



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder

Bennaars, J.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Bennaars, J. H. (2015). *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*.

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.

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Inleiding

In het afgelopen decennium is er vanuit verschillende invalshoeken veel aandacht geweest voor de positie van bestuurders.

Bestuurders van onder meer beursvennootschappen, financiële instellingen, en (semi-) publieke instellingen zoals ziekenhuizen en woningcorporaties hebben veelvuldig in de publieke belangstelling gestaan. Die (vaak negatieve) aandacht is voornamelijk gericht geweest op beloningen, ontslagvergoedingen en ‘verantwoordelijkheid nemen’. De maatschappelijke kritiek op (te) veel verdienende bestuurders heeft zich vertaald in een scala aan codes en regelgeving die de contractsvrijheid van partijen op het punt van beloningen aan banden probeert te leggen. Daarnaast is er in de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor corporate governance en voor het rechtspersonenrecht. Aandacht die onder meer is ingegeven door de wens Nederland als vestigingsland aantrekkelijk te houden voor buitenlandse ondernemingen. Ten slotte is er in de afgelopen jaren met enige regelmaat door juristen en sociologen stilgestaan bij de vraag welke groepen wel en welke niet de bescherming van het arbeidsrecht verdienen. Dit alles komt – al dan niet bedoeld – samen in de wet van 6 juni 2011.¹ Die wet voegt aan artikel 2:132 BW een derde lid toe waarin is bepaald dat de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap géén arbeidsovereenkomst heeft.

De drie hierboven beschreven tendensen hebben gemeen dat er weinig tot geen aandacht is voor de juridisch dogmatische aspecten van de positie van de bestuurder. Deze studie beoogt daarin te voorzien ten aanzien van de positie van bestuurders van besloten en naamloze vennootschappen. De nadruk ligt op complicaties daar waar de contractuele band tussen bestuurder en vennootschap wringt met de vennootschapsrechtelijke band.

¹ Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275, inwerkingtreding 1 januari 2013 (Besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 455).

1.1.1 *Probleemstelling*

Bestuurders van NV's en BV's hebben doorgaans een dubbele juridische band met de vennootschap. Enerzijds is sprake van een vennootschapsrechtelijke band: de statutair bestuurder wordt krachtens Boek 2 BW benoemd (en ontslagen) door een ander orgaan van de vennootschap. Door dit (aanvaarde) benoemingsbesluit verkrijgt de bestuurder zijn statutaire status en worden de betreffende bepalingen uit Boek 2 BW, zoals bepalingen over ontslag, aansprakelijkheid en bezoldiging op hem van toepassing. Hij wordt deel van de interne rechtsorde van de vennootschap. Anderzijds bestaat tussen bestuurder en vennootschap vaak ook een contractuele band. Is de bestuurder een natuurlijk persoon, dan zal in de regel sprake van een arbeidsovereenkomst. Deze relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon wordt beheerst door titel 10 van Boek 7 BW. De bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap vormt hierop als gezegd een uitzondering: vanaf 1 januari 2013 bepaalt artikel 2:132 lid 3 BW dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursgenoteerde vennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Hoewel de wet daarover niets bepaalt, ligt het voor de hand aan te nemen dat in dat geval een opdracht-overeenkomst bestaat. Ook dan blijft de dubbele band bestaan: een contractuele en vennootschapsrechtelijke band.

Tussen de contractuele en de vennootschapsrechtelijke band kan spanning bestaan. Een bekend voorbeeld is de vennootschapsrechtelijke regel dat de bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen, terwijl het arbeidsrecht allerlei beschermende bepalingen kent met betrekking tot ontslag. Een ander voorbeeld: wat is rechtens als in de (arbeids- of opdracht)overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap een ander loon is overeengekomen dan is opgenomen in het vennootschapsrechtelijke eenzijdige bezoldigingsbesluit? Doorgaans is de premisse dat deze spanning wordt veroorzaakt door het beschermingskarakter van het arbeidsrecht. Dat zou de vennootschapsrechtelijke bevoegdheidsverdeling doorkruisen, of minstgenomen daar niet bij passen. Deze tegenstelling is vooral bij ontslag pregnant, maar komt ook naar voren bij de benoeming en de beloning.

Het onderzoek richt zich op een nadere beschrijving van de verhouding tussen het vennootschapsrecht en (arbeids)overeenkomstenrecht. De kernonderwerpen van het onderzoek zijn de benoeming, de bezoldiging en het ontslag van de bestuurder. Het onderzoek beoogt aan de hand van deze nadere beschouwing een meer genuanceerd antwoord te geven op de vraag of de regels van Boek 2 en Boek 7 BW botsen, welke problemen dat oplevert en hoe die spanning kan worden opgelost. Waar nodig wordt het leerstuk van samenloop gebruikt om vraagstukken op te lossen.

1.1.2 *Plan van aanpak en verantwoording*

Het onderzoek begint na deze verkennende inleiding met overzicht van de relevante wetsgeschiedenis. Zowel in de arbeidsrechtelijke als in de vennootschapsrechtelijke wetsgeschiedenis is aandacht besteed aan de positie van de statutair bestuurder, bijvoorbeeld bij het tot stand komen van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 en

bij de totstandkoming van de (voorlopers van) de artikelen 2:134 en 244 BW. Bij sommige wetwijzigingen is juist helemaal geen aandacht besteed aan de bestuurder; gedacht kan worden aan de invoering van de bijzondere opzegverboden. Dit is in hoofdstuk 2 in kaart gebracht. De opvatting van de wetgever is onder meer relevant omdat de Hoge Raad in de standaardarresten² over de rechtspositie van de bestuurder gebruik maakt van de wetshistorische uitlegmethode.

Hoofdstuk 3 bevat een beschouwing over het leerstuk samenloop. Samenloop is het voor de hand liggende leerstuk om vragen over botsende regelstelsels op te lossen. Toch komt samenloop, buiten de situatie van bestuurdersaansprakelijkheid,³ niet snel aan de orde als het gaat om de rechtspositie van de bestuurder. In de verdere hoofdstukken wordt onderzocht of het samenloopleerstuk niet vaker soelaas kan bieden. Hoofdstuk III beoogt daartoe een algemeen kader te bieden.

De hoofdstukken 4, 5 en 6 behandelen achtereenvolgens de benoeming, de beloning en het ontslag in het licht van de probleemstelling: hoe verhouden het vennootschapsrecht en het (arbeids)overeenkomstenrecht zich tot elkaar, is sprake van samenloop of juist niet en kunnen de regels met betrekking tot samenloop wellicht een oplossing bieden bij botsingen? Hoofdstuk 7 is een samenvattend en concluderend hoofdstuk.

Ik heb er voor gekozen het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid niet te behandelen, hoewel daar als eerder gezegd zeker vraagstukken van samenloop spelen. Over bestuurdersaansprakelijkheid is in 2010 de zeer grondige dissertatie van Strik verschenen.⁴ Daaruit blijkt dat het onderwerp dermate omvangrijk is dat het een geheel eigen onderzoek rechtvaardigt.

Het onderzoek bevat evenmin een rechtsvergelijkend onderdeel. Dit is voornamelijk ingegeven door de wens tot beperking (zowel qua inhoud als qua tijdsbesteding). Hoewel een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van statutair bestuurders zeker toegevoegde waarde heeft,⁵ past het minder goed bij de gekozen onderzoeksvraag. Aan de positie van bestuurders van andere rechtspersonen is slechts incidenteel aandacht besteed.

Dit onderzoek is niet empirisch. 'De bestuurder' bestaat niet. De DGA is niet te vergelijken met een bestuurder van een grote beursgenoteerde instelling. Een bestuurder in concernverband is niet te vergelijken met de bestuurder van een middelgroot familiebedrijf met enkele familieleden als aandeelhouder. Toch geldt voor al die bestuurders, met uitzondering van de 'beursbestuurder', hetzelfde Boek 2 BW en – indien werknemer – hetzelfde arbeidsrecht. Het zou interessant zijn de omvang van

2 HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 (Eggenhuizen/Unidek) en NJ 2005, 483 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144 (Bartelink/Ciris).

3 Zie bijvoorbeeld HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 m.nt. Ma, JAR 2007/90 (Nutsbedrijf Westland/S.).

4 Strik 2010.

5 Vgl. bijvoorbeeld Koster 2005 die een helder overzicht geeft van de positie van bestuurders in de ons omringende landen.

de verschillende groepen in kaart te brengen en de resultaten daarvan mee te nemen in de vraag of en hoe er iets moet veranderen in de positie van een bestuurder. Dit gaat het bestek van (dit) juridisch onderzoek echter te buiten.

Ten slotte is dit geen handboek voor de rechtspositie van de bestuurder. Het onderzoek beoogt niet elke praktische verwikkeling waarin vennootschap en bestuurder kunnen geraken te beschrijven.

In deze inleiding behandel ik enkele preliminaire onderwerpen en beschrijf ik de positie van de bestuurder binnen het vennootschapsrecht (als orgaan van de vennootschap, paragraaf 1.2) alsmede zijn positie in het arbeidsrecht (als werknemer, paragraaf 1.3). Om in het verdere betoog de verhouding tussen het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht te kunnen kwalificeren is immers eerst begrip nodig van beide afzonderlijke posities. Het is van belang zich te realiseren dat beide posities niet samen hoeven te gaan. Dat er (vele) werknemers zijn die geen bestuurder zijn spreekt voor zich. Omgekeerd geldt hetzelfde: niet iedere bestuurder is ook werknemer. Denk bijvoorbeeld aan de bestuurder-rechtspersoon of de bestuurder die in dienst is bij de moeder van de vennootschap waar hij bestuurder is. Onderdeel 1.4 van dit hoofdstuk beschrijft de bestaande theorieën over de verhouding tussen beide rechtsposities (arbeidsrechtelijk en vennootschapsrechtelijk). In de hoofdstukken 4 t/m 6 wordt nader onderzocht welke theorie het best past op de verhouding bestuurder – vennootschap.

1.2 De positie van de bestuurder binnen de vennootschap

De bestuurder is lid van het bestuur en het bestuur is één van de organen van de vennootschap (artikel 2:78a en 2:189a BW). Wat betekent dit voor zijn positie ten opzichte van de vennootschap? Eerst wordt kort het wezen van de vennootschap beschreven (1.2.1). Paragraaf 1.2.2 handelt over de verhouding tussen het rechtspersonenrecht en het vermogensrecht. In paragraaf 1.2.3 wordt ten slotte een analyse gegeven van de verhouding tussen de bestuurder en vennootschap.

1.2.1 De vennootschap als instituut

Een rechtspersoon, en dus ook een vennootschap, is enerzijds net als een natuurlijk persoon drager van rechten en plichten. Aan de rechtspersoon is rechtssubjectiviteit toegekend, zodat deze kan deelnemen aan het rechtsverkeer (artikel 2:4 BW). Aan Boek 2 BW ligt verder geen bepaalde rechtspersoonlijksheidstheorie ten grondslag.⁶ Anderzijds is een vennootschap een deelrechtsorde, dat wil zeggen dat de vennootschap een zelfstandig juridisch systeem is dat tevens deel uitmaakt van een meeromvattend systeem.⁷ De wijze waarop de vennootschap als deelrechtsorde is georganiseerd, is bepaald in de wet en de statuten. In de loop der tijd is de heersende leer geworden dat deze organisatie moet worden gezien als een instituut en niet als

⁶ Van Zeben 1962, p. 14, Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 33.

⁷ Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 18.

een overeenkomst. Dit is een voor het verdere onderzoek relevante constatering omdat dat gevolgen kan hebben voor hoe gekeken wordt naar de positie van de bestuurder binnen de vennootschap (zie hierover verder paragraaf 1.2.3 van dit hoofdstuk).

Van contract naar instituut

De meeste bepalingen uit Boek 2 BW vinden hun oorsprong in het handelsrecht en niet in het burgerlijk recht. Het vennootschapsrecht is pas in 1976 opgenomen in het Burgerlijk Wetboek maar vindt zijn oorsprong in het Wetboek van Koophandel. In 1976 luidt de heersende leer weliswaar dat geen principieel verschil bestaat tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht,⁸ toch is de herkomst van de bepalingen in Boek 2 BW nog relevant voor een goed begrip van de verhouding tussen Boek 2 en de vermogensrechtelijke boeken van het BW. Bij de incorporatie van het vennootschapsrecht in Boek 2 BW heeft de wetgever een duidelijke keuze gemaakt voor de institutionele benadering van de vennootschap ten nadele van de tot dan toe heersende contractuele benadering. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in het nieuwe recht principieel wordt geabstraheerd van het overeenkomstenrecht. In de toelichting van Meijers bij zijn ontwerp voor het nieuwe BW⁹ staat dat de overeenkomst (de contractuele verhouding) tussen de oprichters van de vennootschap slechts bestaat tot het moment dat de vennootschap is voltooid. In bijvoorbeeld een vennootschap onder firma is dat anders. Uitgangspunt bij het opnemen van het vennootschapsrecht in het BW in 1976 is dus dat de vereniging en de vennootschap niet meer zullen zijn gebaseerd op een overeenkomst in de zin van het algemene overeenkomstenrecht, maar op een andere rechtshandeling: het oprichtingsbesluit.¹⁰ De vennootschap wordt niet meer beschouwd als een gekwalificeerde maatschap, maar als een zelfstandig instituut.

Ook de gangbare handboeken wijzen op deze bedoeling van de wetgever. Zo wijst Maeijer in zijn bewerking van de Asser-serie erop dat de personenvennootschappen destijds niet in Boek 2 BW zijn opgenomen *omdat* die een contractuele basis hebben.¹¹ Enkele nummers verder schrijft hij: “[d]e statuten bepalen voor een groot deel het eigen niet-contractuele rechtsregime waaraan de oprichters en latere toetreders zijn gebonden.”¹² Van der Grinten (als ook de bewerker) schrijft in het Handboek dat de NV en BV anders dan de persoonlijke vennootschappen niet een overeenkomst zijn.¹³ Zijn

8 Zie Stein & De Groot 1999, p. 3 en de uitgebreide verwijzingen in de voetnoten aldaar. Zie ook de toelichting van E.M. Meijers bij zijn ontwerp voor het nieuw BW in Van Zeben 1961, p. 126.

9 Toelichting van E.M. Meijers bij zijn ontwerp voor het nieuw BW in Van Zeben 1961, p. 133.

10 Zie Christiaanse, Slagter & Plompen (Algemene Inleiding I), p. 50 en 50a.

11 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 29. In vergelijkbare zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 36.

12 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 36, in vergelijkbare zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 175.

13 Handboek 2013, nr. 48.

argument hiervoor is even simpel als doeltreffend: de NV of BV is immers bestaanbaar met één aandeelhouder.¹⁴ Ook Slagter is van oordeel dat aan de contractuele opvatting de nekslag is toegebracht door de mogelijkheid dat één aandeelhouder een NV of BV opricht.¹⁵ Sinds een NV of BV kan worden opgericht door één aandeelhouder, is het dus ook niet meer vanzelfsprekend dat de oprichting een contractuele handeling is. Van Schilfgaarde onderschrijft eveneens de institutionele theorie, maar gaat er daarbij wel van uit dat de organen van de vennootschap (de aandeelhouders en het bestuur) enerzijds deelnemer aan de vennootschap zijn en anderzijds derde, zie hierover verder paragraaf 1.2.3 van dit hoofdstuk.¹⁶ Raaijmakers bepleit in zijn oratie uit 1987 dat de contractuele vorm weer tot richtpunt van het rechtspersonenrecht zou moeten worden, maar aan die oproep is weinig gevolg gegeven.¹⁷ Wel is het zo dat met de inwerkingtreding met de Wet flex-BV¹⁸ meer ruimte bestaat voor contractuele rechten en plichten tussen aandeelhouders.¹⁹

Nu is vastgesteld dat in de heersende leer de NV en de BV op grond van de institutionele theorie gezien moeten worden als een organisatie (een deelrechtsorde), is de volgende vraag welke regels dan binnen die deelrechtsorde gelden. Het antwoord luidt: de wet en de statuten bepalen de organisatie binnen de vennootschap. Wordt nu met 'de wet' uitsluitend bedoeld op het vennootschapsrecht in Boek 2 BW of speelt ook het algemene vermogensrecht een rol?

1.2.2 Verhouding rechtspersonenrecht en vermogensrecht

Dat een rechtspersoon die deelneemt aan het rechtsverkeer is gebonden aan de regels van het vermogensrecht, is logisch en behoeft in het kader van dit onderzoek geen verdere bespreking.²⁰ Relevanter is de vraag of het vermogensrecht binnen de vennootschapsrechtelijke organisatie (de deelrechtsorde) nog een rol speelt. Wordt de verhouding tussen de organen onderling of de verhouding tussen de organen enerzijds en de vennootschap anderzijds uitsluitend door Boek 2 BW geregeerd of ook door het algemene vermogensrecht (en dan met name Boek 3 en Boek 6 BW)?

Bij de inwerkingtreding van de Boeken 3, 5 en 6 BW per 1 januari 1992 is tevens een aantal wijzigingen in de Boeken 1 en 2 BW doorgevoerd. Dit is voor verschillende

14 Sinds de inwerkingtreding van de Derde anti-misbruikwet (wet van 21 mei 1986, Stb. 275, in werking getreden op 1 januari 1987) is de oprichting van een vennootschap door één persoon mogelijk door de schrapping van het woord 'meerzijdig' in art. 2:64 en 175 BW.

15 Slagter 2005, p. 31.

16 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 1, p. 19 en nr. 45, p. 171.

17 Raaijmakers 1987, p. 12/13.

18 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 299.

19 Zie bijvoorbeeld art. 2:192 BW en M.J.C. Raaijmakers in zijn annotatie bij HR 4 april 2014 (*Cancun II*), AA 2014, nr. 459/6, p. 459-465.

