

De invloed van de Wet werk en zekerheid op *bad leaver*-bepalingen in managementparticipatieovereenkomsten

Mr. P. Beerda en mr. L. Klapwijk *

Inleiding

Per 1 juli 2015 wijzigt het ontslagrecht door de Wet werk en zekerheid (Wwz). Deze wetswijziging heeft gevolgen voor bestaande en toekomstige managementparticipatieovereenkomsten. In dergelijke overeenkomsten zijn veelal *leaver*-bepalingen opgenomen, op grond waarvan een manager bij zijn vertrek een hoge of een lage vergoeding voor zijn participatie in het kapitaal van de vennootschap ontvangt. Onder meer het huidige artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zal komen te vervallen. Juist bij deze wettelijke bepaling wordt in de praktijk aansluiting gezocht voor de kwalificatie van *bad leaver*, en dat blijft niet zonder gevolgen. Deze bijdrage gaat in op deze gevolgen voor bestaande *bad leaver*-bepalingen, laat zien hoe een mogelijk toekomstige *bad leaver*-bepaling kan luiden en zal een mogelijke oplossing aanreiken voor geschillen over bestaande bepalingen onder komend recht. Voordat we hieraan toekomen, zullen we kort aandacht besteden aan *leaver*-bepalingen en de daarvoor relevante wijzigingen in het arbeidsrecht.

Leaver-bepalingen

Indien aandeelhouders (bijvoorbeeld *private equity*-partijen) het management (en/of bepaalde *key employees*) de mogelijkheid bieden om te investeren in de (*portfolio*) vennootschap, worden de daarmee gemoede afspraken over het algemeen vastgelegd in een participatieovereenkomst. Vanzelfsprekend kan een dergelijke participatie op verschillende wijzen worden vormgegeven. Ongeacht de wijze waarop een managementparticipatie wordt vormgegeven, is de bedoeling het management een extra prikkel te geven om goed te presteren door hen op termijn te laten delen in een waardevermeerdering van (het kapitaal van) de vennootschap. Dit wordt ook wel *alignment of interests* genoemd.

In deze bijdrage zullen wij ingaan op de participatievorm waarbij het management een belang neemt in het kapitaal van

de vennootschap – dat neemt niet weg dat deze bijdrage mogelijk ook relevant is voor andere participatievormen. Bij genoemde participatievorm wordt in de participatieovereenkomst uitgewerkt wanneer voor de participerende manager de verplichting ontstaat om zijn aandelen te verkopen en over te dragen aan de vennootschap, de andere aandeelhouder(s) of een derde. Dit zal onder meer het geval zijn indien de arbeidsovereenkomst van de betreffende participerende manager eindigt. Ondanks de goede intenties van partijen kunnen zij immers niet altijd voorkomen dat zich gedurende de looptijd van de samenwerking omstandigheden voordoen als gevolg waarvan het niet langer wenselijk is dat een manager blijft participeren in de vennootschap. Met het oog hierop worden in de participatieovereenkomst zogenaamde *leaver*-bepalingen opgenomen. Op grond van een *leaver*-bepaling is een manager bij zijn vertrek gehouden zijn belang in het kapitaal van de vennootschap aan te bieden aan de andere aandeelhouder(s) of aan de vennootschap. Afhankelijk van de omstandigheden waaronder de manager vertrekt, bepaalt de *leaver*-bepaling of de betreffende manager kwalificeert als *good* of *bad leaver*.

Indien de manager kwalificeert als *bad leaver*, geldt een korting op de verkoopprijs van zijn aandelen. Vaak bedraagt de verkoopprijs in dat geval het lagere van een bepaald percentage van de marktwaarde van de betreffende aandelen en een bepaald percentage van het door de manager voor de aandelen betaalde bedrag. Dit kan tot gevolg hebben dat de manager een lager bedrag voor zijn aandelen ontvangt dan hij aanvankelijk heeft ingelegd. Indien de manager kwalificeert als *good leaver*, geldt als verkoopprijs veelal de marktwaarde van de aandelen.

