af welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden genomen, waaronder of een rechtmatig ontslag op termijn mogelijk zou zijn geweest. De Hoge Raad baseert deze begrotingssystematiek op de keuzemogelijkheid van art. 7:681 BW en op een passage uit de wetsgeschiedenis. De billijke vergoeding moet daarom worden begroot als een reëel en redelijk alternatief voor herstel. Sagel heeft deze begrotingsbenadering voor de billijke vergoeding al in 2015 bepleit en als “spiegelen” en de “hypothetische gevalsvergelijking” aangeduid.¹⁸

4.3 Of en in hoeverre bij de vaststelling van de billijke vergoeding rekening wordt gehouden met het ‘misgelopen’ salaris, hangt volgens de Hoge Raad onder meer af van de volgende omstandigheden (r.o. 3.4.5):

- a. de mate van verwijtbaarheid aan beide zijden (waarbij een schending door werkgever van zowel de onder a-grond als de onder b-grond volgens ons een zwaardere mate van verwijtbaarheid oplevert);
- b. redenen voor de werknemer om af te zien van vernietiging in relatie tot de ernstige verwijtbaarheid van werkgever (deze omstandigheid weegt dus niet mee bij de bestuurder);
- c. een nieuwe baan en de inkomsten daaruit;
- d. andere inkomsten die in redelijkheid in de toekomst kunnen worden verworven;
- e. de transitievergoeding.

4.4 Deze lijst is niet limitatief. De feitenrechter moet immers de ruimte hebben om de billijke vergoeding te begroten op een wijze die aansluit op de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Vooropstaat dat het aan de werknemer is om te stellen en te bewijzen wat de omvang van de billijke vergoeding moet zijn. Meer concreet, om adequate informatie te verschaffen over (in ieder geval) de te verwachten resterende duur van de arbeidsovereenkomst, de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de te verwachten werkloosheidsduur.¹⁹ Het ligt daarbij in de rede

elementen van de billijke vergoeding die zien op schadevergoeding overeenkomstig het schadevergoedingsrecht van art. 6:95 e.v. te begroten (r.o. 3.4.5). Deze regels bieden de rechter ruimte met alle omstandigheden van het geval rekening te houden en de schade eventueel te schatten als die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.²⁰ Daarbij geldt overigens als uitgangspunt dat schade niet dubbel geteld kan worden.²¹

4.5 Als gezegd kan de bestuurder niet kiezen tussen vernietiging en een billijke vergoeding. De alternatief-benadering van *New Hairstyle* is daardoor niet één op één toe te passen op de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 BW.²² Wij achten het echter objectief gerechtvaardigd dat wel te doen. Ook voor de bestuurder is het verlies van loonbetaling immers een rechtstreeks gevolg van het de werkgever te maken verwijt. Het ligt naar ons oordeel daarom in de rede voor de begroting van de billijke vergoeding in beginsel aan te sluiten bij de situatie waarin de opzegging wordt weggedacht en dus aanspraak op doorbetaling van loon en overige op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarden zou hebben bestaan. Hieronder wordt deze methode toegepast op het ontslag van de bestuurder.

5. Elementen begroting art. 7:682 lid 3 BW

5.1 De hiervoor onder a, c, d en e genoemde omstandigheden komen ook in beeld bij de begroting van de billijke vergoeding voor de bestuurder.²³ Met een bestuurder zijn echter vaak aanvullende financiële afspraken gemaakt. De vraag rijst in hoeverre deze afspraken (kunnen) worden verdisconteerd in de billijke vergoeding.

5.1.1 Contractuele beëindigingsvergoeding

5.1.2 Een bestuurder heeft vaak een contractuele beëindigingsvergoeding. Voor zover de contractuele beëindigingsvergoeding strekt tot compensatie van de gevolgen van het ontslag, achten wij het in lijn met de benadering van de hypothetische gevalsvergelijking in *New Hairstyle* om deze (al dan niet geheel, afhankelijk van de mate van verwijtbaarheid en de hoogte van de contractuele vergoeding) te verdisconteren in de billijke vergoeding. Hetzelfde gebeurt immers met de transitievergoeding; deze zou de bestuurder bij een hypothetische vernietiging ook niet ontvangen. Daarmee wordt naar ons oordeel niet gehandeld in strijd met het in art. 7:682 lid 7 BW neergelegde verbod tot uitsluiting of beperking van de bevoegdheid een billijke vergoeding te

18 S.F. Sagel, ‘Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)’, *TRA* 2015/56 (p. 9 en 10).

19 Conclusie A-G mr. R.H. de Bock 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:185, onder 3.24. Dit blijkt in de praktijk nog te weinig te gebeuren, zie J.H. Bennaars, R.D. Rietveld & E. Verhulst, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de WWZ’, rapport in opdracht van het ministerie van SZW, 20 december 2017, p. 24.