20 Dat zich ook hier nog wel eens complicaties kunnen voordoen blijkt bijvoorbeeld uit de bespreking van het arrest van het Hof Amsterdam 1 november 2001, NJ 2004, 528 in: Van der Ploeg 2005.

schrijvers aanleiding geweest stil te staan bij de verhouding tussen het vermogensrecht en het – interne – rechtspersonenrecht. Slagter heeft betoogd dat rechtspersonenrecht ook vermogensrecht is, met uitzondering van enkele onderdelen.²¹ Maeijer spreekt van een eigen niet-contractueel rechtsregime waaraan de organen van de rechtspersoon, zij die deel uitmaken van de organen en ook de rechtspersoon zelf zijn gebonden.²² Van der Ploeg²³ is het hier niet geheel mee eens en komt tot de volgende benadering die mij juist(er) lijkt. Door de invoering van Boek 2 BW is de band tussen het interne rechtspersonenrecht en het vermogensrecht verbroken (vgl. onder 1.2.1). De rechten en verplichtingen van de betrokkenen worden in principe niet bepaald door overeenstemming tussen de rechtspersoon en betrokkenen, maar worden in het algemeen voor alle betrokkenen vastgesteld (wet en statuten) en kunnen door de organisatie zelf worden gewijzigd, zonder instemming van de betrokkenen. De regels die de interne verhoudingen beheersen, zijn niet de regels die gelden voor de vermogensrechtelijke overeenkomst. Van der Ploeg concludeert vervolgens dat deze verhoudingen worden beheerst door de statuten, reglementen en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW voor zover het gaat om niet-vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen. Bestaan wel vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen tussen de betrokkene enerzijds en de rechtspersoon anderzijds, dan is het vermogensrecht van toepassing tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt.²⁴ Van der Ploeg schrijft dat de 'toetreding' tot de vennootschapsrechtelijke organisatie niet als een verbintenisscheppende vermogensrechtelijke overeenkomst kan worden beschouwd. Dit geldt volgens hem voor leden die toetreden tot een vereniging, maar ook voor de rechtshandeling waardoor iemand (in de woorden van Van der Ploeg) 'orgaanbemannen' wordt. Dat daarnaast een contract kan worden gesloten (in het geval van een bestuurder meestal een arbeidsovereenkomst) doet daaraan niet af. Die contractuele verhouding wordt dan door het algemene vermogensrecht (waaronder in dit verband dan ook begrepen het arbeidsrecht) beheerst. De rechten en verplichtingen die een orgaanbemannen (zoals een bestuurder) heeft op grond van Boek 2 BW, worden door de regels van Boek 2 BW beheerst.

Van belang zijn voorts de schakelbepalingen in Boek 3 en 6 BW. Het betreft de volgende bepalingen: 3:15 (algemene bepalingen), 3:59 (rechtshandelingen), 3:78/79 (volmacht), 6:216 (meerzijdige rechtshandeling) en 7:424 (lastgeving) BW. De Kluiver heeft deze bepalingen in 1992 uitgebreid besproken.²⁵ Uit deze bespreking blijkt dat het vermogensrecht – door de schakelbepalingen – een rol speelt in het vennootschapsrecht. Als voorbeeld van meerzijdige rechtshandelingen noemt hij de toetreding als lid tot een vereniging en het verkrijgen van aandeelhouderschap

21 Slagter 1992, p. 6.

22 Maeijer 1984, p. 38.

23 Van der Ploeg 1992, p. 70 e.v.

24 Mij komt voor dat ook de Hoge Raad deze opvatting is toegedaan: HR 12 november 1992, NJ 1993, 265 (*Levison/MAB*), HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 (*Eggenhuizen/Unidek*) en NJ 2005, 483 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144 (*Bartelink/Ciris*).

25 De Kluiver 1992, p. 11-20.

(bij emissie) in een NV of BV. Daar gelden dan de regels over aanbod, aanvaarding en beroep op wilsgebreken.²⁶

Samengevat: het vermogensrecht speelt een rol in de interne vennootschapsrechtelijke verhoudingen voor zover er vermogensrechtelijke rechten en plichten bestaan (tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt) en indien de schakelbepalingen uit het vermogensrecht leiden tot toepasselijkheid.²⁷

1.2.3 De verhouding tussen vennootschap en bestuurder

In de literatuur wordt wel aangenomen dat de rechtsbetrekking die ontstaat door de benoeming van een bestuurder (en de aanvaarding daarvan door de bestuurder) *altijd* een contractuele component heeft en dat die contractuele component ook ontstaat door de vennootschapsrechtelijke benoeming. Zo stellen Van Schilfgaarde en zijn bewerkers dat voor bestuurders (en commissarissen) net als voor de aandeelhouders geldt dat hun verhouding tot de vennootschap tweeledig is. Enerzijds heeft de bestuurder de uit de wet en statuten voortvloeiende zeggenschapsrechten waardoor hij deel uitmaakt van de vennootschap als deelrechtsorde. Anderzijds is de bestuurder een derde omdat hij de vennootschap kan aanspreken, bijvoorbeeld tot uitbetaling van salaris.²⁸ Deze tweeledigheid noemt Van Schilfgaarde de vennootschapsrechtelijke betrekking die bestaat uit twee poten. Naast de institutionele poot bestaat een contractuele poot. Vaak is die contractuele poot een arbeidsovereenkomst.²⁹ Maeijer schrijft in zijn bewerkingen van de Asser-serie dat de termen 'benoemen', 'verkiezen' en 'aanstellen' ons niet op een dwaalspoor mogen brengen. Deze termen dienen uitsluitend om de rechtshandeling vanuit het gezichtspunt van de rechtspersoon te beschouwen. Voor het ontstaan van de rechtsband is de aanvaarding van de aan te stellen bestuurder nodig. Iemand wordt bestuurder van een rechtspersoon door zijn benoeming als zodanig en aanvaarding door hem van die benoeming. De bestuurder wordt bestuurder van de rechtspersoon door een tweezijdige rechtshandeling tussen de rechtspersoon en hem. Er zijn onvoldoende termen om deze tweezijdige rechtshandeling niet als overeenkomst te kwalificeren.³⁰ Van der Grinten en bewerkers spreken van een bestuursovereenkomst die ontstaat door de benoeming³¹ en ook Raaijmakers in zijn bewerking van Pitlo's Rechtspersonenrecht

26 De Kluiver 1992, p. 31.

27 Dit is ook goed terug te zien in de 15 april arresten: HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 (Eggenhuizen/Unidek) en NJ 2005, 483 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144 (Bartelink/Ciris). Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.1.

28 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 1, p. 19. Ik acht de term salaris wat ongelukkig gekozen door Van Schilfgaarde en de bewerkster. Op grond van Boek 2 kan de bestuurder bezoldigd zijn. In Boek 2 komt voorts de term beloning voor. Salaris is een term die, hoewel het geen wettelijke term is, hoort bij de arbeidsrechtelijke terminologie. Het recht op beloning kan dus ook op Boek 2 worden gebaseerd.

29 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 45 p. 171-172.

30 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 42, Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 195 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 425.

31 Handboek 2013, nr. 244.

gaat ervan uit dat de benoeming een tweezijdige rechtshandeling is die een overeenkomst in het leven roept.³² Löwensteyn gaat in zijn dissertatie³³ uit van een gemengde overeenkomst waarvan deel uitmaken een lastgeving en een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (Löwensteyn wijst het bestaan van een arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk af). Blanco Fernández³⁴ hangt een ander standpunt aan. In zijn dissertatie over de raad van commissarissen binnen een NV of BV schrijft hij over de verhouding tussen commissaris en vennootschap: “Benoeming is een abstracte rechtshandeling van rechtspersonenrechtelijke aard, welke handeling, na aanvaarding van het benoemingsaanbod door de kandidaat, de verhouding tussen commissaris en vennootschap doet ontstaan.” Hij neemt afstand van Glasz die stelt dat de benoeming stoelt op een voorafgaande overeenkomst.³⁵

Ik ben van oordeel dat geen van deze standpunten voldoende rekening houdt met de scheiding tussen het vermogensrecht en het rechtspersonenrecht zoals die is ontstaan door de invoering van Boek 2. Met de benoeming van de bestuurder ontstaat naar mijn oordeel slechts een rechtsbetrekking die vennootschapsrechtelijk van aard is. Huizink heeft datzelfde betoogd in zijn dissertatie uit 1989. Hij is van oordeel dat met de benoeming (en de aanvaarding daarvan) een rechtsbetrekking ontstaat die uitsluitend rechtspersonenrechtelijk van aard is. Hiermee bedoelt hij dat deze verhouding wordt beheerst door de bepalingen van Boek 2 BW, de statuten en eventueel de reglementen van de rechtspersoon en de besluiten van de rechtspersonenrechtelijke organen. Huizink heeft dit ook wel aangeduid als de functionele rechtsbetrekking.³⁶ Zie ik het goed dan heeft hij deze opvatting ook in recentere publicaties niet verlaten.³⁷ De rechtspersonenrechtelijke betrekking is volgens hem wel het resultaat van de meerzijdige rechtshandeling van benoeming en aanvaarding van die benoeming, maar wordt daarmee niet van contractuele aard. Blanco Fernandez gaat verder door te betogen dat voor de totstandkoming van de benoeming aanbod en aanvaarding niet vereist zijn.³⁸ Zijn stelling dat aanvaarding van het ambt vervolgens wel nodig is voor het ontstaan van de aan het ambt verbonden verplichtingen vind ik moeilijk te rijmen met zijn uitgangspunt en ook overigens niet logisch. Wat zou in dat geval de status van een benoeming zonder aanvaarding

32 Pitlo/Raaijmakers (2) 2000, nr. 4.176. In de meest recente druk van het handboek komt deze opvatting niet meer zo scherp terug: Pitlo/Raaijmakers (2) 2006, p. 215 en 394.

33 Löwensteyn 1959, p. 109-110.

34 Blanco Fernández 1993, p. 94. Hoewel het citaat ziet op de rechtsverhouding vennootschap-commissaris, blijkt uit het verdere betoog (p. 100-101), en zijn latere publicaties dat hij dit voor bestuurders gelijk ziet.

35 Glasz 1992, p. 7.

36 Huizink 1989, p. 8-13.

37 Huizink 2001, nr. 48; Huizink 2003, p. 19 en zijn aant. 10.1 op art. 2:132 BW in: *Losbladige Rechtspersonen*, Kluwer. In zijn aant. 2 op art. 2:9 BW is Huizink overigens minder eenduidig en schrijft hij dat de rechtsbetrekking van een rechtspersoon tot zijn bestuurder een samengesteld karakter draagt: enerzijds maakt de bestuurder deel uit van de organisatie van de rechtspersoon, anderzijds staan bestuurder en rechtspersoon tot elkaar in een rechtsbetrekking. Ook deze laatste rechtsbetrekking draagt een tweeledig karakter: enerzijds vindt deze verhouding haar grondslag in het rechtspersonenrecht, anderzijds bestaat er mogelijk eveneens een contractuele betrekking. Gelet op het gebruik van het woord ‘mogelijk’, ga ik ervan uit dat ook Huizink van oordeel is dat het bestuurderschap op zichzelf door het rechtspersonenrecht wordt geregeerd.

38 Blanco Fernández 2000, p. 474 e.v.

zijn? Er komt dan wel een bestuurderschap tot stand, maar zonder de daaraan verbonden verplichtingen. Dat roept vragen op met betrekking tot bijvoorbeeld de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ook zou in zo'n geval onduidelijk zijn of de bestuurder dan wel recht heeft op bezoldiging.

Met hem en Huizink ben ik van oordeel dat het wettelijke systeem ertoe leidt dat de vennootschapsrechtelijke band tussen de bestuurder en de rechtspersoon die door de benoeming tot stand komt, niet door het enkele feit van de benoeming een contractuele component heeft. Een eventueel daarnaast bestaande verhouding, bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst, is uiteraard wel van contractuele aard. In die relatie is sprake van twee partijen die door de overeenkomst aan elkaar verbonden worden, maar wel afzonderlijke rechtssubjecten blijven. Hun verhouding wordt beheerst door de partijbedoeling en door partijbelangen. In de vennootschapsrechtelijke relatie wordt de bestuurder, als de relatie eenmaal tot stand is gekomen, onderdeel van het organisatorische geheel van de rechtspersoon. In deze relatie staat het belang van de rechtspersoon voorop.³⁹ Voor mijn stelling dat tussen bestuurder en rechtspersoon in beginsel een rechtsrelatie zonder contractuele component bestaat, heb ik een aantal argumenten die ik hieronder zal uitwerken.⁴⁰ Het feit dat in de artikelen 2:131 en 241 BW is bepaald dat de rechtbank de bevoegde instantie is om kennis te nemen van alle rechtsvorderingen *betreffende de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap* vind ik in dit verband niet doorslaggevend. Deze bepaling is opgenomen voor die gevallen waarin de bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap en schrijft niet voor dat dat altijd het geval moet zijn. Is er een arbeidsovereenkomst, dan zou volgens de geldende bevoegdheidsregels de kantonrechter zich moeten buigen over een arbeidsrechtelijk geschil tussen de bestuurder en de vennootschap. Dit is door de wetgever niet wenselijk geacht en daarom is van die bevoegdheidsregel afgeweken in de genoemde artikelen.⁴¹ Dat wil niet zeggen dat altijd een arbeidsovereenkomst moet bestaan. De artikelen 2:131 en 241 BW moeten niet zo gelezen worden dat altijd een overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap bestaat, maar als afwijkende bevoegdheidsbepaling voor het geval er een arbeidsovereenkomst is. Hetzelfde geldt voor de artikelen 2:134 lid 3 en 2:244 lid 3 BW. De benoeming en de aanvaarding daarvan vormen wel een tweezijdige rechtshandeling, waarop bepalingen uit Boek 6 BW krachtens 6:216 BW van toepassing zijn.

39 Blanco Fernández 2000, p. 474 e.v.

40 Vgl. Rb. Rotterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:7265 (*Johnsol*). In deze uitspraak oordeelt de rechter dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (er werd geen loon betaald), noch gebleken is van een andere overeenkomst. Wanprestatie jegens de bestuurder kon niet aan de orde zijn, wegens het ontbreken van een contractuele band.

41 Vgl. p. 28 van het verslag van de Commissie van Voorbereiding, *Kamerstukken II 1924/25*, 69, nr. 1. Van regeringszijde wordt opgemerkt dat het niet aan de wetgever is hoe de verhouding tussen vennootschap en bestuurder precies moet worden geduid (lastgeving, arbeidsovereenkomst of beiden) maar dat voorkomen moet worden dat problemen ontstaan met betrekking tot de rechterlijke competentie. Daarom is bepaald dat *de kantonrechter* de bevoegde rechter is. Later in de parlementaire behandeling is dit via een amendement Droogleever Fortuyn (*Kamerstukken II 1926/27*, 27, nr. 8, overgenomen in een gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken II 1926/27*, 27 nr. 14) gewijzigd in arrondissementsrechtbank. Deze wijziging is overigens niet toegelicht.

Samengevat: door benoeming en aanvaarding ontstaat een vennootschapsrechtelijke verhouding tussen bestuurder en vennootschap. Op die verhouding is het vennootschapsrecht van toepassing, tenzij (i) tussen hen vermogensrechtelijke rechten en plichten bestaan in welk geval het vermogensrecht van toepassing is en Boek 2 BW daarop geen uitzondering maakt of (ii) via een schakelbepaling het vermogensrecht toepasselijk is. Indien partijen tevens een overeenkomst hebben of sluiten, dan hebben zij een vehikel gecreëerd voor vermogensrechtelijke rechten en plichten. Zij oormerken die als het ware door ze onder te brengen in een overeenkomst. Is sprake van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst, dan ontstaat op ten minste drie onderdelen een dubbele binding: ten aanzien van het aangaan van de relatie en het verbreken daarvan en de bezoldiging. Dit klinkt wellicht gekunsteld (en dat is het ook) maar zo volgt het wel uit de systematiek van de wet.

Institutionele opvatting

Het eerste argument voor mijn stelling dat tussen bestuurder en vennootschap in beginsel een vennootschapsrechtelijke band zonder contractuele component bestaat, is de eerder besproken institutionele opvatting over de vennootschap. Uit de daarmee gepaard gaande scheiding tussen het vermogensrecht en het rechtspersonenrecht vloeit voort dat de band tussen de vennootschap en de bestuurder als 'orgaanbemannen' geregeerd wordt door Boek 2 BW en niet *per definitie* – mede – door het vermogensrecht, althans het overeenkomstenrecht.

Zo komt het voor dat een bestuurder-werknemer van een moedervenootschap tevens bestuurder is van een (of meerdere) dochter of zustervenootschap. Sommige concerns kennen een ware kerstboom aan vennootschappen waarbij concernvenootschappen elkaars bestuurder zijn. Die verhoudingen worden uitsluitend geregeerd door Boek 2 BW en kennen doorgaans geen contractuele poot. Is sprake van een natuurlijk persoon die bestuurder is van een concernvenootschap, dan kan het volgende gelden. In de arbeidsovereenkomst met de (moeder)venootschap is vaak een bepaling opgenomen inhoudende dat de werknemer verplicht is de hem opgedragen nevenwerkzaamheden zoals het bestuurderschap van een dochter te verrichten. Er is dan weliswaar een contractuele *grondslag* voor het bestuurderschap van de dochter of zuster, maar die volgt uit de arbeidsovereenkomst met de moeder. Van een contractuele *relatie* tussen de dochter/zuster en de bestuurder is dan geen sprake, wel maakt de bestuurder deel uit van de vennootschapsrechtelijke organisatie van de dochter of zuster.