Participatieovereenkomsten zijn maatwerk. Om die reden bestaan er verschillende varianten van *leaver*-bepalingen en variëren de omstandigheden waaronder een manager als *bad leaver* of *good leaver* wordt aangemerkt. In deze bijdrage zal de focus liggen op *bad leaver*-bepalingen en managers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. In *bad leaver*-bepalingen wordt, vaak naast andere gronden die leiden tot de kwalificatie *bad leaver* (zoals opzegging door de manager van

* Mr. P. Beerda en mr. L. Klapwijk zijn beiden advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.

zijn arbeidsovereenkomst, beëindiging wegens een dringende reden van de werkgever als bedoeld in art. 7:678 BW of het door de manager in strijd handelen met zijn concurrentiebeding), veelal verwezen naar gewichtige redenen als bedoeld in artikel 7:685 BW die overwegend aan de manager te wijten zijn. In de praktijk ziet men geregeld *bad leaver*-bepalingen die – voor het doel van deze bijdrage gesimplificeerd – de volgende strekking hebben (in deze bijdrage wordt de situatie dat een manager op basis van een overeenkomst van opdracht werkzaam of tevens statutair bestuurder is, buiten beschouwing gelaten):

‘Indien de arbeidsovereenkomst tussen de manager en de vennootschap (“Arbeidsovereenkomst”) eindigt of wordt beëindigd, is de betreffende manager (“Leaver”) verplicht zijn gehouden aandelen aan de andere aandeelhouder aan te bieden (...).

Een Leaver wordt geacht voor de toepassing van dit artikel een “Bad Leaver” te zijn indien de Arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de manager door de vennootschap wordt beëindigd ten gevolge van ontslag op staande voet op grond van dringende redenen als bedoeld in artikel 7:678 BW (dringende reden werkgever) ofwel door ontbinding als bedoeld in artikel 7:685 BW (gewichtige reden), voor zover het ontstaan van de gewichtige reden in overwegende mate te wijten is aan de manager, vastgesteld door een gerechtelijke uitspraak, die in kracht van gewijsde is gegaan, of in een onderhandse overeenkomst buiten rechte, zoals een vaststellingsovereenkomst.’

Een dergelijke bepaling komt erop neer dat de manager als *bad leaver* wordt aangemerkt als het ontslag in overwegende mate aan hem te wijten is. Is het ontslag niet in overwegende mate aan hem te wijten, dan kwalificeert hij over het algemeen als *good leaver*. Indien partijen er in onderling overleg niet uitkomen of sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de manager, dan kan de werkgever (of de werknemer) de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Indien de kantonrechter ontbindt, zal hij doorgaans de kantonrechttersformule toepassen om de ontbindingsvergoeding te berekenen. Door toepassing van deze formule geeft hij een oordeel over de verwijtbaarheid en/of in wiens risicosfeer de beëindigingsgrond ligt. De verwijtbaarheid komt tot uitdrukking in de zogenaamde correctiefactor van de kantonrechttersformule.¹ Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en de kantonrechter een correctiefactor hanteert lager dan 1, dan is het ontslag te wijten aan de manager. Hanteert de kantonrechter echter een correctiefactor van 1 of hoger dan 1, dan komt daarin tot uitdrukking dat het ontslag niet aan de manager te wijten is. Bij een verwijzing in de *leaver*-bepaling naar artikel 7:685 BW (gewichtige redenen) en verwijtbaarheid aan de zijde van de manager kunnen partijen uit een beschikking van de kantonrechter in een ontbin-

dingsprocedure veelal afleiden of sprake is van gewichtige redenen en verwijtbaarheid aan de zijde van de manager.

Artikel 7:685 BW wordt echter met ingang van 1 juli 2015 geschrapt en gewijzigd als gevolg van de Wwz.² Daarom is het de vraag of de contractuele constructie zoals hiervoor beschreven nog wel werkt na deze datum.