20 Conclusie A-G mr. R.H. de Bock 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:185, onder 3.21.

21 Hetgeen ervoor pleit de gefixeerde schadevergoeding te betrekken in de begroting van de billijke vergoeding. Zie ook: N. Jansen & R. Rietveld, ‘De begroting van de billijke vergoeding in het arbeidsrecht’, *TvO* oktober 2017, nr. 4, p. 176 en noot E. Verhulst bij *New Hairstyle*, *NJ* 2017/298, onder 4.

22 Dit is alleen anders bij opzegging wegens strijd met een opzegverbod ex art. 7:681 lid 1 onder b BW juncto art. 7:670 BW. In dat geval kan de bestuurder zowel vernietiging als een billijke vergoeding vragen.

23 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137 en Rb. Amsterdam 7 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9104.

verzoeken.²⁴ Die bevoegdheid blijft immers bestaan. De contractuele beëindigingsvergoeding wordt slechts betrokken bij de begroting van de billijke vergoeding.

5.1.3 In een recente uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch – die overigens geen betrekking had op een bestuurder – leek echter bij de vaststelling van de billijke vergoeding geenszins rekening te worden gehouden met de (aanzienlijke) contractuele beëindigingsvergoeding (ruim € 200.000).²⁵ Het Hof overwoog in het kader van de door hem gemaakte gevalsvergelijking weliswaar dat hij 'had onderkend' dat werknemer ook een contractuele vergoeding toekwam, maar leek die geenszins te verrekenen met de door hem begrote billijke vergoeding.

5.2.1 Gemiste financiële aanspraken

5.2.2 Met bestuurders worden in aanvulling op het vaste salaris vaak additionele financiële afspraken gemaakt. Denk daarbij aan (korte en lange termijn) bonusregelingen en optie- en aandelenafspraken. Die afspraken kunnen vaak pas na verloop van een bepaalde periode worden verzilverd. Als voor het verstrijken van die periode ontslag wordt verleend, vindt verzilvering doorgaans geen plaats. Daardoor kan de bestuurder aanzienlijke schade lijden. Die schade kan bij een ernstig verwijtbaar ontslag in de zin van art. 7:682 lid 3 BW worden meegenomen in de begroting van de billijke vergoeding, indien en voor zover die schade het directe gevolg is van het ernstig verwijtbaar handelen. Uit *New Hairstyle* volgt dat het schadevergoedingsrecht van art. 6:95 e.v. BW van overeenkomstige toepassing op die schade elementen is.

5.2.3 Juist bij bonusaanspraken kan het lastig zijn op voorhand een schadeberekening te maken. De hoogte daarvan is doorgaans immers afhankelijk van meerdere onzekere toekomstige omstandigheden, waaronder (bedrijfs) economische en prestatiegerelateerde factoren. De bestuurder kan daarop bovendien geen invloed meer uitoefenen. Hoe weeg je dat mee? Het schadevergoedingsrecht biedt daarvoor handvatten. Zo oordeelde de Rechtbank Noord-Nederland over de billijke vergoeding in verhouding tot een tussen partijen overeengekomen, misgelopen earn-out-regeling. Als de arbeidsovereenkomst nog één jaar zou zijn voortgezet, zou dat voor de bestuurder tot een maximale variabele beloning hebben kunnen leiden van € 100.000. Hoewel van de misgelopen earn-out geen concrete schadeberekening kon worden opgesteld, vertaalde de rechtbank dit naar een door de bestuurder "gemiste kans", die de rechtbank op basis van billijkheid vaststelde op een compensatie van € 10.000.²⁶ Daarmee leek de rechtbank aansluiting te zoeken bij art. 6:105 BW.