Het enkele feit dat er verplichtingen over en weer bestaan, hoeft niet op een contractuele band te duiden. De bestuurder is gehouden tot een behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) en de rechtspersoon en de bestuurder dienen zich krachtens artikel 2:8 BW in hun gedragingen jegens elkaar redelijk en billijk op te stellen. Ook heeft de bestuurder bijvoorbeeld een boekhoudverplichting (artikel 2:10 BW) en is de vennootschap gehouden de bezoldiging te voldoen als die is vastgesteld. Dit zijn verbintenissen op grond van de wet (of de statuten) en niet op grond van een overeenkomst. Het zijn evenmin wederkerige verplichtingen die, zoals bij een

overeenkomst, bijvoorbeeld opschorting rechtvaardigen. Zo lijkt het mij niet voor de hand liggen dat de bestuurder zijn boekhoudplicht kan opschorten omdat de rechtspersoon zich onredelijk opstelt of de bezoldiging niet betaalt. Dat past niet bij de positie van 'orgaanbemanner'. Stel dat de bestuurder en de vennootschap wel een (arbeids)overeenkomst hebben gesloten en de verplichtingen over en weer óók hun grondslag in die overeenkomst vinden, dan is opschorting wel mogelijk.

De benoeming

Het tweede argument is gelegen in de benoeming zelf. De benoeming is de start van de vennootschapsrechtelijke verhouding. Zonder benoeming is er geen bestuurderschap.⁴² De bestuurder wordt in de meeste gevallen benoemd door een daartoe strekkend besluit van het bevoegde orgaan van de rechtspersoon. Als het gaat om een BV of een NV dan is het bevoegde orgaan de algemene vergadering van aandeelhouders of, in voorkomend geval, de raad van commissarissen. Wat is nu de aard van dat benoemingsbesluit?

Een besluit van een orgaan van een rechtspersoon is een rechtshandeling van eigen aard en is aan eigen rechtsregels onderworpen. Besluiten kunnen worden aange-merkt als 'interne rechtshandelingen' die het resultaat zijn van een besluitvormingsproces binnen de organisatie van de rechtspersoon. Een besluit kan (direct of indirect) externe werking hebben. Met externe werking wordt bedoeld dat het gaat om een tot een wederpartij gerichte rechtshandeling. Is sprake van een direct externe werking dan is het besluit een rechtstreeks tot de wederpartij gerichte rechtshandeling. Een voorbeeld is de benoeming of het ontslag van een bestuurder alsmede het verlenen van decharge. Aan deze rechtshandelingen kleven dus twee aspecten: een besluitvormingsaspect en een vertegenwoordigingsaspect. Een besluit met indirect externe werking is een besluit dat niet zelf tot een wederpartij is gericht. Wel is (het nemen van) dat besluit een vereiste voor de beoogde rechtshandeling.⁴³

Een volgende vraag is of een besluit een eenzijdige of een tweezijdige rechtshandeling is. Dumoulin is van oordeel dat een besluit een eenzijdige rechtshandeling van de rechtspersoon is omdat de rechtspersoon een zelfstandige juridische entiteit is. De opvatting dat het besluit als meerzijdige rechtshandeling van de leden van het besluitvormende orgaan dient te worden beschouwd, is naar zijn oordeel achterhaald en past bij de verouderde opvatting dat de rechtspersoon als overeenkomst moet worden gezien.⁴⁴ Het benoemingsbesluit betreft een direct extern werkend besluit. De redenering van Dumoulin volgend zou het een *eenzijdig* direct extern werkend besluit zijn. Dit past op het eerste gezicht niet in de theorie dat de benoeming (en aanvaarding) een tweezijdige rechtshandeling is. Ik denk dat het zo moet

42 Zie HR 15 december 2000, NJ 2001, 109 m.nt. Ma, JOR 2001/1 m.nt. Van den Ingh (*Van Ekelenburg/Squamish*).

43 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1977, nr. 125. In gelijke zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 322.

44 Dumoulin 1999, p. 287.

worden gezien dat het benoemingsbesluit een eenzijdige rechtshandeling is, maar de benoeming als zodanig een tweezijdige rechtshandeling is omdat de aanvaarding nu eenmaal nodig is om het ambt tot stand te brengen. Hiermee ontstaat, als gezegd, niet per definitie een contract. Een vergelijking kan getrokken worden met de aanstelling van een ambtenaar. De relatie tussen de ambtenaar en de overheidswerkgever ontstaat door het aanstellingsbesluit, een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling. De relatie tussen de ambtenaar en de overheidswerkgever is van bestuursrechtelijke aard. Ook een ambtenaar kan (uiteraard) niet tegen zijn zin worden aangesteld.⁴⁵ In artikel 12 ARAR wordt zelfs expliciet verwezen naar de aanvaarding van het ambt: “[a]an de ambtenaar wordt, zo mogelijk vóór de aanvaarding van zijn ambt, een akte van aanstelling uitgereikt, waarin in ieder geval worden vermeld: (...)” Toch wordt nergens in de ambtenarenrechtelijke literatuur betoogd dat bestuursrechtelijke verhouding tussen de ambtenaar en het bestuursorgaan/werkgever ook nog een contractuele component heeft noch dat het aanstellingsbesluit een overeenkomst is geworden omdat de instemming van de aspirant ambtenaar is vereist. Dit lijkt mij ook te gelden voor de bestuurder. Hij dient het ‘ambt’ van bestuurder weliswaar te aanvaarden, maar dat maakt het benoemingsbesluit zelf nog niet tweezijdig en de rechtsverhouding nog niet contractueel. Dat er wel vermogensrechtelijke aspecten kunnen zijn zoals hiervoor omschreven, doet daaraan niet af.

Benoeming op andere wijze dan bij besluit

Een ander argument tegen de opvatting dat door de aanvaarding van de benoeming een contractuele relatie ontstaat, is dat een benoeming ook op andere wijze kan plaatsvinden dan door een besluit van het bevoegde orgaan. In een vennootschap kan een bestuurder benoemd worden in de akte van oprichting, of de Ondernemingskamer kan op grond van artikel 2:356 BW een bestuurder tijdelijk aanstellen. De statuten van publiekrechtelijke rechtspersonen bepalen soms dat een bepaald overheidsorgaan de bestuurder kan benoemen, dus niet een orgaan van de rechtspersoon. De wet kent geen apart regime voor bestuurders die op deze wijze zijn benoemd, zodat ervan moet worden uitgegaan dat voor hen hetzelfde geldt als voor de bestuurder die ‘gewoon’ bij besluit is benoemd en dat zij exact dezelfde rechtspositie hebben. Als voorbeeld kan een tijdelijke aanstelling door de Ondernemingskamer dienen. Ook hier geldt uiteraard dat de bestuurder het ambt moet aanvaarden, maar daarmee komt geen overeenkomst met de rechtsprekende instantie tot stand. Evenmin met de vennootschap; die heeft aan de benoeming part noch deel gehad en heeft zich daartegen misschien zelfs wel verzet. Toch wordt de bestuurder onderdeel van (een orgaan van) de vennootschapsrechtelijke organisatie, van een contractuele relatie is geen sprake.

⁴⁵ Zie: Van Zutphen 1991, p. 68; Karssens & De Vos 2006, p. 29 en Verhulp 2010, p. 27. Via het Wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 32 550, verwachte inwerkingtreding 1 januari 2017) zal de eenzijdige ambtelijk aanstelling overigens grotendeels worden vervangen door de tweezijdige arbeidsovereenkomst.

De wetgever heeft overigens ook zelf het onderscheid gemaakt tussen de vennootschapsrechtelijke en contractuele component. In de parlementaire geschiedenis van de Wet kapitaal van de besloten vennootschap⁴⁶ is het gebruikte verschil in terminologie (aanstellen versus benoemen) in artikel 2:93 (203) BW over rechtshandelingen te verrichten door de vennootschap i.o. aan de orde geweest. Het vierde lid bepaalt dat de oprichters de vennootschap slechts kunnen verbinden door een aantal limitatief opgesomde rechtshandelingen. Daaronder valt: “(...) *het aanstellen van bestuurders, het benoemen van commissarissen* (...)” De leden van de D’66-fractie vroegen tijdens de parlementaire behandeling of ook het vaststellen van de beloning van commissarissen en bestuurder valt onder de rechtstreekse binding.⁴⁷ De regering antwoordde daarop het volgende:

“Op de vraag van de leden van de fractie van D’66 deel ik mee dat naar mijn mening de woordkeus ‘aanstellen’ in artikel 203, lid 2 meebrengt dat ook het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden, waaronder de beloning, van bestuurders onder de werking van deze bepaling valt. Niet valt in te zien waarom de beloning van commissarissen er dan niet onder zou vallen. Dat bij de commissarissen het woord aanstellen is vermeden, vindt zijn grond slechts in de omstandigheid dat met commissarissen geen arbeidsovereenkomst wordt gesloten.”⁴⁸

Deze overweging laat duidelijk zien dat hoewel de wetgever niet fundamenteel stilstaat bij de kwalificatie van het aangaan van de rechtsverhouding tussen vennootschap en bestuurder, het aangaan van de arbeidsovereenkomst en de benoeming kennelijk wel als twee aparte handelingen moet worden gezien. De term ‘aanstellen’ duidt er volgens de wetgever immers op dat een arbeidsovereenkomst wordt gesloten. Hierin valt steun te vinden voor de opvatting dat de *benoeming* niet ook tegelijkertijd een contractuele poot doet ontstaan. Zou dat wel zo zijn, dan had kunnen worden volstaan met de term benoemen.

1.2.4 Corporate governance

In paragraaf 1.2.2 is aan de orde geweest welk recht de deelrechtsorde binnen de vennootschap beheerst. Niet alleen Boek 2 BW speelt daarin een rol, maar ook het vermogensrecht via de schakelbepalingen of voorzover er vermogensrechtelijke rechten en plichten bestaan. Naast Boek 2 BW en het vermogensrecht speelt corporate governance een rol.

Corporate governance kan gedefinieerd worden als het geheel aan regels en praktijken dat binnen een vennootschap de zeggenschapsverhoudingen bepaalt tussen het bestuur, aandeelhouders en commissarissen en de wijze waarop over zeggenschapsuitoefening verantwoording wordt afgelegd.⁴⁹ Regels over de formele bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap zijn te vinden in Boek 2 BW, maar sinds de

⁴⁶ Stb. 1985, 656, inwerkingtreding 20 januari 1986.

⁴⁷ Kamerstukken II 1981/82, 16 551 nr. 5, p.10.

⁴⁸ Kamerstukken II 1981/82, 16 551 nr. 6, p. 9.

⁴⁹ Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 40.

jaren '90 van de 20^e eeuw ook in codes, met name voor beursgenoteerde vennootschappen.⁵⁰ Voogsgeerd⁵¹ beschrijft de opkomst van de codes, beginnend met een 'minimum code of conduct van Nederlandse institutionele beleggers', gepubliceerd door de VEB in 1992. Vijf jaar later verschijnen de veertig aanbevelingen van de commissie Peters en in 2003 verschijnt de Nederlandse Corporate governance code, de Code Tabaksblat. De code uit 2003 is in december 2008 aangepast. Deze aangepaste code 2008 is in werking getreden per 1 januari 2009 (de Code Frijns). Reden voor de het ontstaan van deze codes of aanbevelingen is, net als in andere landen, gelegen in economische gebeurtenissen waardoor (professionele en lange termijn-) beleggers zich meer gaan manifesteren.⁵² Uitgangspunt van de huidige code is dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen waarbij de vennootschap streeft naar het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn.⁵³

De veertig aanbevelingen van Peters kunnen nog worden gekenschetst als volledige zelfregulering, de Commissie Tabaksblat heeft echter de wetgever te hulp geroepen. Dit is niet onbegrijpelijk; uit de eenmalige monitoring van de aanbevelingen van Peters is gebleken dat deze nauwelijks zijn nageleefd.⁵⁴ De Code Tabaksblat kent daarom een sterker monitoringsysteem en een wettelijke basis. Deze code heeft conform de eigen aanbeveling 1 aan de wetgever een wettelijke grondslag gekregen in artikel 2:391 lid 5 BW.⁵⁵ In dat artikellid is geregeld dat bij AMvB nadere voorschriften worden gesteld over de inhoud van het jaarverslag onder expliciete verwijzing naar gedragscodes op het gebied van corporate governance. Bij AMvB van 23 december 2004 heeft de Minister van Justitie bepaald dat de Code Tabaksblat wordt aangewezen als een gedragscode als bedoeld in artikel 2:391 lid 5 BW.⁵⁶ Dit betekent dat in het jaarverslag verplicht verslag moet worden gedaan van de naleving van de code en, indien de code niet is nageleefd, uitgelegd moet worden waarom niet. Deze wettelijke verankering dwingt dus niet tot naleving, maar tot verantwoording.

Via rechtspraak werken de inhoudelijke normen uit de Code Frijns ook door buiten het verslagleggingsrecht. In de eerste plaats is relevant de *ABN AMRO*-uitspraak.⁵⁷

50 Naast de Nederlandse Corporate governance code bestaan er governance codes voor instellingen in de financiële sector, zorg, de woningbouw, de culturele sector en het onderwijs.

51 Voogsgeerd 2006, p. 105-108.

52 Voogsgeerd 2006, p. 105.

53 De Nederlandse Corporate governance code 2008, preambule sub 7.

54 Peters 1998.

55 Per 1 oktober 2004 is dit ingevoerd als lid 4 (wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004, 370), later vernummerd naar lid 5.

56 De Corporate governance code is gepubliceerd in *Stcrt.* 2004, 250, p. 35 e.v. Het besluit om de Code aan te wijzen in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW is gepubliceerd in *Stb.* 2004, 747. In verband met de inwerkingtreding van de Code Frijns is bij besluit van 10 december 2009 het oorspronkelijke besluit gewijzigd, *Stb.* 2009, 545. Ook de Code Banken (*Stcrt.* 2010, 20060) en de Governance principes Verzekeraars 2011 (*Stcrt.* 2011, 9237) zijn aangewezen bij besluit van 1 juni 2010 (*Stb.* 2010, 215), resp. van 23 juni 2011 (*Stb.* 2011, 396). De Governance Principes Verzekeraars 2013 zijn niet aangewezen.

57 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 m.nt. Ma, *JOR* 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme (*ABN AMRO*).

Kern van die zaak is de vraag of het bestuur van ABN AMRO, in een overnamesituatie, een belangrijk bedrijfsonderdeel (LaSalle) mocht verkopen zonder de algemene vergadering om goedkeuring te vragen. In een enquêteprocedure heeft de Ondernemingskamer die vraag ontkennend beantwoord en de verkoop verboden. De Hoge Raad heeft anders geoordeeld en vindt dat er geen goedkeuringsrecht is:

“Voor een oordeel in andere zin is onvoldoende steun te vinden in de wet en in de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code (Stcrt. 27 december 2004, nr. 250, p. 35, verder: de code-Tabaksblat), in het bijzonder de principes II en IV, welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 BW gehouden is.” (r.o. 4.4)

De Hoge Raad vindt dus dat de Code Frijns een uiting is van de ‘in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging’.⁵⁸

In een andere enquêteprocedure, de *Versatel*-zaak,⁵⁹ is de Code Frijns nog explicieter onderdeel van het geschil. Een dispuut over het buitenspel zetten van minderheidsaandeelhouders heeft ertoe geleid dat de Ondernemingskamer *Versatel* heeft verboden af te wijken van de tegenstrijdig belangbepalingen uit de (toen nog) Code Tabaksblat. De Hoge Raad heeft dit oordeel in stand gelaten en als volgt geoordeeld:

“De ondernemingskamer heeft in rov. 3.6 van haar beschikking het belang van principe III.6 van de code-Tabaksblat onderstreept juist voor een situatie als die waarin *Versatel* zich bevond en waarbij ook de belangen van een minderheid van aandeelhouders aan de orde waren. Voorts heeft de ondernemingskamer in haar oordeel betrokken dat *Versatel* het voornemen bekend heeft gemaakt de naleving van dit onderdeel van de code te beperken. Ten slotte heeft de ondernemingskamer duidelijk gemaakt dat zij deze beperking onjuist achtte en klaarblijkelijk achtte de ondernemingskamer het niet uitgesloten dat *Versatel* zich ten opzichte van de minderheidsaandeelhouders onvoldoende aan de code-Tabaksblat gelegen zou laten liggen. Onder deze omstandigheden is niet onbegrijpelijk dat de ondernemingskamer het treffen van de onderhavige onmiddellijke voorziening nodig heeft geacht in afwachting van haar verdere beantwoording van de vraag of reden bestaat te twifelen aan de juistheid van het beleid. (r.o. 4.4.3).”

In beide – ondernemingsrechtelijke – geschillen wordt dus aan de niet-afdwingbare code zeer veel waarde gehecht. Memelink betoogt dat dit de eerste stappen zijn op weg naar een situatie waarin de Code Frijns moet worden beschouwd als ‘beschreven gewoonterecht’.⁶⁰ In ieder geval kan worden gezegd dat de Code een rol speelt bij de uitleg van de redelijkheid en billijkheid zowel in artikel 3:12 BW (*ABM AMRO*) als in artikel 2:8 en 9 BW (*Versatel*).⁶¹

58 Zie over deze terminologie Memelink 2009, p. 220.

59 HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 en 612 m.nt. Ma (*Versatel*).

60 Memelink 2010, p. 49.

61 Vgl. ook Ter Haseborg 2009.

De Amsterdamse kantonrechter denkt anders over de rol van de Code Frijns in de *Schmittman*-zaak.⁶² Het gaat in die zaak om de vraag of ABN AMRO gehouden is aan afspraken over bonussen en afvloeiingsregelingen. ABN AMRO betoogt dat dat niet het geval is en beroept zich onder meer op de code, waar de afspraken niet mee in lijn waren. De kantonrechter overweegt:

“voor een rechterlijke toepassing van de Code Tabaksblat bestaat geen grond; deze richt zich tot partijen bij een (bepaalde) arbeidsovereenkomst en een wettelijke vastlegging daarvan is achterwege gebleven”

Deze overweging is onjuist, zowel naar de inhoud als naar de strekking. De Code Frijns richt zich niet naar partijen bij een overeenkomst, maar naar degenen die verantwoordelijk zijn voor de ‘governance’ in de vennootschap (het bestuur en de raad van commissarissen). Voorts kent de code wel degelijk een wettelijke vastlegging. Voor zover met de overweging is bedoeld dat de code door de rechter niet kan worden toegepast omdat het geen geldend recht zou zijn, miskent de uitspraak de hierboven besproken beschikkingen van de Hoge Raad.