Wet werk en zekerheid

De Wwz behelst diverse onderdelen, waaronder maatregelen betreffende de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, herziening van het ontslagrecht, wijziging van de ketenregeling en maatregelen die de Werkloosheidswet (WW) en Ziektewet raken. De wet is het resultaat van overleg van de regering met sociale partners en beoogt, kort samengevat:

1. de rechtspositie van flexwerkers te versterken en doorstroom naar vaste arbeid te verbeteren;
2. het ontslagrecht te vereenvoudigen, meer te richten op het vinden van een nieuwe baan en minder kostbaar te maken; en
3. de WW een meer activerend karakter te geven.³

De Wwz is niet gespaard gebleven van kritiek.⁴ Dit onder andere omdat de beoogde doelstellingen van de wetwijziging volgens vele auteurs niet bereikt zullen worden. Een deel van de Wwz is al in werking getreden en een deel zal nog in werking treden.⁵ Het ontslagrecht zal op 1 juli 2015 worden gewijzigd. Omdat slechts de wijziging van het ontslagrecht van invloed zal zijn op *leaver*-bepalingen, beperkt deze bijdrage zich hierna tot een korte bespreking van het huidige ontslagrecht en de voor de *leaver*-bepalingen relevante wijzigingen.

Het huidige ontslagrecht wordt gekenmerkt door het zogenaamde duale stelsel. Om afscheid te kunnen nemen van een werknemer, kan de werkgever ervoor kiezen om de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van gewichtige redenen (zie art. 7:685 BW) of bij het UWV een ontslagvergunning aan te vragen om de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig te kunnen opzeggen.⁶ Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, zal hij in de regel een ontslagvergoeding op basis van de kantonrechttersformule aan de werknemer toekennen. Het UWV heeft geen bevoegdheid om een vergoeding toe te kennen aan de werk-

1. Zie in dit verband uitgebreid: De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechtters, p. 5.

2. Kamerstukken II 2013/14, 33818. Het wetsvoorstel is op 10 juni 2014 aangenomen door de Eerste Kamer.

3. Zie voor de letterlijke en uitgebreidere tekst: Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 3-6.

4. Zie o.a. C.J.H. de Groot, De flexmaatregelen van de Wet werk en zekerheid, TAP 2014/267, R.A.A. Duk, Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucaat, TRA 2014/26, A.J. Swelheim, Draait de redelijke grond de ontbindingsprocedure op slot?, Arbeids-Recht 2014/51, A. van Zanten-Baris, Versoepeling van het ontslagrecht onder de wet werk en zekerheid? AA 2014/717 en P. Kruit, De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?, TAP 2014/8.

5. Voor de data van inwerkingtreding van alle wetwijzigingen onder de Wwz, zie Besluit van 10 juli 2014, Stb. 2014, 274.

6. Art. 6 BBA 1945.

nemer. Ook kan de werkgever een arbeidsovereenkomst beëindigen op grond van een dringende reden ('ontslag op staande voet') (ex art. 7:677 jo. art. 7:678 BW). Hiervoor is geen voorafgaande toestemming van het UWV of beschikking van de kantonrechter vereist. Wegens het ontbreken van een preventieve toets zijn de gronden waarop een werknemer op staande voet kan worden ontslagen, beperkt.

De wettekst van artikel 7:678 BW (dringende reden; ontslag op staande voet) blijft op grond van de Wvz gelijk en de artikelnummering wijzigt niet. De verwijzing naar dit artikel in *bad leaver*-bepalingen brengt derhalve geen implicaties met zich na inwerkingtreding van de Wvz. Dit is wezenlijk anders ten aanzien van het huidige artikel 7:685 BW (gewichtige redenen) en de introductie van de transitievergoeding. Wij signaleren in dat kader drie relevante wijzigingen en de gevolgen daarvan voor bestaande *bad leaver*-bepalingen in participatieovereenkomsten.