5.2.4 De hoogte van de schade van misgelopen opties- en aandelenpakketten is ook afhankelijk van toekomstige onzekere variabelen. Die schade is echter na verloop van tijd veelal wel concreet vast te stellen, bijvoorbeeld na vaststelling van de jaarrekening. Dit kan knellen met de korte vervaltermijn die geldt voor art. 7:682 lid 3 BW en de relatief korte doorlooptijd van deze procedure. Omdat geen sprake is van een zuivere schadevergoeding, lijkt verwijzing naar een schadestaatprocedure van art. 612 Rv niet mogelijk. Het losknippen van een vergoedingselement valt bovendien bezwaarlijk te rijmen met het feit dat op basis van art. 7:682 lid 3 BW uiteindelijk met inachtneming van alle relevante omstandigheden tot één billijke vergoeding moet worden gekomen. Dit is in lijn met de in de rechtspraak verankerde *Bajings* leer dat de rechter bij het vaststellen van een door hem toe te kennen vergoeding op grond van redelijkheid en billijkheid in beginsel alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren meeweegt.²⁷ In het *Bajings* arrest is echter uitgemaakt dat hierop een uitzondering kan worden gemaakt als de rechter bepaalde factoren uitdrukkelijk buiten beschouwing laat. Wij kunnen ons voorstellen dat een bestuurder een beroep op deze uitzondering kan doen als de concrete begroting van een schadecomponent nader onderzoek vergt en dus (nog) niet kan worden vastgesteld. Naarmate het financiële belang groter is, zal de bestuurder daarbij meer belang hebben om te voorkomen dat de betrokken schadecomponent 'op basis van billijkheid' te laag wordt vastgesteld. Dat zou er dus toe kunnen leiden dat een onderdeel van de door de bestuurder geleden schade als gevolg van het onrechtmatig ontslag in een separate procedure wordt gevorderd op basis van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).

6. Dezelfde benadering voor de bestuurder

6.1 Bovenstaande bevindingen brengen ons tot de volgende conclusie. De billijke vergoeding van art. 7:682 lid 3 onder a en b BW hebben hetzelfde karakter. Zij compenseren de bestuurder voor de gevolgen van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dat tot ontslag heeft geleid. Bij de begroting van die compensatie moet rekening worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval. Daarbij ligt het in de rede een vergelijking te maken tussen de inkomenssituatie van de bestuurder mét en zónder ernstig verwijtbaar ontslag. Voor zover elementen zich daartoe lenen, heeft het schadevergoedingsrecht overeenkomstige toepassing. Juist bij bestuurders kan dit uitkomst bieden, omdat zij vaak bijzondere financiële afspraken hebben gemaakt waarvan de waarde afhankelijk is van toekomstige onzekere variabelen. Een billijkheidsoordeel leent zich wellicht niet altijd voor beoordeling van de concrete waarde daarvan. Het schadevergoedingsrecht lijkt daarvoor beter geëquipeerd.

24 Zie anders, zij het voor *New Hairstyle*: Van Kempen, 'De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd', *TAO* nr. 1 en Beltzer & Rietveld, 'De Statutair bestuurder in de Wet werk en zekerheid', *Onderneming en Financiering* 2016, 24.

25 Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:254.

26 Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.

27 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AM1905, m.nt. P.A. Stein (*Bajings/mr. H.*).

7. Tips

7.1 Ten slotte nog een paar suggesties. *New Hairstyle* brengt zowel voor de bestuurder als de werkgever belangrijke aandachtspunten met zich:

1. als met de contractuele vergoeding wordt beoogd in de gevolgen van het ontslag te voorzien, zal de hoogte daarvan meewegen bij de begroting van de billijke vergoeding. Het verdient aanbeveling de tekst van de afspraken daarop af te stemmen;
2. verdisconteer in de aanvullende financiële (bonus-/optie-/aandelen)afspraken waar mogelijk en aangewezen ook de gevolgen van een voortijdig ontslag, zodat over de misgelopen waarde van die afspraken later zo min mogelijk discussie kan ontstaan;
3. concretiseer zo goed mogelijk de te onderscheiden elementen van de billijke vergoeding en maak daarbij helder onderscheid tussen de 'billijke' en 'schade' componenten en pas de begrotingssystematiek daarop aan.