Ook voor de positie van de bestuurder is de Code Frijns relevant. Enerzijds is het bestuur (samen met de raad van commissarissen) conform principe I verantwoordelijk voor de naleving van de code. Anderzijds bevat de Code Frijns bepalingen over de rechtspositie van de bestuurders (en de commissarissen). Deze bepalingen zijn de basis geweest voor een aantal wetswijzigingen, vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.6.

Hoewel de Code Frijns niet rechtstreeks ingrijpt in de contractsvrijheid tussen beursgenoteerde vennootschap en de bestuurder, geeft de code wel vergaande richtlijnen met betrekking tot de rechtspositie van de bestuurder. Deze richtlijnen kunnen, gelet op de hierboven besproken beschikkingen, een rol spelen in de verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder, zowel aan de vennootschapsrechtelijke kant als aan de contractuele kant.

De Code Frijns bevat ten aanzien van de rechtspositie van de bestuurder bepalingen over de lengte van de verbintenis met de vennootschap (benoemingsduur), de tegenprestatie voor de werkzaamheden (de bezoldiging in ruime zin) en de vrijheid van handelen van de bestuurder tijdens zijn bestuurderschap (nevenwerkzaamheden, verbod op concurrentie). Alle bepalingen zijn geschreven met het doel de belangen van de vennootschap te waarborgen en de machtsverdeling binnen de vennootschap te reguleren. Een van de effecten is dat de raad van commissarissen meer bevoegdheden krijgt ten opzichte van het bestuur. Een verdergaande ‘macht’ van de raad van commissarissen zou kunnen duiden op een nieuwe invulling van het gezagscriterium. Het is niet meer alleen de anonieme algemene vergadering die als tegenwicht voor het bestuur geldt, maar de bestuurder heeft ook (meer) rekenschap af te leggen over zijn handelen tegenover de raad van commissarissen.

⁶² Rb. Amsterdam (ktr.) 29 december 2008, *JAR* 2009/26 (*ABN AMRO/Schmittmann*), zie over deze uitspraak onder meer ook hoofdstuk V, paragraaf 5.4.2.1.

De bepalingen in de code met betrekking tot de benoemingsduur, de maximale beëindigingsvergoeding en de claw-back/ultimum remediumbepaling⁶³ zijn niet zonder meer compatibel met het arbeidsrecht. De commissie Tabaksblat heeft in 2003 zonder veel motivering aanbevolen dat het arbeidsrecht aangepast zou moeten worden aan de code. Bij deze aanbeveling zijn de belangen van de bestuurder als wederpartij van de vennootschap niet (zichtbaar) meegewogen. Anders gezegd, de corporate governance code belicht vooral de functionele rol van de bestuurder, maar bevat tegelijkertijd regels die consequenties (kunnen) hebben voor diens arbeidsrechtelijke positie.⁶⁴

1.2.5 Tussenconclusie

De bestuurder maakt deel uit van de deelrechtsorde die een vennootschap is en heeft, in de woorden van Huizink, een functionele rechtsbetrekking met de vennootschap. Zijn deelname aan de vennootschap wordt primair beheerst door het rechtspersonenrecht. Het rechtspersonenrecht is door de invoering van Boek 2 BW losgekoppeld van het vermogensrecht. Het vermogensrecht speelt een rol zodra tussen bestuurder en vennootschap vermogensrechtelijke rechten en plichten bestaan. Het vermogensrecht is dan van toepassing, tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt. Het vermogensrecht kan ook van toepassing zijn via een schakelbepaling. Indien partijen tevens een overeenkomst hebben of sluiten, dan hebben zij bewust vermogensrechtelijke rechten en plichten daarin ondergebracht. Is sprake van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst, dan ontstaat op ten minste drie onderdelen een dubbele binding: het aangaan van de relatie en het verbreken daarvan en de bezoldiging. Er is dan sprake van een dubbele rechtsbetrekking waarbij beide verhoudingen hun eigen regelstelsel kennen. In beide verhoudingen komt – als het gaat om beursgenoteerde vennootschappen – betekenis toe aan de Code Frijns en eventueel andere relevante governance codes. De Code Frijns geeft invulling aan zowel de contractuele als de ondernemingsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.

1.3 De bestuurder als werknemer

In onderdeel 1.2.3 van dit hoofdstuk is beschreven hoe de benoeming van een bestuurder leidt tot een vennootschapsrechtelijke betrekking tussen de vennootschap en de bestuurder. Deze betrekking heeft tot gevolg dat de bestuurder onderdeel wordt van de deelrechtsorde die de vennootschap is. Daarnaast staat de bestuurder vaak in een contractuele betrekking tot de vennootschap. In de meeste gevallen betreft dit een arbeidsovereenkomst. Dit hoeft overigens niet altijd zo te zijn. Ook een overeenkomst van opdracht komt voor, al dan niet via een 'management-BV': de

63 Inmiddels is de Wet van 11 december 2013, *Stb.* 2013, 563 (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 32 512), de Wet clawback, ingevoerd. Met deze wet wordt artikel 2:135 BW en artikel 1.111 Wft gewijzigd in die zin dat de raad van commissarissen de bevoegdheid krijgt tot aanpassing en terugvordering van bonussen van bestuurders bij alle naamloze vennootschappen en financiële ondernemingen.

64 Zie hierover onder meer Asscher-Vonk 2003, Grapperhaus 2003, Grapperhaus 2004a, Even 2003 en Verburg 2004a.

opdrachtnemer is een besloten vennootschap die zich verbindt haar directeur-grootaandeelhouder, de persoon om wie het de vennootschap/opdrachtgever te doen is, de opdracht te laten uitvoeren.⁶⁵ Verder is het goed mogelijk dat een bestuurder een (arbeids- of opdracht-)overeenkomst heeft met een andere rechtspersoon dan de vennootschap waar hij bestuurder is. In concernverhoudingen komt dit regelmatig voor; de bestuurder van de dochter is dan werknemer van de moeder. In de literatuur en jurisprudentie wordt (de hierboven kort aangestipte uitzonderingen daargelaten) doorgaans aangenomen dat de bestuurder die tegen bezoldiging zijn werkzaamheden verricht dat doet op basis van een arbeidsovereenkomst. Ook de wetgever is daar bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst (nu titel 10 van Boek 7 BW) van uitgegaan, zie hierover – uitvoerig – hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.2. Hoewel sinds midden jaren '90 van de vorige eeuw, eerst aarzelend en later steeds luider, stemmen opgaan om de bestuurder geen werknemer in de zin van Titel 10 Boek 7 BW meer te laten zijn, is de constatering *dat* een bezoldigde bestuurder gelet op de huidige wetgeving en jurisprudentie zijn werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst werkt zelden onderwerp van discussie. Inmiddels is dit anders voor de bestuurder van de beursgenoteerde vennootschap (zie artikel 2:132 lid 4 BW). Uit het feit dat de wetgever het nodig heeft geacht expliciet in de wet op te nemen dat die bestuurders geen arbeidsovereenkomst hebben, blijkt dat de contractuele band tussen vennootschap en (gewone) bestuurder dus inderdaad als arbeidsovereenkomst moet worden gezien.

In het eerste onderdeel van deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van opvattingen van de wetgever en de stand van zaken in literatuur en jurisprudentie over de vraag of een bestuurder inderdaad zijn werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst verricht (1.3.1). Vervolgens worden de heersende opvattingen over de houdbaarheid van de definitie van de arbeidsovereenkomst besproken (1.3.2). In de laatste onderdelen worden de kenmerkende elementen van de arbeidsovereenkomst kort besproken (1.3.3, 1.3.4 en 1.3.5).

1.3.1 De bestuurder heeft een arbeidsovereenkomst

Voor 1900 werd de – contractuele – verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap in de rechtspraak in literatuur wel beschouwd als lastgeving. Molengraaff beschrijft in een rechtspraakoverzicht uit 1889 waarom hij dat minder juist acht. De grenzen tussen een dienstbetrekking en bezoldigde lastgeving zijn moeilijk te trekken, aldus Molengraaff. Een doorslaggevend argument voor de dienstbetrekking vindt hij dat iemand zijn arbeidskracht gedurende een bepaalde of onbepaalde tijd voor een bepaald doel aan iemand anders afstaat en op zich neemt gedurende een zekere tijd doorlopend voor een ander bepaalde werkzaamheden te verrichten. Bezoldigde lastgeving doet meer denken aan de opdracht van een enkele of van meerdere afzonderlijke handelingen. De directeur, aldus Molengraaff, stelt zonder twijfel zijn arbeidskracht voor de duur van zijn aanstelling doorlopend in dienst van

⁶⁵ Zie hierover Honée 1991, p. 9 e.v.

de vennootschap, daarmee is de dienstbetrekking gegeven.⁶⁶ Het criterium dat Molengraaff hier hanteert is – ook nu nog – juist. Opvallend is overigens zijn constatering dat de directeur juist aan zijn dienstbetrekking de bevoegdheid en macht ontleent namens de vennootschap te handelen en de vennootschap te binden. Deze opvatting wordt teruggezien bij Rood, zie hiervoor verder paragraaf 1.4.2 van dit hoofdstuk. Dit lijkt mij niet juist. Deze bevoegdheid vloeit bij uitstek voort uit de vennootschapsrechtelijke benoeming en niet uit de dienstbetrekking.

Dat de bestuurder die bezoldigd wordt een arbeidsovereenkomst heeft, is het uitgangspunt geweest van de wetgever in 1907. In het wetgevingstraject is niet alleen uitgebreid gediscussieerd over de wenselijkheid van een algemene regeling voor verschillende typen arbeiders als zodanig. Er is ook expliciet aandacht besteed aan een aantal bijzondere categorieën ‘arbeiders’ zoals godsdienstbeoefenaars, leerlingen en “bestuurders van naamloze vennootschappen en van coöperatieve verenigingen”.⁶⁷ In het Ontwerp-Drucker wordt de toepassing van de regeling op deze bestuurders gerechtvaardigd met het argument dat bestuurders voor zover zij loon genieten vallen onder de omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Dat tot op dat moment de verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder als lastgeving werd gekarakteriseerd, staat niet aan de toepasselijkheid van de regeling in de weg. Er kan immers tegelijkertijd een arbeidsovereenkomst bestaan, aldus Drucker (en in gelijke zin de toelichtingen op de ontwerpen van 1901 en 1904). Drucker verwijst naar de literatuur⁶⁸ waarin deze leer is geaccepteerd, alsmede naar de parlementaire stukken met betrekking tot artikel 40 Faillissementswet (ten tijde van het ontwerp Drucker eveneens nog in het ontwerpstadium). Volgens Drucker hebben ook bestuurders er belang bij niet op stel en sprong te worden ontslagen zonder schadevergoeding en ook zij hebben er belang bij te weten hoe zij hun betrekking kunnen neerleggen. Hetzelfde geldt voor de bepalingen in het wetsontwerp over bijvoorbeeld het bevoorrecht zijn van de loonvordering en het recht op doorbetaling van loon bij ziekte of afwezigheid wegens andere met name genoemde gebeurtenissen.

Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer – geen groot voorstander van de uniforme regeling – is opnieuw en indringender aan de orde gesteld dat een onderscheid naar de aard van de dienstbetrekking wel wenselijk zou zijn.⁶⁹ Een van de categorieën die volgens de Eerste Kamer niet onder de werking van de Wet op de arbeidsovereenkomst zou moeten vallen, is de categorie van “als werkgevende functionerende arbeiders” zoals directeuren van naamloze vennootschappen, juist omdat zij de werkgeversrol vervullen. Hiermee is volgens de Eerste Kamer niet verenigbaar dat zij tegelijkertijd werknemer zijn. Dit argument is door de regering in haar antwoord⁷⁰ als volgt gepareerd. Het argument dat directeuren van naamloze vennootschappen feitelijk als werkgever fungeren, maakt ten onrechte geen onderscheid

66 Molengraaff 1889, p. 412 e.v.

67 Bles I, p. 204.

68 De hiervoor al aangehaalde artikelen van Molengraaff 1889, p. 412 e.v.

69 Bles I, p. 151.

70 Bles I, p. 153 e.v.

tussen de aard van de te verrichten arbeid en de verhouding tussen de arbeider en zijn werkgever. Dat een directeur de vennootschap vertegenwoordigt tegenover de andere arbeiders, neemt niet weg dat hij zich op zijn beurt verbonden heeft tegen loon in dienst van de vennootschap arbeid te verrichten. Als de directeur als 'quasi-werkgever' zou moeten worden gezien, en daarom buiten de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst moeten worden gelaten, zou dit ook moeten gelden voor "meesterknechts, de opzichters en werkbazen, in vele gevallen de zetbazen".⁷¹ De Eerste Kamer heeft de regering niet kunnen overtuigen en uiteindelijk is er een algemene regeling gekomen waarvan slechts arbeiders in overheidsdienst en de kapitein en zijn schepelingen zijn uitgezonderd, alsmede – voor sommige bepalingen – werknemers die meer dan f 4 per week verdienden. De directeur is zonder verdere beperkingen onder de paraplu van de arbeidsovereenkomst gebracht. Latere arbeidsrechtelijke of vennootschapsrechtelijke wetswijzigingen hebben geen verandering in dit standpunt gebracht, met uitzondering van de bestuurder van een beursvennootschap. Zie hiervoor meer uitgebreid hoofdstuk 2, 2.2.1.2 en 2.3.6.

De discussie over de wenselijkheid van het bestaan van de arbeidsovereenkomst tussen bestuurder en vennootschap is met name gevoerd in het kader van corporate governance. In de 40 aanbevelingen van de Commissie Peters (zie paragraaf 1.2.4 van dit hoofdstuk) is de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder geen onderwerp van discussie. Dit verandert bij de presentatie van de conceptcode Tabaksblat in 2003.⁷² In deze conceptcode is een aantal bepalingen opgenomen over de benoeming en bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen. Ook beveelt de Commissie Tabaksblat de wetgever aan de positie van bestuurders in het algemeen en van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen in het bijzonder te heroverwegen. Een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap zou niet langer als werknemer moeten worden beschouwd. Ratio van deze aanbeveling is dat het arbeidsrecht niet zou mogen verhinderen dat bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen telkens voor bepaalde tijd worden benoemd noch dat voor hen een maximum ontslagvergoeding geldt. De overige onderbouwing van deze aanbeveling is mager. De volledige aanbeveling luidt als volgt:

"Ter facilitering van best practice bepalingen 1.2.1 en 1.2.10 beveelt de commissie de wetgever aan om de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders in het algemeen en zeker die van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen bij ontslag te heroverwegen, in het bijzonder om het mogelijk te maken dat een vergoeding bij ontslag in het licht van de bezoldigingsstructuur en -omvang niet hoger wordt gesteld dan éénmaal het jaarsalaris, ongeacht de lengte van het dienstverband van de bestuurder. De commissie is tevens van mening dat een bestuurder van een beursvennootschap niet langer als werknemer moet worden beschouwd. De commissie beveelt hiertoe onder andere wijziging van artikel 2:131 BW aan. Betoogd kan worden dat de positie van de bestuurder (nu al) niet gelijk is aan de positie van een 'gewone' werknemer. De algemene vergadering van aandeelhouders of de raad van commissarissen kan de bestuurder te allen tijde

71 Bles I, p. 155.

72 Op 10 maart 2003 is een nieuwe Commissie Corporate Governance geïnstalleerd, beter bekend als de Commissie Tabaksblat, genoemd naar zijn voorzitter, M. Tabaksblat. De Commissie Tabaksblat heeft op 1 juli 2003 een concept-code gepresenteerd: www.commissiecorporategovernance.nl/conceptcode.

ontslaan en de bestuurder kan geen herstel van de dienstbetrekking vorderen (artikel 2:134 BW). Ontslag door de algemene vergadering of de raad van commissarissen brengt in het beginsel ook beëindiging van de arbeidsovereenkomst met zich.”

Op deze aanbeveling is veel kritiek geweest, zowel in de literatuur⁷³ als in de openbare commentaren⁷⁴ op de conceptcode.

In de definitieve code van 9 december 2003 is de aanbeveling gehandhaafd, zij het genuanceerd.⁷⁵ De commissie overweegt naar aanleiding van de kritische commentaren dat het haar niet noodzakelijkerwijs gaat om bestuurders de status van werknemer te ontnemen, maar om het uitgangspunt dat het arbeidsrecht niet moet verhinderen dat bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen voor bepaalde tijd worden benoemd en dat voor hen een maximum ontslagvergoeding geldt.⁷⁶ De uiteindelijke aanbeveling 3 luidt als volgt:

“Ter facilitering van best practice bepalingen II.1.1 en II.2.7 beveelt de commissie de wetgever aan om het arbeidsrecht zodanig aan te passen dat bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen voor bepaalde tijd kunnen worden benoemd c.q. herbenoemd en dat de arbeidsrechtelijke ontslagbescherming niet op hen van toepassing is.”

Met ingang van 1 januari 2009 geldt een aangepaste corporate governance code.⁷⁷ De discussie over de arbeidsrechtelijke kant van het bestuurderschap wordt daarin niet meer aangehaald; de nieuwe code richt zich meer op de bezoldiging van de bestuurder.