Allereerst zal de ontslaggrond 'gewichtige redenen' uit het huidige artikel 7:685 BW worden vervangen door artikel 7:669 BW (nieuw) dat in lid 1 het 'algemeen' vereiste van het aanwezig zijn van een 'redelijke grond' voor ontslag noemt. De open norm van gewichtige redenen wordt vervangen door een limitatieve opsomming van acht ontslaggronden, genoemd in artikel 7:669 lid 3 onder a t/m h BW, die uitmaken wat onder een redelijke grond wordt verstaan. De eerste grond (onder a) is die van de – kort gezegd – 'bedrijfseconomische omstandigheden'. De tweede grond is – kort gezegd – 'langdurige arbeidsongeschiktheid'. De overige zes gronden (onder c t/m h) worden samen ook wel de 'in de persoon gelegen' gronden genoemd, waarvan in het bijzonder te noemen disfunctioneren van de werknemer (onder d), verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (onder e) of een verstoorde arbeidsverhouding (onder g).

In de tweede plaats wijzigt het duale stelsel. Voortaan zal per ontslaggrond vastliggen of de werkgever de ontslagroute via het UWV of via de kantonrechter moet afleggen. Voor de twee eerstgenoemde gronden (bedrijfseconomische omstandigheden en langdurige arbeidsongeschiktheid) dient de werkgever het UWV om toestemming te vragen. Voor de andere, meer 'in de persoon gelegen' gronden dient de werkgever bij de kantonrechter te zijn.

Ten derde zal de huidige gangbare ontslagvergoeding (kantonrechttersformule) worden vervangen door de forfaitaire transitievergoeding, die – in tegenstelling tot de huidige ontslagvergoeding – een wettelijke basis heeft gekregen in artikel 7:673 e.v. BW (nieuw). De berekenwijze voor de hoogte van deze vergoeding ligt verankerd in genoemd artikel. De transitievergoeding is verschuldigd bij ieder ontslag, tenzij de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De kantonrechter heeft geen bevoegdheid om de hoogte van de vergoeding aan te passen. De kantonrechter kan uitsluitend een additionele billijke vergoeding toekennen aan de werknemer (boven op de wette-

lijke transitievergoeding) indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Dit betekent dat voor een corrigerende C-factor (zoals in de huidige kantonrechttersformule) geen ruimte meer is. Het gevolg hiervan is dat de kantonrechter minder snel zal ingaan op de verwijtbaarheid zijdens werknemer en werkgever en meer 'digitaal' zal toetsen of aan de desbetreffende ontslaggrond is voldaan, tenzij sprake is van ernstige verwijtbaarheid en aldus geen transitievergoeding (indien de werknemer ernstig verwijtbaar handelde) of een additionele *billijke vergoeding* (indien de werkgever ernstig verwijtbaar handelde) verschuldigd is.

Het gevolg van bovengenoemde wijzigingen is dat bestaande *bad leaver*-bepalingen die verwijzen naar artikel 7:685 BW (ontbinding vanwege gewichtige redenen), na 1 juli 2015 verwijzen naar een niet langer bestaand wetsartikel. Zoals reeds uit het voorgaande moge blijken, is een simpele transponering naar het nieuwe artikel 7:669 BW vanwege de veranderingen ten opzichte van artikel 7:685 BW niet geheel vanzelfsprekend.

Analyse

De vraag naar aanleiding van de hiervoor genoemde wetswijziging is tweeledig: (1) hoe moet de praktijk na 1 juli 2015 met deze wijzigingen in het kader van bestaande *bad leaver*-regelingen omgaan, en (2) hoe dienen nieuwe *bad leaver*-bepalingen geredigeerd te worden? Wij zullen ons vooral richten op de eerste vraag, waarbij de hiervoor geciteerde *bad leaver*-bepaling tot uitgangspunt wordt genomen, maar besteden eerst kort aandacht aan de tweede vraag.