In 2008 heeft de Minister van Justitie de aanbeveling in de Code 2003 ter harte genomen en het ambtelijk voorontwerp *Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen* bekend gemaakt. Onder (veel) meer wordt voorgesteld in de artikel 2:132 en 242 een lid 3 BW op te nemen met de volgende tekst: ‘*De rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap wordt niet aangemerkt als een arbeidsovereenkomst*’. De motivering voor deze voorgestelde verandering is beperkt en grijpt terug op de overwegingen van de Commissie Tabaksblat. Gewezen wordt op de wettelijke opzegverboden die in de weg staan aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de begrenzing van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd door artikel 7:668a BW en de hoogte van de ontslagvergoeding. Als deze aspecten zouden worden aangepast, dan valt te bezien wat de meerwaarde is

73 Zie onder meer: Asscher-Vonk 2003, p. 421-426, Even 2003, p. 271, Grapperhaus, 2003, p. 416-423, Van Coevorden/Henrichs 2003a, Asscher-Vonk 2004 en Duk 2004.

74 Zie voor de openbare commentaren: www.commissiecorporategovernance.nl/Commentaren-op-conceptcode.

75 *Stcrt.* 27 december 2004, 250. De code heeft conform aanbeveling 1 aan de wetgever, een wettelijke grondslag gekregen in art. 2:391 lid 4 BW. Per 1 oktober 2004 is dat lid gewijzigd (wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004, 370 (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 28 179), bekendgemaakt op 9 augustus 2004, *Stb.* 2004, 405). Vanaf dat moment kunnen bij AMvB nadere voorschriften worden gesteld aan de inhoud van het jaarverslag. Bij AMvB van 23 december 2004 heeft de Minister van Justitie bepaald dat de code wordt aangewezen als een gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 4 BW.

76 Zie p. 53 pt. 41 van de Code.

77 *Stcrt.* 2009, nr 18499, 3 december 2009.

van de arbeidsrechtelijke verhouding, aldus de toelichting op het voorontwerp. Ter vergelijking wordt verwezen naar het Antilliaanse vennootschapsrecht waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de bestuurder geen arbeidsovereenkomst heeft. In het uiteindelijke wetsvoorstel,⁷⁸ komt het voorgestelde lid 3 niet terug, waarmee het standpunt van de wetgever dat een bezoldigde bestuurder onder de werkingsfeer van de Wet op de arbeidsovereenkomst valt, lijkt gehandhaafd. Via een amendement⁷⁹ is echter uiteindelijk toch in Boek 2 BW opgenomen dat bestuurders van een beursgenoteerde vennootschap geen arbeidsovereenkomst met de vennootschap hebben. Hiermee is dus een onderscheid ontstaan tussen 'gewone' bestuurders en bestuurders van beursvennootschappen.

Ook de Hoge Raad gaat uit van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het is overigens opvallend dat de Hoge Raad zich in civiele zaken nimmer expliciet heeft uitgelaten over de vraag of een bestuurder die voor zijn werkzaamheden wordt betaald, daarmee ook een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap. De Hoge Raad-uitspraken waarin dit expliciet aan de orde is geweest, zijn uitspraken in belastingzaken of strafzaken. In 1907 (dus nog voor de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst per 1 februari 1909) oordeelt de Hoge Raad in een strafzaak expliciet dat een directeur in persoonlijke dienstbetrekking tot de vennootschap staat.⁸⁰ Het gaat om een frauderende directeur die wordt vervolgd op grond van artikel 322 Sr dat ziet op "*verduistering gepleegd door hem die het goed uit hoofde van zijne persoonlijke dienstbetrekking onder zich heeft.*" De bestuurder verweert zich met de stelling dat met persoonlijke dienstbetrekking wordt verwezen naar hetgeen in het BW met de huur van diensten wordt bedoeld (deze huur van diensten zag niet op werkzaamheden van meer verheven aard). Het hof oordeelt onder verwijzing naar de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst dat onder persoonlijke dienstbetrekking als bedoeld in artikel 322 Sr ook de rechtsbetrekking met de directeur moet worden beschouwd. De Hoge Raad gaat, in navolging van de advocaat-generaal, zelfs nog verder en oordeelt dat bestuurders "*ofschoon zij lasthebbers zijn in zoover zij de vennootschap vertegenwoordigen, als hoedanig zij worden beschouwd bij art. 45 W.V.K., zij tevens tot haar in dienstbetrekking staan, voor zoover zij te haren behoeve tegen loon werkzaamheden verrichten.*" De advocaat-generaal kent met name het argument dat een arbeidskracht voor zekere tijd ter beschikking wordt gesteld aan de ander veel waarde toe; het argument dat ook Drucker al doorslaggevend acht.

In een civiele zaak uit 1913 oordeelt de Hoge Raad over de vraag of de statuten kunnen worden beschouwd als een onderdeel van de schriftelijke arbeidsovereenkomst of een arbeidsreglement.⁸¹ De vraag wordt door de Hoge Raad ontkennend beantwoord. *Dat sprake is van een arbeidsovereenkomst neemt de Hoge Raad als uitgangspunt zonder daar verder een overweging aan te wijden.*

78 *Kamerstukken II* 2009-10, 31 763, nr. 2.

79 *Kamerstukken II* 2009-10, 31 763, nr. 10, amendement leden Weekers en Van Vroonhoven-Kok. Wet geworden per 1 juli 2011, *Stb.* 2011, 275.

80 HR 23 december 1907, *Weekblad van het Regt* no. 8637, 7 februari 1908.

81 HR 7 maart 1913, *NJ* 1913 p. 625 (*Sablières/Lucas*).

Pas in 1940 komt de aard van de contractuele verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap weer in de gepubliceerde rechtspraak aan de orde en wel in een belastinggeschil.⁸² Aan de orde is de vraag of de twee directeuren van een vennootschap, die tevens beiden de helft van de aandelen in de vennootschap bezitten, meetellen voor de bepaling van het gemiddelde aantal arbeiders voor de belastingen. De vennootschap stelt zich op het standpunt dat de directeuren niet geacht kunnen worden in loondienst van de vennootschap werkzaam te zijn omdat zij enig aandeelhouder zijn. De Hoge Raad overweegt allereerst dat een arbeidsovereenkomst bestaanbaar is tussen een arbeider en een NV als werkgeefster. Voor de ondergeschiktheid is het niet nodig dat de organen aan wie verantwoording moet worden afgelegd uit andere natuurlijke personen bestaan dan de arbeider zelf. De Hoge Raad verwijst dan naar de betekenis die volgens het Wetboek van Koophandel aan de naamloze vennootschap moet worden toegekend: het is de vennootschap die deelneemt aan het rechtsverkeer. De aandeelhouders staan weliswaar in een zekere betrekking tot de rechtspersoon, maar nemen niet deel aan het rechtsverkeer. De persoon van de aandeelhouders is niet van belang. Hij die in dienst is van de vennootschap, heeft als opdrachten van zijn werkgeefster te beschouwen alle opdrachten die hem door het daartoe bevoegde orgaan van de vennootschap worden gegeven, zonder dat van belang is welke natuurlijke personen of rechtspersonen dat orgaan vormen. In 1942 herhaalt de Hoge Raad dit oordeel, opnieuw in een belastinggeschil.⁸³ In die zaak gaat het om de vraag of voor de loonbelasting directeuren van een familievennootschap met die vennootschap een arbeidsovereenkomst hebben. Opnieuw oordeelt de Hoge Raad dat dat het geval is en dat het niet relevant wie de persoon van de aandeelhouder is.

Een volgende fiscale zaak wordt in 1985 voorgelegd aan de Hoge Raad.⁸⁴ Aanleiding voor het geschil met de Belastingdienst is de vraag of een uitkering ineens aan de directeur-groootaandeelhouder (in totaal kent de vennootschap twee aandeelhouders) moet worden gezien (en belast) als een uitkering ineens ter gelegenheid van een dienstjubileum. De reden voor de twijfel is daarin gelegen dat het bedrijf waar het om gaat gedurende de veertig jaar van het bestaan verschillende rechtsvormen heeft gekend. Via een eenmanszaak, een vennootschap onder firma en een naamloze vennootschap is de onderneming uiteindelijk in een besloten vennootschap omgezet. De crux zit hem in de overgang van vennootschap onder firma naar naamloze vennootschap. Pas een jaar en vijf maanden na de oprichting van de NV zijn de activiteiten van de v.o.f. overgenomen door de NV. De persoon om wie het in deze zaak ging was wel vanaf het moment van oprichting bestuurder van de NV. De Hoge Raad oordeelt dat het standpunt van deze directeur, namelijk dat het enkele feit dat hij vanaf de oprichting directeur is van de NV ook met zich brengt dat hij vanaf dat moment in een privaatrechtelijke dienstbetrekking staat tot de vennootschap (en deze periode dus

82 HR 7 februari 1940, NJ 1940, 180 (*Burgemeester van Haarlem/Belastingdienst*).

83 HR 4 november 1942, A.B. 1943 p. 343 (*N.N./Inspecteur*).

84 HR 18 september 1985, NJ 1986, 177 m.nt. PAS (*X./Belastingdienst*).

meetelt voor zijn dienstjubileum) onjuist is. “[V]oor het bestaan van zodanige dienstbetrekking was niet voldoende dat belanghebbende directeur van de vennootschap was, maar daartoe was tevens vereist dat hij tegen betaling van loon als zodanig was aangesteld.” Deze uitspraak is logisch: zonder beloning is immers geen sprake van een arbeidsovereenkomst. De bestuurder loopt zijn belastingvrije jubileumuitkering aldus mis. Deze uitspraak ondersteunt de stelling dat benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst twee verschillende rechtshandelingen zijn.

In de lagere rechtspraak komt de vraag of tussen een bestuurder en een vennootschap een arbeidsovereenkomst bestaat met name in de eerste helft van de vorige eeuw aan de orde. Ook in die rechtspraak wordt, veelal onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, ervan uitgegaan dat een directeur zijn werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst verricht. Dit zijn overigens wel met name civiele zaken. Gewezen kan worden op het Kantongerecht Amsterdam dat op 8 juli 1909 oordeelt dat de directeur van een levensverzekeringsmaatschappij (een NV) een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap. Een directeur, al treedt hij op als vertegenwoordiger, is niet het hoofd van de vennootschap in die zin dat hij niet van haar afhankelijk is, aldus het Kantongerecht onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. Dat hij medeoprichter van de vennootschap is, en een deelneming heeft, maakt dit oordeel niet anders.⁸⁵ Ook de Rechtbank Den Haag vindt in 1913 niet dat het aandeelhouderschap van een directeur in de weg staat aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Wie aandeelhouder is van een vennootschap kan immers elk moment wijzigen. Het gaat in deze zaak om een ontslag van de directeuren door de curator. De rechtbank verwijst daarom naar de wetsgeschiedenis van artikel 40 Fw.⁸⁶ De President van de Rechtbank Den Bosch die in 1913 overweegt dat de verhouding van de directie van een NV tegenover deze vennootschap niet de verhouding is van iemand, die zich tegenover een andere (de NV) verbindt, in haar dienst, tegen loon, arbeid te verrichten, wordt door het Hof Den Bosch gecorrigeerd.⁸⁷ De president van de rechtbank oordeelt dat de directie het hoofdorgaan is door middel waarvan die vennootschap als rechtspersoon optreedt, dat haar beheert, haar in en buiten rechte ‘vertegenwoordigt’, haar aan derden en derden aan haar verbindt, kantoorpersoneel en werklieden benoemt en meer soortgelijke handelingen mag verrichten. Dit alles geeft een heel andere verhouding weer dan die tussen werkgever en werknemer. Het Hof Den Bosch vernietigt dit oordeel van de president onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis: dat een directeur zelf als werkgever optreedt, doet er niets aan af dat hij zich op zijn beurt toch ook zelf heeft verbonden tegen loon arbeid te verrichten. Een schorsing (daar ging de zaak over) is dan ook betrekkelijk tot de arbeidsovereenkomst. In gelijke zin oordeelt de Kantonrechter Rotterdam op 18 april 1918.⁸⁸

85 Kantongerecht Amsterdam II, 8 juli 1909, *R.B. II*, 5 p. 17/18.

86 Rb. Den Haag, 3 februari 1913, *NJ* 1913, p. 237 (*Van Ijsbergen/De Ranitz*).

87 Rb. Den Bosch, 18 april 1913, *NJ* 1913, 1121 (*Lewin/Lewin*) en in hoger beroep Hof Den Bosch, 3 juni 1913, *NJ* 1913, 118 (*Lewin/Lewin*).

88 *RB VII*, 98-100.

Het is opvallend dat in de bekende civiele standaardarresten,⁸⁹ waarin toch harde noten worden gekraakt over de arbeidsrechtelijke positie van de statutair bestuurder, de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst nooit expliciet aan de orde is geweest, ook niet in de cassatiemiddelen en evenmin in de conclusies van het Openbaar Ministerie.⁹⁰ Stein stelt in zijn annotaties onder *Levison/MAB* en *Mooij Verf/De Waard* weliswaar dat in een lange reeks arresten, waaronder de geannoteerde arresten, door de Hoge Raad is beslist dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap een arbeidsovereenkomst is, maar dat is strikt genomen onjuist. In die arresten is dat niet uitgemaakt, wel in de hierboven beschreven arresten van de belastingkamer van de Hoge Raad.⁹¹

Interessant is nog het (civiele) *Forum-Bank*-arrest uit 1955.⁹² In dat arrest heeft de Hoge Raad beslist dat de algemene vergadering van aandeelhouders geen bindende opdrachten kan geven aan het bestuur ten aanzien van onderwerpen die tot de bevoegdheid van het bestuur behoren. De *Forum-Bank*-uitspraak brengt een verschuiving teweeg in de machtsverdeling binnen de vennootschap. De tot dan toe heersende opvatting dat de algemene vergadering de hoogste macht in de vennootschap is en dientengevolge sprake is van een ondergeschikte positie van het bestuur komt daarmee op losse schroeven te staan. Anderzijds houdt de Hoge Raad in belastinguitspraken als gezegd vast aan de lijn dat de directeur een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap omdat hij als opdrachten van zijn werkgeefster heeft te beschouwen alle opdrachten die hem door het daartoe bevoegd orgaan van de vennootschap worden gegeven.

De Centrale Raad van Beroep is door de jaren heen minder consistent geweest dan de Hoge Raad als het gaat om de bestuurder die tevens grootaandeelhouder is. In 1932 oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat een directeur die tevens enig aandeelhouder is niet in loondienst bij de NV kan zijn omdat er feitelijk niemand gezag over hem kan uitoefenen.⁹³ Tot de twee, gelijkkluidende, uitspraken van de

89 HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*), HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*), HR 4 december 1992, NJ 1993, 271, m.nt. Ma (*Meijers/Mast Holding*), HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 211 m.nt. PAS, JAR 1993/244 (*Mooij Verf/De Waard*), HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 m.nt. Ma (*Janssen Pers/Janssen*), HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic Nominees/Van den Elshout*), HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694 (*Lampe/VideoWorks*), HR 18 april 1997, NJ 1997, 609, JAR 1997/121 (*Van der Giessen/ACV*) en HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 en 484 m.nt. GHvV, JAR 2005/117 JOR 2005, 144 en 145 m.nt. P.A.M. Witteveen (de *15 april-arresten*).

90 Zie in dezelfde zin *Losbladige Arbeidsovereenkomst*, J.B. Huizink, Bestuurders van Rechtspersonen, Inleiding, aant. 3.4.

91 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*), HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 211 m.nt. PAS, JAR 1993/244 (*Mooij Verf/De Waard*). Stein verwijst in zijn annotaties ook naar het arrest HR 23 februari 1979, NJ 1979, 478 (*Bekker/Sekisui*) waarin ook zou zijn beslist dat de directeur met de vennootschap een arbeidsverhouding heeft. Opvallend is dat hij in zijn noot onder dat arrest letterlijk schrijft dat 'de aard van de rechtsverhouding tussen bestuurder en NV/BV geen discussiepunt [is] geweest'. Dat standpunt is juist en dat geldt ook voor de overige arresten die hij heeft geannoteerd.

92 HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 m.nt. HB (*Forum-Bank*).

93 CRvB 26 mei 1932, A.B. 1932, p. 674 (*Electrolijt/Raad van de Arbeid*). Volgens Koopmans was dit een breuk met de jurisprudentie van de CRvB tot dan toe, Koopmans 1962, p. 217.

Centrale Raad van Beroep van 10 december 1968⁹⁴ wordt de directeur-grotoaandeelhouder *niet* als werknemer beschouwd voor de sociale verzekeringen, met als argument het ontbreken van de ondergeschiktheid. In zijn uitspraak van de genoemde datum gaat de Centrale Raad van Beroep om. Zonder daadwerkelijk terug te komen op zijn oordeel over de gezagsverhouding, komt de Centrale Raad van Beroep toch tot het oordeel dat de directeur-grotoaandeelhouder *wel* moet worden geacht zijn werkzaamheden in dienstbetrekking te verrichten. De Centrale Raad van Beroep baseert zich op de bedoeling van de wetgever aan het begrip ‘dienstbetrekking’ in de in 1967 ingevoerde ZW, WAO en WW die betekenis toe te kennen die de Hoge Raad met name in zijn fiscale jurisprudentie over art. 2 lid 1 Wet op de loonbelasting 1964 daaraan toekent. Na een opmaat⁹⁵ keert de Centrale Raad van Beroep op 4 oktober 1985⁹⁶ terug naar zijn oorspronkelijke standpunt: de directeur-grotoaandeelhouder is *geen* werknemer. Reden voor de ommezwaai is gelegen in de grote populariteit die de BV op dat moment geniet. De Centrale Raad van Beroep constateert dat het van algemene bekendheid is dat de BV steeds vaker gebruikt wordt om oneigenlijk gebruik te maken van de socialeverzekeringwetgeving. Vervolgens komt de Centrale Raad van Beroep tot het oordeel dat niet is voldaan aan de essentiële kenmerken die een arbeidsovereenkomst moet hebben: ondergeschiktheid en werkgeversgezag. De directeur-groot aandeelhouder heeft immers de feitelijke macht in de aandeelhoudersvergadering. Interessant is de plaats die de Centrale Raad van Beroep toekent aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Volgens de Centrale Raad van Beroep is dat het hoogste orgaan van de rechtspersoon en ontbreken daarom de elementen ondergeschiktheid en werkgeversgezag als de bestuurder zelf in dat hoogste orgaan de (feitelijke) macht heeft. De Centrale Raad van Beroep gaat ervan uit dat een ‘gewone’ bestuurder die geen overwegende invloed heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders, wel ondergeschikt is aan de algemene vergadering en dus wel onderworpen is aan werkgeversgezag. De Hoge Raad abstraheert daarentegen van de persoon van de aandeelhouder en van de invloed die de bestuurder heeft als aandeelhouder.⁹⁷ In 2013 lijkt de Centrale Raad van Beroep weer een omslag te maken en dezelfde koers te gaan varen als de Hoge Raad. Naar aanleiding van de UWV/DGA-uitspraak van de Hoge Raad⁹⁸ abstraheert nu ook de Centrale Raad van Beroep van de persoon van de aandeelhouder, ook in het geval er geen materiële gezagsverhouding is.⁹⁹

94 CRvB 10 december 1968, RSV 1969, 40 en 41 en SMA 1969 p. 844 e.v. m.nt. De Leede (*Scheepswerk/Bedrijfsvereniging*).

95 CRvB 22 januari 1985, RSV 1985/163 m.nt. De Leede (*X./Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringwezen, Groothandel en Vrije beroepen*).

96 CRvB 4 oktober 1985, AA 1986 p. 215 m.nt. E.P. de Jong, RSV 1986/21 m.nt. E.P. de Jong (*X. NV/Bedrijfsvereniging*).

97 HR 7 februari 1940, NJ 1940, 180 (*Burgemeester van Haarlem/Belastingdienst*).

98 HR 22 maart 2013, RAR 2013/85 (*UWV/DGA*). In deze uitspraak beslist de Hoge Raad op een cassatieverzoek van het UWV met betrekking tot een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep over de toepassing van art. 3 WW. Het ging om een directeur-grotoaandeelhouder die dat volgens de letter der wet niet was (48% van de aandelen), maar feitelijk wellicht wel. De Hoge Raad abstraheert van de personen van de aandeelhouder en oordeelt dat niet van belang is of materieel sprake is van een gezagsverhouding.

99 Zie CRvB 5 juli 2013, USZ 2013/310 (*A./UWV*) en CRvB 22 januari 2014, USZ 2014/63 (*X./UWV*).

Samengevat: de wetgever en de Hoge Raad gaan uit van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen bestuurder en vennootschap, de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap sinds 1 januari 2013 daargelaten.

1.3.2 De definitie van de arbeidsovereenkomst

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al aangehaald, is er in de afgelopen jaren discussie geweest over de vraag of de bestuurder wel onder het arbeidsrecht zou moeten vallen. Vanuit vennootschapsrechtelijke hoek is vaak de gedachte dat met name de ontslagbescherming zich niet verhoudt met de mogelijkheid die de algemene vergadering (of raad van commissarissen) moet hebben om de bestuurder te allen tijde te ontslaan. Vanuit arbeidsrechtelijke hoek speelt de vraag vaak als onderdeel van een bredere discussie over de reikwijdte van de definitie van de arbeidsovereenkomst. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij die discussie, voornamelijk voor zover die discussie ziet op de positie van de bestuurder.

De definitie van de arbeidsovereenkomst, inhoudelijk nog identiek aan de definitie zoals in 1907 geïntroduceerd, in art. 7:610 lid 1 BW luidt als volgt:

“De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij de werknemer, zich verbindt **in dienst van** de andere partij, de werkgever, **tegen loon** gedurende zekere tijd **arbeid** te verrichten.”
(benadrukking JHB)

De drie vetgedrukte kernelementen ‘in dienst’, ‘tegen loon’ en ‘arbeid’ worden hierna afzonderlijk behandeld. Aan het element ‘gedurende een zekere tijd’ wordt doorgaans geen zelfstandige betekenis toegekend.¹⁰⁰ Oorspronkelijk is het opgenomen om de arbeidsovereenkomst van de opdrachtovereenkomst te onderscheiden. Bij de invoering van Titel 10 in Boek 7 op 1 april 1997 is het element ‘gedurende een zekere tijd’ gehandhaafd met het argument dat het duurelement betekenis kan hebben, juist in die gevallen waarin het gezagselement weinig reliëf heeft.¹⁰¹ Deze functie heeft aan betekenis verloren door de invoering van de rechtsvermoedens van de artikelen 7:610a en b BW.¹⁰²

Het doel van de definitie is de arbeidsovereenkomst enerzijds te onderscheiden van de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst tot aanneming van werk anderzijds. Tussen deze drie juridische vormen waarin arbeid kan worden verricht, valt niet altijd even duidelijk een onderscheid te maken. Met name over de vraag of een bepaalde arbeidsrelatie moet worden gekwalificeerd als een opdrachtovereenkomst dan wel als een arbeidsovereenkomst bestaat veel jurisprudentie en literatuur.

100 Bakels/Bouwens/Houwerzijl & Roozendaal 2013, p. 60 noot 15; Asser/Heerma van Voss (7-V*) 2012, nr. 25.

101 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3 p. 14, zie ook Asser/Kortmann/De Leede/Thunissen 1997, nr. 17.

102 Asser/Heerma van Voss (7-V*) 2012, nr. 25.

Het onderscheid is vooral van belang omdat het bestaan van een arbeidsovereenkomst leidt tot arbeidsrechtelijke bescherming en sociaalverzekeringsrechtelijke bescherming (de arbeidsovereenkomst als entreebiljet).¹⁰³ De definitiekwestie gaat dus in wezen over de vraag wie wel sociaalrechtelijk bescherming verdient en wie niet.

Dat de definitie van de arbeidsovereenkomst sinds de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 niet inhoudelijk is gewijzigd roept, onder verwijzing naar Van der Heijden, de vraag op of de definitie uit 1907 zo slijtvast is dat ze ondanks maatschappelijke en juridische veranderingen in deze tijd nog voldoet aan het hierboven genoemde doel: bepalen wie wel en niet arbeidsrechtelijke bescherming verdient.¹⁰⁴ Het is ook Van der Heijden, samen met Noordam, geweest die als één van de eersten de vraag heeft opgeworpen of de bestuurder wel thuishoort in het arbeidsrecht.¹⁰⁵ In de jaren '70 van de vorige eeuw zijn stemmen opgegaan niet het criterium 'in dienst' doorslaggevend te laten zijn, maar de omstandigheid dat iemand zijn gehele werktijd of een belangrijk deel daarvan voor langere tijd ter beschikking stelt aan een ander, ongeacht of sprake is van een gezagsverhouding. Vaak wordt verwezen naar Van der Ven als aanjager van dit standpunt. In zijn afscheidscollege in 1972 bepleit hij dat zou moeten worden teruggekeerd naar de oorspronkelijke definitie zoals door Drucker opgenomen in het voorontwerp. In deze definitie is geen verwijzing naar het gezagsmoment of het dienstbegrip opgenomen, maar wordt het ter beschikking stellen van arbeidskracht voor een zekere tijd als uitgangspunt genomen. Dit is volgens Van der Ven de essentie van de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁶ Deze invalshoek zou het vaak gevoelde dilemma dat in het geval van een bestuurder toch nauwelijks van een gezagsverhouding kan worden gesproken, kunnen oplossen.

Koopmans houdt er een ander standpunt op na en concludeert op basis van de wetsgeschiedenis van artikel 1637a BW (thans 7:610 BW) dat met 'arbeid in dienst van de werkgever' precies hetzelfde is beoogd als met de uitdrukking 'ter beschikking stellen van arbeidskracht' in het ontwerp-Drucker. Hij leidt hieruit af dat de aard van het gezag en het object van de prestatie twee zijden van dezelfde medaille zijn. Koopmans benadrukt dat hij hier niet mee wil betogen dat de onbepaaldheid van de prestatie een zelfstandig criterium is naast of in plaats van de gezagsverhouding, maar dat hij er slechts op wil wijzen dat de gezagsverhouding beter begrepen kan worden als het gezien wordt als tegenhanger van de onbepaaldheid. In geval van een arbeidsovereenkomst is immers geen sprake van een van te voren duidelijk omliggende taak.¹⁰⁷

103 Asscher-Vonk 1995.

104 Van der Heijden 1991, p. 41.

105 Van der Heijden/Noordam 2001, p. 96.

106 Van der Ven 1972. Een soortgelijke redenering als die van Van der Ven is ook te vinden bij De Gaay Fortman 1936 en bij Versloot 1952, p. 162 e.v.

107 Koopmans 1962, nr. 66 en 68.

Van der Ven vindt voor zijn standpunt steun bij Schut,¹⁰⁸ de vorige bewerkers van de Asser-serie¹⁰⁹ en tot 1993 Van der Grinten.¹¹⁰ Van der Heijden heeft in 1991 naar aanleiding van de invoering van het (vermogensrechtelijke deel van het) NBW en het destijds voorliggende ontwerp voor Titel 10 Boek 7 BW gepleit voor een nieuwe definitie van de arbeidsovereenkomst waarbij 'in dienst van' vervangen zou moeten worden door 'onder zeggenschap van', het element 'gedurende een zekere tijd' zou moeten komen te vervallen en expliciet zou moeten worden verwezen naar het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst, door toevoeging van het woord 'zelf'. Van der Heijden wil als essentieel element de gezagsverhouding, beschouwd als ondergeschiktheid, behouden. 'Onder zeggenschap' acht hij de verhouding in het arbeidscontract beter weergegeven dan 'in dienst van'.¹¹¹ Ondanks deze standpunten in de literatuur, is de definitie bij de invoering van Titel 10 Boek 7 BW inhoudelijk gelijk gebleven.¹¹² Ook de Wet werk en zekerheid laat de definitie van de arbeidsovereenkomst ongemoeid.¹¹³

Zowel Boot als Aerts hebben in hun respectieve dissertaties – vanuit verschillende invalshoeken – onderzocht in hoeverre de arbeidsrechtelijke bescherming onder de huidige definitie van art. 7:610 BW juist is verdeeld.¹¹⁴ Boot heeft in zijn dissertatie geconcludeerd dat de huidige definitie van de arbeidsovereenkomst onbevredigend is omdat het meest kenmerkende criterium, het gezagscriterium, ook bij de opdrachtsovereenkomst in zekere zin aanwezig is en in sommige arbeidsovereenkomsten amper wordt uitgeoefend. Er zijn geen andere elementen in de huidige definitie die de arbeidsovereenkomst eenduidig afbakenen ten opzichte van de opdrachtsovereenkomst. Als gevolg van dit definitieprobleem zijn er hooggeplaatste werknemers die rechten hebben waaraan zij geen behoefte hebben, die

108 Schut 1977, p. 236.

109 Asser/Kortmann/De Leede/Thunissen 1994, nr. 18.

110 Van der Grinten betuigt zich in zijn *Arbeidsovereenkomstenrecht* tot 1993 voorstander van de opvatting van Van der Ven dat het gezagscriterium geen onderscheidend criterium is, maar eerder de omstandigheid dat iemand zich verbindt gedurende langere tijd zijn arbeidskracht ter beschikking te stellen. Naar het oordeel van Van der Grinten kan er ook een arbeidsovereenkomst zijn zonder dat sprake is van een gezagsverhouding. Ter illustratie verwijst Van der Grinten naar de positie van de bestuurder van vennootschappen, Van der Grinten 1990, p. 16 alsmede in eerder drukken. Vanaf de druk verschenen in 1993 nuanceert hij zijn oordeel en stelt dat het criterium dat de werkgever gezag moet hebben *weinig bevredigend* is.

111 Van der Heijden 1991, p. 48 en 55.

112 Dit wil niet zeggen dat de kritiek op de definitie van de arbeidsovereenkomst is verstomd. Loonstra en Westerbeek (Loonstra & Westerbeek 2007, p. 418) delen de bestaande kritiek als volgt in. Er zijn schrijvers die vinden dat de definitie niet meer voldoet, en dan met name het criterium 'in dienst van'. Daarnaast zijn er auteurs die vinden dat de bescherming van Titel 10 Boek 7 moet worden uitgebreid en/of beperkt: uitgebreid naar die groepen werkenden die er nu niet onder vallen maar gelet op hun sociaaleconomische positie wel bescherming verdienen en beperkt zodat werknemers die de bescherming niet nodig hebben, daar ook geen recht op hebben. Een derde categorie schrijvers pleit ervoor de definitie en werkingssfeer niet te wijzigen, maar te variëren in de mate van bescherming die bepaalde groepen werknemers toekomt: niet voor alle werknemers dient een bepaald wetsartikel dwingendrechtelijk te zijn en sommige bepalingen zouden wellicht helemaal niet van toepassing hoeven te zijn.

113 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818 nr. 2 e.v.

114 Boot 2004 en Aerts 2007.

moeilijk op hen toepasbaar zijn en die vanuit het oogpunt van gelijkheidscompensatie niet nodig lijken te zijn (bijvoorbeeld de statutair bestuurder). Aan de andere kant van het spectrum zijn er werkenden die gelet op de feitelijke situatie wel arbeidsrechtelijke bescherming zouden willen – of vanuit maatschappelijk oogpunt moeten – genieten, maar werkzaam zijn als kleine zelfstandige (vaak een zzp'er). Als onderdeel van de oplossing draagt Boot een nieuwe definitie van de arbeidsovereenkomst aan waarbij ook elementen als economische afhankelijkheid en de aard van de werkzaamheden een rol spelen.¹¹⁵ Ten aanzien van de statutair bestuurder concludeert Boot dat statutair bestuurders niet dwingendrechtelijk van de arbeidsovereenkomst zouden moeten worden uitgesloten. Wel zou de bestuurder de keuzemogelijkheid moeten hebben indien hij voldoet aan de criteria voor een zelfstandigheidsverklaring of minimaal vijf maal het minimumloon ontvangt.¹¹⁶

In 2007 is de dissertatie van Aerts verschenen die vanuit een andere, mede sociologische en empirische, invalshoek dezelfde vraag heeft beantwoord door onderzoek te doen naar de positie van zelfstandigen zonder personeel. Zij komt tot de conclusie dat deze groep, ten onrechte, geen beroep toekomt op bepaalde bescherming en ongelijkheidscompensatie. De oplossing is wat haar betreft niet gelegen in herdefiniëring, maar eerder in het aanbrengen van een onderscheid in rechten en plichten. In andere woorden: niet uitsluitend het hebben van een arbeidsovereenkomst zou recht moeten geven op bescherming en sociale zekerheid.¹¹⁷

Samengevat: in de literatuur bestaat kritiek op de reikwijdte van de definitie van de arbeidsovereenkomst. Sommige werkenden zouden juist wel onder (de bescherming van) het arbeidsovereenkomstenrecht moeten vallen, anderen (zoals de bestuurder) die nu wel onder de definitie vallen niet, met name omdat zij hun eigen boontjes zouden kunnen doppen. Vooral nog heeft alle discussie over de definitie en de reikwijdte van de arbeidsovereenkomst niet geleid tot een wijziging in de definitie. Ook de bestuurder heeft nog steeds een arbeidsovereenkomst, met uitzondering van de bestuurder van een beursvennootschap. De achterliggende gedachte van deze wettelijke uitzondering is echter niet uitsluitend dat die bestuurder wel voor zichzelf kan zorgen, maar ook dat de regels van corporate governance beter kunnen worden nageleefd. Dit houdt echter geen wijziging van de definitie van de arbeidsovereenkomst in maar eerder een bevestiging. Zou de bestuurder om wat voor reden dan ook niet meer onder de definitie vallen, dan is een expliciete uitzondering in Boek 2 BW niet nodig.¹¹⁸ De definitie van de arbeidsovereenkomst staat dus nog overeind. In de volgende drie paragrafen worden de onderdelen van de definitie besproken, uiteraard in het licht van de positie van de bestuurder.

115 Boot 2004, p. 20-21 en 339-345.

116 Boot 2004, p. 92.

117 Aerts 2007, p. 411-413.

118 Huizink heeft overigens bepleit dat een wetswijziging strikt genomen niet nodig is en een wijziging in de koers van de Hoge Raad al volstaat, Huizink 2003, p. 13-14.

1.3.3 Arbeid

Om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst moet de werknemer verplicht zijn arbeid te verrichten. Het begrip arbeid wordt niet gedefinieerd in het BW. In de literatuur wordt het begrip ruim opgevat.¹¹⁹ Van welke aard de arbeid is, doet niet ter zake. Zelfs slapen kan arbeid zijn in de zin van deze bepaling.¹²⁰ De arbeid moet voor de werkgever van waarde zijn, zonder dat dit betekent dat de werkgever met behulp van die arbeid bedrijfseconomisch resultaat moet halen.¹²¹ Twijfel of sprake is van arbeid in de zin van artikel 7:610 BW doet zich bijvoorbeeld voor als werkzaamheden worden verricht in het kader van een opleiding.¹²² De arbeid moet persoonlijk door de werknemer worden verricht, zie art 7:659 lid 1 BW. Als de werknemer zich zonder toestemming van zijn werkgever door een ander mag laten vervangen, wordt het contract niet meer als een arbeidsovereenkomst beschouwd. Hiermee onderscheidt het arbeidsovereenkomstenrecht zich van het gemene verbintenissenrecht. Op grond van artikel 6:30 BW kunnen verbintenissen immers door iedereen worden gekwetst.¹²³

Als onderscheidend criterium levert het element 'arbeid' zelden problemen op. De begrippen 'bedongen arbeid' of 'passende arbeid' komen eveneens voor in Titel 10 Boek 7 BW en geven vaker aanleiding tot discussie.¹²⁴ Gaat het om een bestuurder van een vennootschap, dan zal de bedongen arbeid vaak bestaan uit het zijn van bestuurder van de vennootschap. De arbeid die de bestuurder dient te verrichten valt dan samen met de omschrijving van de bestuurstaken in Boek 2 BW. Dit is met name het geval als de bestuurder ook daadwerkelijk functioneert als hoofd van de onderneming, denk aan de (van buitenaf aangetrokken) CEO die de onderneming (of het concern) leidt. Hij bestuurt de vennootschap zoals bedoeld in Boek 2 BW. Niet elke statutair bestuurder verricht echter arbeid. Gedacht kan worden aan een bestuurder van een lege BV of een pensioen-BV.¹²⁵

Van Uden¹²⁶ heeft erop gewezen dat er veel bestuurders zijn wier arbeidsovereenkomst is gesloten noch gewijzigd met het oog op het bestuurderschap. Deze bestuurders noemt hij functioneel bestuurders. Deze term is enigszins verwarrend omdat, in de woorden van Huizink, een bestuurder altijd een functionele positie heeft,

119 Koopmans 1962, nr. 50, Van Slooten 1999, p. 141.

120 HR 15 maart 1991, NJ 1991, 417 en 418.

121 Van Slooten 1999, p. 147.

122 Het moet dan gaan om werkzaamheden die overwegend zijn gericht op het uitbreiden van de eigen kennis en ervaring van de werknemer HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 230 m.nt. Stein (*Hesseling/Stichting de Ombudsman*); HR 10 juni 1983, NJ 1984, 60 (*Groen/St. R.-k. Ziekenverpleging*); HR 28 juni 1996, NJ 1996, 711, JAR 1996/153 (*Verhoef/Van Zuijlen*).