Toekomstige *bad leaver*-bepalingen

Het ligt voor de hand om bij het opstellen van nieuwe *bad leaver*-bepalingen aan te sluiten bij artikel 7:669 BW (nieuw). Ten opzichte van de oude wettelijke regeling ontstaat er dan wel een discrepantie, omdat de kantonrechter zich niet meer kan uitlaten over alle ontslaggronden door de wijziging van het duale stelsel en hij de component van verwijtbaarheid niet meer kan uitdrukken in een correctiefactor. Daar staat tegenover dat men vermoedt dat als gevolg van het feit dat de kantonrechter zich niet langer over verwijtbaarheid kan uitlaten, hij minder snel tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan.⁷ Indien de arbeidsovereenkomst niet wordt ontbonden, ontstaat er ook geen aanbiedingsplicht voor de manager. Hierna volgt een voorbeeld van een *bad leaver*-bepaling zoals deze na 1 juli 2015 zou kunnen luiden:

'Indien de arbeidsovereenkomst tussen de manager en de vennootschap ("Arbeidsovereenkomst") eindigt of wordt beëindigd, is de betreffende manager ("Leaver") verplicht

7. Zie o.a. Swelheim 2014 en P. Kruit, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2013: het einde van de ontbindingsvergoeding aangekondigd, *Arbeids-Recht* 2014/43. Ook de kantonrechtters in het arrondissement Rotterdam hebben de lokale arbeidsrechtadvocaten en -juristen meegedeeld minder snel tot ontbinding over te zullen gaan.

zijn gehouden aandelen aan de andere aandeelhouder aan te bieden (...).

Een Leaver wordt geacht voor de toepassing van dit artikel een “Bad Leaver” te zijn indien de Arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de manager door de vennootschap wordt beëindigd ten gevolge van:

- a. ontslag op staande voet vanwege een dringende reden als bedoeld in artikel 7:678 BW;
- b. opzegging door de vennootschap op grond van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder a en b BW voor zover het UWV toestemming heeft verleend voor deze opzegging; en/of
- c. ontbinding door de rechter op grond van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder c t/m h BW voor zover vastgesteld in een gerechtelijke uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan;

dan wel dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens een of meerdere gronden genoemd onder b en/of c tussen partijen is vastgelegd in een onderhandse overeenkomst buiten rechte, zoals een vaststellingsovereenkomst, zonder dat het UWV toestemming heeft verleend of de rechter de ontbinding heeft vastgesteld in een gerechtelijke uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan.’

Als wordt aangesloten bij artikel 7:669 BW (nieuw) zal per in dat artikel genoemde ontslaggrond moeten worden bekeken of die tot de kwalificatie *good* of *bad leaver* dient te leiden, waarbij het minder makkelijk wordt om verwijtbaarheid als algemeen criterium te hanteren. Denkbaar is dat de onder b genoemde gronden (bedrijfseconomische omstandigheden en langdurige arbeidsongeschiktheid) als *good leaver*-gronden worden aangemerkt en de meer in de persoon gelegen gronden, zoals disfunctioneren en verwijtbaarheid, die vallen onder c, als *bad leaver*-gronden.

Bestaande bad leaver-bepalingen

Vanzelfsprekend kunnen bestaande *bad leaver*-bepalingen worden herschreven naar nieuw recht. Het is de vraag of de participerende managers dit acceptabel vinden, omdat in bestaande regelingen een bepaalde verhouding is vastgelegd en de wetswijziging materiële veranderingen met zich brengt die in die verhouding mogelijk ten nadele van de manager werken, nu het niet langer mogelijk lijkt een oordeel van een onafhankelijke derde over de verwijtbaarheid te krijgen. Suggesties in dit verband zullen wij hierna geven. Voordat we daartoe overgaan, schetsen we eerst de mogelijke gevolgen als bestaande regelingen niet worden aangepast.