123 Van Slooten 1999, p. 149. Van Slooten beschrijft ook een drietal uitzonderingen op de verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten, zonder dat dit ten koste gaat van de kwalificatie arbeidsovereenkomst. Deze uitzonderingen zijn voor dit onderzoek niet van belang en worden daarom ook niet verder behandeld.

124 Vgl. Van Slooten 2013.

125 *Losbladige Arbeidsovereenkomst*, J.B. Huizink, Bestuurders van Rechtspersonen, Inleiding, aant. 2.2.1.

126 Van Uden 2006.

namelijk zijn positie binnen de vennootschap. Het gaat Van Uden echter om 'gewone' leidinggevende werknemers die uit praktisch oogpunt een bestuurderschap 'erbij' krijgen, zonder dat zij daadwerkelijk worden geacht de vennootschap te besturen, zoals bedoeld in Boek 2 BW. Deze werknemer-bestuurder heeft binnen het concern vaak een leidinggevende aan wie hij verantwoording dient af te leggen, en heeft weinig tot niets te zeggen over het beleid van de vennootschap waarvan hij bestuurder is. Van Uden betoogt dat deze functioneel bestuurders zich niet of nauwelijks onderscheiden van gewone werknemers. Zij zouden daarom niet over één kam geschoren mogen worden met 'echte' bestuurders, met als gevolg dat voor hen de regel uit de 15 april-arresten – ontslag als bestuurder is tevens ontslag als werknemer – niet zou moeten gelden. Ik interpreteer Van Uden zo dat hij stelt dat de bedongen arbeid van deze 'functioneel bestuurders' niet die van bestuurder is, maar van gewone leidinggevende.

Uit een arrest van de Hoge Raad, gewezen voor de 15 april-arresten, zou kunnen worden afgeleid dat ook de Hoge Raad van oordeel is dat de bedongen arbeid niet per definitie samenvalt met het uitoefenen van de bestuurderstaken als bedoeld in Boek 2 BW. In de zaak die leidde tot het arrest *Mooij Verf/De Waard*¹²⁷ krijgt de Hoge Raad te oordelen over de vraag of de bepalingen omtrent overgang van onderneming toepassing vinden op de arbeidsovereenkomst met een bestuurder. De bestuurder, De Waard, is als werknemer in dienst getreden bij Tollens Coatings BV. Op enig moment brengt de werkgever zijn activiteiten in de regio Alkmaar onder in een afzonderlijke vennootschap, Tollens Alkmaar BV. De Waard wordt aldaar aangesteld als vestigingsmanager en wordt statutair bestuurder. Niet lang daarna wordt Tollens Alkmaar BV overgedragen aan Mooij Verf BV. Deze kan het niet eens worden met De Waard over de taken die De Waard in de Alkmaarse onderneming zal gaan vervullen. De Hoge Raad oordeelt dat de bepalingen betreffende overgang van onderneming toepassing vinden en overweegt over de werkzaamheden na de overgang van De Waard als volgt: “[n]iet valt immers in te zien waarom De Waard, die er geen aanspraak op maakte als bestuurder te worden beschouwd, zijn functie als vestigingsmanager niet zou kunnen blijven uitoefenen.” Om vestigingsmanager te kunnen zijn, is geen bestuurderschap nodig, zo zal de Hoge Raad – terecht – hebben gedacht. Hiermee wordt het bestuurderschap eigenlijk losgekoppeld van de feitelijke werkzaamheden en heeft de arbeidsovereenkomst dus wel degelijk inhoud zonder het bestuurderschap.

In de 15 april-arresten heeft de Hoge Raad beslist dat, als het gaat om ontslag, de taak van de bestuurder-werknemer niet gesplitst kan worden. Met Van Uden vraag ik mij af of dit niet te (str)eng geoordeeld is, juist gelet op de positie van die werknemer-bestuurders voor wie het bestuurderschap nauwelijks inhoud heeft. Om met Verburg¹²⁸ te spreken zijn er bestuurders in soorten en maten. Hoewel Boek 2 BW slechts één type bestuurder kent waarbij niet gevarieerd kan worden in taak ('het besturen van de vennootschap') of in verantwoordelijkheid (de bestuurdersaansprakelijkheid), is de realiteit anders. De signalering van Van Uden is terecht:

127 HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 211 m.nt. PAS, JAR 1993/244.

128 Bijv. Verburg 2002b en Verburg 2004b.

vooral in (internationale) concerns zijn er bestuurders te vinden die eigenlijk, gelet op hun (geringe) zelfstandigheid, eerder filiaalhouders of bedrijfsleiders zijn dan bestuurders zoals bedoeld in Boek 2 BW. In hoofdstuk 6 wordt nader ingegaan op de onsplitsbaarheid (paragraaf 6.2).

Het criterium 'arbeid' heeft niet zozeer betekenis voor de vaststelling of de bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft. Wel zijn de begrippen 'bedongen arbeid' en 'passende arbeid' relevant om de inhoud van die arbeidsovereenkomst te kunnen duiden. Of dat in het geval van een bestuurder altijd samenvalt met het verrichten van Boek 2-bestuurstaken valt te bezien. Veel bestuurders onderscheiden zich wat hun taken betreft nauwelijks van gewone werknemers met leidinggevende taken. Daar staat tegenover dat zij wel als bestuurder een zwaardere aansprakelijkheid kennen dan een gewone werknemer.

1.3.4 Loon

Loon is de bedongen tegenprestatie voor de arbeid. Zonder loonverplichting is geen sprake van een arbeidsovereenkomst. In het BW pleegt men onder loon te verstaan: de door de werkgever aan de werknemer krachtens de arbeidsovereenkomst verschuldigde vergoeding ter zake van bedongen arbeid.¹²⁹ De loonbetaling is een prestatie van de werkgever. In concernverband kan dat een andere rechtspersoon zijn dan van wie de prestatie wordt ontvangen (zowel bij gewone werknemer als bij bestuurders). Dit brengt niet mee dat niet langer van loon kan worden gesproken. Beslissend is of de werkgever zich tot de prestatie heeft verplicht.¹³⁰ Anders gezegd: de prestatie hoeft niet persoonlijk te worden verricht, artikel 6:30 BW is gewoon van toepassing. De hele tweede afdeling van Titel 10 Boek 7 BW (artikelen 7:616 t/m 633) is gewijd aan de loonbetalingsverplichting. De afdeling bevat onder meer bepalingen over de tijdigheid van de betaling, de vorm waarin betaald mag worden, sancties op onjuiste of ontijdige voldoening en bepalingen over betaling van loon zonder dat arbeid is verricht (bijvoorbeeld bij ziekte).

Net als het criterium arbeid levert het criterium loon als onderscheidend kenmerk van de arbeidsovereenkomst weinig problemen op. Ook voor bestuurders is duidelijk dat zonder bezoldiging geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, zie ook het in onderdeel 1.3.1 van dit hoofdstuk al besproken arrest van de Hoge Raad van 18 september 1985.¹³¹

Op de bezoldiging van de bestuurder zijn de bepalingen uit Boek 2 BW (artikel 134 en 245) van toepassing en, voor zover de bezoldiging loon is in de zin van het BW, ook de relevante bepalingen uit Boek 7 BW. De regels van afdeling 2 ('loon') van Titel 10 Boek 7 BW en de bepalingen over bezoldiging in afdeling 5 ('*Het bestuur van de naamloze vennootschap en het toezicht op het bestuur*') van Titel 4 (5) Boek 2 BW

129 Bakels/Bouwens/Houwerzijl & Roozendaal 2013, p. 61-62.

130 Artikel 6:30 lid 1 BW en Van Slooten 1999 p. 79 en 93-94.

131 NJ 1986, 177 m.nt. PAS (*X/Belastingdienst*).

zijn niet uitputtend, ook elders zijn nog bepalingen over de beloning van de bestuurder te vinden. Voor de open NV gelden sinds 1 september 2002 regels voor de openbaarmaking door de vennootschap van gegevens met betrekking tot de bezoldiging. Deze regels zijn voornamelijk neergelegd in Titel 9 ('de jaarrekening en het jaarverslag') van Boek 2 BW en de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996.¹³² Voor beursgenoteerde vennootschappen geeft verder de Code Frijns regels met betrekking tot de openbaarmaking. Dezelfde Code kent ook inhoudelijke bepalingen over de beloning van de bestuurder.¹³³ Ten slotte kent de Wet op de ondernemingsraden sinds de invoering van de Wet Harrewijn eveneens bepalingen over de beloning van bestuurders.¹³⁴ Daarnaast is er regelgeving die niet uitsluitend gericht is op bestuurders, maar waar bestuurders wel vaak onder zullen vallen. Gewezen kan worden op het Besluit beheerst beloningsbeleid Wft¹³⁵ en de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.¹³⁶

Heeft de bestuurder een arbeidsovereenkomst met de vennootschap waarvan hij bestuurder is, dan is sprake van samenloop tussen de hierboven genoemde arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke bepalingen. De bezoldiging zal immers altijd moeten worden vastgesteld door het bevoegde orgaan (algemene vergadering of raad van commissarissen) van de vennootschap waarvan de bestuurder bestuurder is. Is die vennootschap ook de werkgever, dan is zijn alle aspecten rondom loon en bezoldiging in één hand: de vennootschap neemt het bezoldigingsbesluit, sluit de arbeidsovereenkomst¹³⁷ en betaalt de bestuurder-werknemer (in geld of in een andere vorm). Op die betaling zijn zowel de vennootschapsrechtelijke bepalingen als de arbeidsrechtelijke bepalingen van toepassing. Is die vennootschap niet de werkgever, bijvoorbeeld omdat de bestuurder in dienst is van de moeder of van een andere concernvennootschap, dan ontstaat een situatie waarin de werkgever (een andere vennootschap) feitelijk geen zeggenschap heeft over de te betalen bezoldiging. Die wordt immers door het bevoegde orgaan van de andere vennootschap vastgesteld. Hiermee onderscheidt deze moeder-dochter-bestuurderrelatie zich van een 'gewone' detachingsverhouding waarbij het toch altijd de formele werkgever, de uitlener, is die de arbeidsvoorwaarden overeenkomt met de werknemer. De kosten voor die arbeidsvoorwaarden worden uiteindelijk wel doorbelast aan de inlener, maar de werknemer ontvangt zijn salaris van dezelfde partij met wie hij is overeengekomen hoeveel hij gaat verdienen. Dat is anders in de moeder-dochter-bestuurderrelatie. Daarin kan het zo zijn dat (het bevoegde orgaan van) de dochter bepaalt wat de bezoldiging is en dat wordt overeengekomen met en betaald door de moeder. In de praktijk levert dit zelden problemen op omdat de moeder vaak (indirect) enig

132 Wet van 18 april 2002, *Stb.* 225 (Wet OBB), inwerking getreden op 1 september 2002.

133 Er bestaan ook andere governance codes die bepalingen over (bestuurders) beloningen kennen, bijvoorbeeld in de zorg, de culturele sector en het onderwijs.

134 Wet van 14 juni 2006, *Stb.* 286, inwerking getreden op 1 september 2006.

135 AMvB van 19 november 2010, *Stb.* 2010, 806, in werking getreden op 1 januari 2011.

136 Wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012, 583 zoals gewijzigd bij wetten van 6 en 20 december 2012 (*Stb.* 2012, 624 en 669), in werking getreden op 1 januari 2013.

137 Verschillende organen binnen de vennootschap kunnen hiertoe bevoegd zijn hetgeen problemen op het gebied van vertegenwoordiging met zich kan brengen, zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.

aandeelhouder is van de dochter en vaak invloed heeft op de beloning. Dogmatisch is het echter opvallend dat het loon door een andere partij dan de werkgever wordt vastgesteld, en wordt betaald.

1.3.5 Gezagsverhouding

Het criterium 'in dienst' levert als onderscheidend criterium de meeste problemen op bij het beantwoorden van de vraag of al dan niet is voldaan aan de definitie van artikel 7:610 BW. Is de werknemer tevens statutair bestuurder, dan lijkt het de gezagsverhouding niet te rijmen met de bestuursautonomie en de beperkte instructiebevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Hoewel de wetgever in 1907 nog verwacht dat het criterium 'in dienst van' weinig problemen zal opleveren,¹³⁸ is het tegendeel gebleken. Het dagelijks leven houdt nu eenmaal geen rekening met juridische onderscheidingen en een genuanceerde sociale werkelijkheid.¹³⁹ Het criterium heeft geleid tot veel literatuur¹⁴⁰ en rechtspraak. Loonstra en Zondag wijzen erop dat het probleem met dit criterium is dat het bij sommige beroepen niet eenvoudig is vast te stellen of onder 'gezag' van een ander wordt gewerkt (bijvoorbeeld bij beroepen waarvoor een hoog opleidingsniveau is vereist, of specifieke technische kennis). De rechtspraak neemt daarom wel haar toevlucht tot een andere interpretatie van het gezagscriterium waarbij het gaat om de bevoegdheid van de werkgever aanwijzingen te geven met betrekking tot de werkdiscipline, ook wel de formele benadering.¹⁴¹ De Hoge Raad hanteert afhankelijk van de omstandigheden van het geval een materieel criterium (er is sprake van instructies met betrekking tot de inhoud van de te verrichten werkzaamheden) of een formeel criterium (er is sprake van instructies met betrekking tot formele, organisatorische verplichtingen).¹⁴²

Bij toepassing van beide criteria is naar mijn oordeel de conclusie dat de bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft. Over de inhoud van zijn werkzaamheden hoeft de bestuurder zich weliswaar weinig te laten zeggen, toch heeft hij rekening te houden met de bevoegdheden van de andere organen binnen de vennootschap, organen die tevens over zijn positie kunnen beslissen. Wat het formele criterium betreft wordt wel eens opgemerkt dat dat niet aan de orde is omdat het moeilijk voorstelbaar is dat de bestuurder bijvoorbeeld verplicht is zijn werkzaamheden op bepaalde tijden

138 Uit de memorie van toelichting: "De toepassing van dit gestelde kenmerk in het maatschappelijk verkeer zal geen moeilijkheid baren. Waar in het dagelijks leven de uitdrukkingen betrekking, dienstbetrekking, in dienst treden, in functie treden en dergelijke worden gebezigd, vormen zij een onbedrieglijk teken dat een arbeidsovereenkomst is gesloten." Bles 1907 I, p. 320.

139 Koopmans 1962, nr. 75.

140 Jansen en Loonstra hebben in 1997 een uitgebreid onderzoek gepubliceerd naar de rechtspraak over de gezagsverhouding vanaf 1909 t/m 1996, Jansen/ Loonstra 1997. Recenter kan gewezen worden op Van Peijpe 2003, Verhulp 2005a, Loonstra 2005, Vegter 2005, Jansen/Loonstra 2003 en De Laat 2007 alsmede de dissertaties van Boot (Boot 2004) en Aerts (Aerts 2007).

141 Loonstra/ Zondag 2008, p. 97.

142 Loonstra/Zondag 2008, p. 97 en de op die pagina genoemde voorbeelden.

te verrichten, met precies een half uur pauze. Er zijn echter ook andere orderegels waar de bestuurder zich wel degelijk aan heeft te houden. Gedacht kan worden aan het directiereglement of de interne regels van compliance binnen een financiële instellingen. Ook (of misschien wel: juist) de bestuurder dient zich aan bijvoorbeeld insiderregelingen te houden en ziet zich vaak beperkt in de nevenwerkzaamheden die hij mag verrichten. Dit vloeit naar mijn mening niet (uitsluitend of voornamelijk) voort uit de vennootschapsrechtelijke verhouding, maar zeker ook uit het feit dat de bestuurder deel uitmaakt van een arbeidsorganisatie. Dergelijke regelingen gelden immers niet alleen voor de bestuurder maar ook voor andere (hogere) werknemers. Ik merk nog op dat met de inwerkingtreding van de Wet flex-BV¹⁴³ de bestuurder op grond van artikel 2:239 lid 4 BW onderworpen kan worden aan vergaande instructie-rechten van andere organen.

Samenvattend kan worden gezegd dat de opvatting van de wetgever uit 1907 (de bestuurder verbindt zich tegen loon in dienst van de vennootschap, arbeid te verrichten en ook hij heeft er belang bij niet van de ene dag op de andere dag op straat te staan zonder vergoeding) nog steeds leidend is. Er zijn geen steekhoudende juridische argumenten om tot de conclusie te komen dat de bestuurder niet onder de definitie van de arbeidsovereenkomst valt, wel zouden er maatschappelijke motieven kunnen zijn om dat te bepleiten. Deze opvatting ligt wel onder vuur, hetgeen enerzijds past in de veranderde wijze waarop gekeken wordt naar het bereik van de arbeidsovereenkomst en anderzijds past in de ontwikkelingen op het gebied van corporate governance. Dit, in combinatie met maatschappelijke motieven, heeft ertoe geleid dat de wet inmiddels bepaalt dat de bestuurder van een beursvennootschap inmiddels geen arbeidsovereenkomst meer heeft.