Het staat vast dat door de wetswijziging – waarbij artikel 7:685 BW (gewichtige redenen) komt te vervallen, er met artikel 7:669 BW (nieuw) een nieuw algemeen ontslagartikel wordt geïntroduceerd en er bovendien geen overgangsrecht voor ontslagen na 1 juli 2015 bestaat – een onjuiste verwijzing in vele participatieovereenkomsten ontstaat. Deze vaststelling is relevant voor alle *leaver*-bepalingen waarin verwezen wordt naar een ontslag op grond van gewichtige redenen, ook die

waarin niet specifiek bepaald is dat de gewichtige redenen aan de manager moeten zijn te wijten, wil deze als *bad leaver* kwalificeren.

Door de *bad leaver*-bepaling ongewijzigd te laten na 1 juli 2015 ontstaat er onduidelijkheid over de aanbiedingsplicht voor zowel de manager als de andere aandeelhouder(s). Mocht een manager, ondanks het feit dat hij na 1 juli 2015 ontslagen is op grond van een redelijke grond uit artikel 7:669 BW (nieuw), zich op het standpunt stellen dat hij niet kwalificeert als *bad leaver* omdat geen sprake is van ontslag op grond van een gewichtige reden als bedoeld in artikel 7:685 BW, en de andere aandeelhouder(s) zich daartegen verzet(ten), verzanden partijen vermoedelijk in een uitlegkwestie van de betreffende *bad leaver*-bepaling. Het zal dan, in een separate procedure die de manager dan jegens de andere aandeelhouder(s) aanhangig zal maken (de manager is dan immers al ontslagen), aankomen op de welbekende:

‘(...) zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’⁸

De andere aandeelhouder(s) zal (zullen) zich waarschijnlijk op het standpunt stellen dat partijen hebben beoogd aansluiting te vinden bij een ‘objectieve’ – namelijk door een derde (kantonrechter) uit te voeren – waardering van het vertrek van de manager. Het oordeel van deze ‘derde’ zal na 1 juli 2015 gebaseerd zijn op artikel 7:669 BW (nieuw). De manager zal anders betogen: er staat wat partijen hebben bedoeld en daaraan moet worden vastgehouden, wat tot de conclusie leidt dat hij als *good leaver* kwalificeert. Hoewel wij het waarschijnlijk achten dat de rechter over het algemeen zal kiezen voor de uitleg van de andere aandeelhouder(s), mede omdat de memorie van toelichting bepaalt dat ‘het uitgangspunt is en blijft dat een ontslag gebaseerd moet zijn op een redelijke grond, waarbij de ontslaggronden ongewijzigd blijven’,⁹ blijft dit mede afhankelijk van andere omstandigheden, als gevolg waarvan de uitkomst op voorhand niet altijd te voorspellen is. In dit verband merken wij op dat de wetswijziging naar verwachting voordelig kan uitpakken voor de manager. Zoals hiervoor al is aangegeven, is de inschatting dat de kantonrechter onder artikel 7:669 BW (nieuw) minder snel tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal overgaan, omdat hij onbillijke gevolgen niet meer kan compenseren door middel van een hogere ontslagvergoeding. Indien deze verwachting uitkomt, zal de manager minder snel verplicht worden om zijn aandelen aan te bieden.

Interessanter is de casus waarin verwijtbaarheid *wel* bestanddeel is van de *bad leaver*-bepaling. Indien het ontslag op basis van de overeenkomst tevens in overwegende mate verwijtbaar moet zijn aan de manager om te kwalificeren als *bad leaver*,

8. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Ermes/Haviltex).

9. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 5.

heeft laatstgenoemde een extra stelling om te betogen dat niet kan worden aangesloten bij artikel 7:669 BW (nieuw), althans niet tevens ertoe leidt dat hij als *bad leaver* kwalificeert. De transitievergoeding is immers kleurloos waardoor de kantonrechter de verwijtbaarheid niet langer door middel van de C-factor in de vergoeding tot uitdrukking kan brengen. Dit laat onverlet dat de andere aandeelhouder(s) hiertegen als argument kan (kunnen) aanvoeren dat het feit dat de kantonrechter overgegaan is tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, verwijtbaarheid impliceert.

Voor de ontslaggronden 'bedrijfseconomische omstandigheden' en 'langdurige arbeidsongeschiktheid' kan na inwerking-treding van de Wwz enkel de UWV-route worden bewandeld. Zoals eerder opgemerkt, zijn dit over het algemeen gronden waarvan het minder in de rede ligt dat de overwegende verwijtbaarheid aan de zijde van de manager ligt. Desondanks betekent dit een verdere uitholling van de positie van (de) andere aandeelhouder(s), waarbij deze criteria onder de huidige managementparticipatieovereenkomst *wel* gronden betreffen die tot de kwalificatie *bad leaver* leiden. Het zal vanaf 1 juli 2015 niet langer mogelijk zijn de onder de overeenkomst benodigde *gerechtelijke* uitspraak hieromtrent te krijgen.

Aanpassen bestaande bad leaver-bepalingen

Uit het voorgaande blijkt vooral dat onzeker is wat de exacte gevolgen zullen zijn van het ongewijzigd in stand laten van de bestaande *bad leaver*-bepalingen. Het staat echter wel vast dat ruimte ontstaat voor discussie, wat onder de bestaande *bad leaver*-bepalingen juist wordt voorkomen doordat partijen veelal aansluiting zoeken bij het oordeel van de kantonrechter. Omdat deze bepaling is opgenomen voor managers met wie blijkbaar onenigheid is, immers met hen kon in onderling overleg geen overeenstemming bereikt worden over het einde van het dienstverband (en het zijn van een *good* of een *bad leaver*), lijkt het ons raadzaam om te voorkomen dat er meer ruimte voor discussie ontstaat. Deze managers zullen eerder dan andere managers bereid zijn om een juridische strijd te voeren en onduidelijkheden in de *bad leaver*-bepaling zullen koren op hun molen zijn. Volgens ons is het daarom aan te bevelen de bestaande *bad leaver*-bepalingen aan te passen.

Wij zijn erop bedacht dat aanpassing van een bestaande bepaling ook aanleiding kan geven tot discussie. Een mogelijke oplossing die zowel duidelijkheid schept als de in het verleden met de manager overeengekomen verhouding zo veel mogelijk respecteert, is om aanknoping te zoeken bij artikel 7:669 BW (nieuw) en indien het element van overwegende verwijtbaarheid tevens is opgenomen in de *bad leaver*-bepaling, dit element in het geval van een dispuut voor te leggen aan een bindend adviseur (of arbiter). De bindend adviseur kan zich voor zijn oordeel richten op het recht dat geldt tot 1 juli 2015. Hoewel dit voorstel ertoe leidt dat tweemaal een beslissing van een derde wordt gevraagd, worden hiermee (langdurige) procedures over uitlegkwesties voorkomen.

Conclusie

In deze bijdrage zijn gevolgen van de wijzigingen onder de Wwz voor bestaande en toekomstige *bad leaver*-bepalingen in managementparticipatieovereenkomsten gesignaleerd. Door onduidelijkheden die zullen ontstaan door de wetwijziging, ontstaat voor bestaande managementparticipatieovereenkomsten ruimte voor uitlegdiscussies, terwijl het doel van *leaver*-bepalingen juist is die te voorkomen. Om deze procedures te vermijden is onze aanbeveling de huidige bepalingen aan te passen, waarvoor een suggestie is gedaan. Daarnaast hebben we een denkrichting proberen te bieden voor de redactie van *bad leaver*-bepalingen zoals deze na 1 juli 2015 zouden kunnen luiden.