1.4 De verhouding tussen vennootschap en bestuurder-werknemer

Dit onderdeel gaat over de vraag hoe het (arbeids)overeenkomstenrecht en rechtspersonenrecht zich tot elkaar verhouden. Er zijn verschillende theorieën over deze dubbelloop en evenzoveel benamingen, waarbij de leer van de gemengde rechtsbetrekking op de meeste steun kan rekenen. Om de verhouding tussen deze twee elementen van de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap te kunnen duiden is het nodig – zoals hierboven gedaan – eerst vast te stellen hoe de afzonderlijke relaties worden geduid. Dat een opdracht- of arbeidsrechtelijke relatie contractueel van aard is, behoeft geen betoog. Hoe de relatie tussen de ‘orgaanbemanner’ en de vennootschap moet worden geduid is minder vanzelfsprekend. In onderdeel 1.2.2 van dit hoofdstuk heb ik beschreven dat in de vennootschapsrechtelijke relatie het vermogensrecht een rol speelt als sprake is van vermogensrechtelijke rechten en

143 Per 1 oktober 2012: Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), *Stb.* 2012, 299, inwerkingtreding: Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 301.

plichten, tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt, of als de schakelbepalingen uit het vermogensrecht leiden tot toepasselijkheid. Is ook een arbeids- of opdrachtovereenkomst gesloten, dan worden de vermogensrechtelijke rechten en plichten daarin ondergebracht.

Hoe verhoudt in die samengestelde verhouding het vermogensrecht zich nu tot het rechtspersonenrecht? Met andere woorden: maakt het sluiten van de overeenkomst dat het primaat van het rechtspersonenrecht – dat er na een benoeming in beginsel is (zie onder 1.2.2) – verdwijnt? Het is niet verwonderlijk dat deze vraag met name aan de orde is geweest in het kader van het ontslag van de bestuurder, daar komt de samenloop immers het meest pregnant naar voren.¹⁴⁴ In de hoofdstukken 4, 5 en 6 wordt onderzocht of de wijze waarop het ontslag van de bestuurder (in rechtspraak en literatuur) wordt benaderd voldoende aanknopingspunten biedt om de gehele rechtsrelatie te duiden. Een mogelijke uitkomst is dat de duiding van de relatie afhangt van het stadium waarin de relatie zich bevindt: de aanvang, de looptijd of het einde.

In het hiernavolgende worden achtereenvolgens de gemengde, de gekleurde, de dubbele en dubbele gekoppelde rechtsbetrekking besproken.

1.4.1 *Gemengde rechtsbetrekking*

De pleitbezorgers van een gemengde rechtsbetrekking zijn van oordeel dat de verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder één rechtsbetrekking is waar zowel de bepalingen uit Boek 2 als Boek 7 BW op van toepassing zijn.

Van der Grinten beschrijft het aldus:¹⁴⁵ de verhouding van vennootschap tot bestuurder vertoont twee te onderscheiden elementen. De bestuurder heeft een plaats in de vennootschappelijke organisatie en tevens bestaat een contractuele verhouding die niet een vennootschapsrechtelijke verhouding is. Op deze laatste band is het gemene recht van toepassing voor zover de wet niet anders bepaalt. In een bespreking van het *Levison/MAB*-arrest¹⁴⁶ herhaalt hij dat gewoonlijk niet te onderscheiden is tussen de arbeidsovereenkomst en de bestuurdersovereenkomst (waarbij hij de situatie in faillissement buiten beschouwing laat). Als argument geeft Van der Grinten dat de arbeidsovereenkomst het bestuurderschap inhoudt en de arbeidsprestatie waartoe de bestuurder krachtens de arbeidsovereenkomst is gehouden, niet

144 Dit is overigens opvallend omdat juist bij ontslag zowel de arbeidsrechtelijke rechtshandeling (opzegging) als de vennootschapsrechtelijke (het nemen van het ontslagbesluit) een eenzijdige rechtshandeling is. Bij de benoeming of het vaststellen van de bezoldiging is de complicerende factor nu juist dat de arbeidsrechtelijke pendant tweezijdig is (het aangaan van de arbeidsovereenkomst). Anderzijds is vanuit het oogpunt van de praktijk goed te begrijpen dat ontslag nu eenmaal meer reden geeft om te procederen dan benoeming.

145 Handboek 2013, nr. 244.

146 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*), besproken in Van der Grinten 1993, p. 48.

anders is dan de taak en functie van de bestuurder. Dit is alleen anders in concernverhoudingen waarbij de bestuurder van de dochter een arbeidsovereenkomst heeft met de moeder. Van der Grinten benoemt de vennootschapsrechtelijke band als een bestuursovereenkomst.

Timmerman,¹⁴⁷ eveneens een aanhanger van de gemengde theorie, gaat ervan uit dat de bestuurder door de benoeming deel uitmaakt van de vennootschapsrechtelijke organisatie en dat anderzijds meestal een meer alledaagse contractuele verhouding bestaat. Deze deelname en contractuele relatie verhouden zich dan als volgt tot elkaar. De bestuurderspositie wordt verworven door het benoemingsbesluit en de aanvaarding daarvan. De rechtsbetrekking die ontstaat verplicht de bestuurder tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak en de bestuurder ontleent daar rechten aan (bijvoorbeeld het recht de vennootschap te vertegenwoordigen of de algemene vergadering bijeen te roepen). Volgens Timmerman is overigens een nadere kwalificatie van de rechtsbetrekking die ontstaat door de benoeming en aanvaarding van geen betekenis voor het bepalen van de verhouding tussen de vennootschappelijke en de arbeidsrechtelijke kant van de positie van de bestuurder. Duidelijk is immers volgens Timmerman dat als de vennootschapsrechtelijke positie is ontstaan en daarnaast wordt overgegaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, een gemengde rechtsbetrekking ontstaat die te vergelijken is met de figuur van de gemengde overeenkomst. Op deze gemengde rechtsbetrekking moet dan, volgens Timmerman, niet krachtens het absorptieleerstuk óf het vennootschapsrecht óf het arbeidsrecht worden toegepast, waardoor het gemengde karakter wordt opgeheven. Meer in aanmerking komt de cumulatietheorie, aldus Timmerman.¹⁴⁸ Deze theorie houdt in dat beide regelstelsels integraal van toepassing zijn. Hoewel het arbeidsrecht (destijds artikel 1637c, thans 7:610 lid 2 BW) bepaalt dat in dat geval bij strijdigheid de arbeidsrechtelijke bepalingen voorgaan, is Timmerman van oordeel dat dat geen recht doet aan de bijzondere positie van de bestuurder op het snijvlak van arbeids- en vennootschapsrecht. Hij pleit ervoor dat, indien zich een zekere strijdigheid voordoet, per geval aan de hand van de redelijkheid en billijkheid moet worden uitgemaakt welke regel toepassing vindt. Timmerman vindt ondersteuning voor zijn suggestie de verhouding te behandelen als een gemengde overeenkomst in het arrest *Sjardin/Sjartec*.¹⁴⁹ Een gevolg van de kwalificatie als één gemengde rechtsbetrekking is dat wanneer een bestuurder door het daartoe bevoegde orgaan wordt ontslagen, de gehele betrekking wordt beëindigd. Hetzelfde geldt voor de ontslagname door de bestuurder. Blijkens zijn conclusie voor het arrest van 15 april 2005¹⁵⁰ staat Timmerman nog steeds achter de gemengde theorie met – als het om ontslag gaat – voorrang voor de vennootschapsrechtelijke regels. Dit laatste heeft hij eveneens al eerder betoogd.¹⁵¹

147 Timmerman 1985, p. 6.

148 Zie over absorptie en cumulatie hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.2. Sinds de invoering van art. 6:215 BW in 1992 is cumulatie ook de hoofdregel als sprake is van gemengde contracten.

149 HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*).

150 HR 15 april 2005, *JOR* 2004,145 (*Eggenhuizen/Unidek*).

151 Timmerman 1991, p. 191.

Van Schilfgaarde¹⁵² spreekt van een tweeledige verhouding, door hem aangeduid als de vennootschapsrechtelijke betrekking. Hij gaat ervan uit dat per definitie sprake is van een contractuele poot, die over het algemeen zal worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst. Als sprake is van een arbeidsovereenkomst, aldus Van Schilfgaarde, is deze verweven met de vennootschapsrechtelijke betrekking.

1.4.2 *Gekleurde rechtsbetrekking*

Rood is de enige schrijver die aanneemt dat de rechtsbasis van de relatie tussen partijen alleen een arbeidsovereenkomst is, die wordt ingekleurd door de rechten en verplichtingen die partijen hebben op grond van het vennootschapsrecht.¹⁵³ Hij leidt dit af uit het *Levison/MAB*-arrest¹⁵⁴ omdat de Hoge Raad daarin overweegt dat de gevolgen van het ontslagbesluit voor de arbeidsverhouding van partijen (en dus volgens Rood: voor hun rechtsrelatie) moeten worden beoordeeld aan de hand van het bepaalde in de arbeidsovereenkomst en van de op die overeenkomst toepasselijke wetsbepalingen.

1.4.3 *Dubbele rechtsbetrekking*

De voorstanders van de dubbele rechtsbetrekking gaan ervan uit dat er twee onderscheiden relaties zijn, een arbeidsrechtelijke en een vennootschapsrechtelijke, waarop de eigen regelstelsels van toepassing zijn. Voorstanders van deze theorie zijn bijvoorbeeld Huizink,¹⁵⁵ Slagter,¹⁵⁶ en Maeijer,¹⁵⁷ die overigens wel ervan uitgaat dat de overeenkomst tussen partijen niet mag derogeren aan de dwingendrechtelijke regels van Boek 2 BW. Ook Verburg¹⁵⁸ en De Bock¹⁵⁹ gaan uit van een dubbele binding. Ook de Hoge Raad hanteert de theorie van de dubbele rechtsbetrekking. Naar mijn oordeel is de koers van de Hoge Raad niet veranderd na de 15 april-arresten.¹⁶⁰ De Hoge Raad kiest voor een gescheiden benadering van beide rechtsverhoudingen, met dien verstande dat de bepalingen van Boek 2 BW kunnen derogeren aan de

152 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 171, nr. 45.

153 Rood 1993, p. 46. Vgl. overigens ook Molengraaff 1889, zoals besproken in paragraaf 1.3.1 van dit hoofdstuk.

154 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS (*Levison/MAB*).

155 Huizink 1989, p. 55. In de literatuur wordt Huizink wel een 'functionele benadering' toegedicht waarbij de vennootschapsrechtelijke verhouding centraal staat en daarnaast een arbeidsovereenkomst kan bestaan. Dat is naar mijn idee niet geheel juist: Huizink stelt, zoals onder 1.2.3 is uiteengezet dat de vennootschapsrechtelijke band functioneel is, en geen contractueel element kent. Dat zegt niets over hoe hij de samenloop tussen de functionele band en de contractuele band (als die er is) ziet.

156 Slagter 2005, p. 324.

157 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 425.

158 Verburg noemt de rechtsbetrekking dual, maar als ik het goed zie, gaat hij ervan uit dat beide componenten te onderscheiden zijn en hun eigen regelstelsel volgen, vgl. bijv. Verburg 2002b.

159 De Bock 2002.

160 Eggenhuizen/Unidek, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 en Bartelink/Ciris, NJ 2005, 838 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144, waarover Bennaars 2006.

arbeidsrechtelijke bepalingen. Dat de Hoge Raad uitgaat van een dubbele rechtsbetrekking kan worden afgeleid van een aantal – oudere – arresten: *Sjardin/Sjartec*, *Levison/MAB* en *Atlantic Nominee*.¹⁶¹

Recentere discussies over de wenselijkheid van dubbele binding van de statutair bestuurder spitsen zich veelal toe op de vraag of de arbeidsrechtelijke bescherming niet teveel van het goede is. In het eerstgenoemde arrest is juist de vennootschapsrechtelijke bescherming aan de orde. In dit *Sjardin/Sjartec*-arrest maakt de Hoge Raad een duidelijk onderscheid tussen enerzijds de vennootschapsrechtelijke kant van het ontslagbesluit en anderzijds het arbeidsrechtelijke ontslag. De *totstandkoming* van het ontslagbesluit zelf moet volgens de Hoge Raad kunnen worden getoetst aan de (vennootschapsrechtelijke) eisen van de goede trouw (destijds neergelegd in artikel 2:11 BW, nu omschreven als redelijkheid en billijkheid in artikel 2:8 BW) die kunnen leiden tot vernietigbaarheid van het besluit. De *gronden* van het ontslag kunnen slechts aan de toepasselijke eisen van het arbeidsrecht worden getoetst. De Hoge Raad trekt hier de beoordeling van het vennootschapsrechtelijke (ontslag) besluit en het arbeidsrechtelijke ontslag uiteen en gaat dus kennelijk uit van een dubbele rechtsbetrekking: de statutair bestuurder heeft zowel een vennootschapsrechtelijke als arbeidsrechtelijke band met de vennootschap en beide rechtsverhoudingen kennen hun eigen regelstelsel aan de hand waarvan bijvoorbeeld het eindigen van de verhouding moet worden beoordeeld. De Hoge Raad verwerpt met zijn oordeel het standpunt van het hof dat de ontslagen bestuurder in geval het ontslagbesluit in strijd is met de goede trouw slechts de rechtsgevolgen kan invoeren die de arbeidsrechtelijke regels daaraan kunnen verbinden.¹⁶² Die regels gelden voor de toetsing van het ontslag zelf. De *totstandkoming* van de op het ontslag gerichte wil van de vennootschap zoals die in de wilsverklaring jegens de bestuurder tot uiting is gebracht, moet worden getoetst aan de regels die de wet en statuten daarvoor geven. Lid 3 van de artikelen 2:134 en 2:244 BW dat het uitspreken van het herstel van de dienstbetrekking verbiedt, verzet zich niet tegen deze toets, aldus de Hoge Raad. Advocaat-generaal Biegman-Hartogh schrijft hierover in haar conclusie dat zij een verschil ziet tussen de nietigverklaring van een ontslagbesluit die weliswaar neerkomt op een herstel van de dienstbetrekking maar slechts tot het moment dat een nieuw ontslagbesluit wordt genomen, en een daadwerkelijke veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking. Dit lijkt mij juist.

In het *Levison/MAB*-arrest uit 1992 zet de Hoge Raad de in 1984 ingezette lijn door en overweegt dat het vennootschapsrechtelijke ontslag van de bestuurder meebrengt dat hij de hoedanigheid van bestuurder verliest en de daaraan gekoppelde bevoegdheden niet meer kan uitoefenen. Het ontslagbesluit hoeft echter niet tot gevolg te hebben dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Wat de invloed van het ontslagbesluit

161 HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*), HR 13 november 1992, NJ 1993, 265, m.nt. PAS (*Levison/MAB*) en HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic Nominee*).

162 Overigens leidt dit oordeel niet tot cassatie omdat de vordering tot vernietiging in strijd met de goede trouw van *Sjardin* niet haar grondslag vindt in strijdigheid met de goede trouw bij de totstandkoming van het ontslagbesluit, maar uitsluitend in strijdigheid van de ontslaggronden met de goede trouw.

op de arbeidsovereenkomst is, hangt af van de inhoud van de arbeidsovereenkomst en het arbeidsrecht, voor zover niet uitdrukkelijk terzijde gesteld door Boek 2 BW. Dezelfde casus leende zich voor de beantwoording van de vraag of het bepaalde in Boek 2 BW zich verzet tegen toepassing van de arbeidsrechtelijke bescherming in de gedaante van het opzegverbod tijdens ziekte en de daarbij behorende nietigheidssanctie. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. De tekst van artikel 7A:1639h BW (thans artikel 7:670 BW) zondert de bestuurder niet uitdrukkelijk uit en ook de wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor een uitzondering. De nietigheidssanctie kan volgens de Hoge Raad eveneens gewoon worden toegepast op de statutair bestuurder. Deze bepaling bevat immers evenmin een uitzondering voor de bestuurder. Het verbod op herstel van de dienstbetrekking en de ontheffing van het algemene ontslagverbod uit het BBA doen hieraan volgens de Hoge Raad niet af omdat het gaat om "*specifieke uitzonderingen op de voor werknemers in dienstbetrekking geldende regels met betrekking tot de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag, die strikt moeten worden uitgelegd.*" Kortom, herstel van de dienstbetrekking is niet hetzelfde als het toepassen van een nietigheidssanctie.

In het *Atlantic Nominee*-arrest uit 1995 laat de Hoge Raad zich uit over de bevoegdheid van de rechtbank ex artikel 2:241 BW kennis te nemen van geschillen tussen de statutair bestuurder en de vennootschap. De gewone competentieregels bepalen dat de kantonrechter kennisneemt van vorderingen of verzoeken die verband houden met de arbeidsovereenkomst. Voor bestuurders is deze bevoegdheid aan de rechtbank toegekend. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat de rechtbank ook de bevoegde rechter is als het vennootschapsrechtelijke ontslag al heeft plaatsgehad en de bestuurder-werknemer zijn hoedanigheid van bestuurder dus heeft verloren. Het gaat niet om de hoedanigheid van de bestuurder op het moment van procederen, maar om de overeenkomst waarop de vordering of het verzoek is gebaseerd. Als die is gesloten tussen de vennootschap en degene die voor haar als bestuurder werkzaam zou zijn, is de rechtbank bevoegd van geschillen daaromtrent kennis te nemen. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat dit ook anders kan zijn indien in de overeenkomst is opgenomen dat naast het bestuurderschap een andere functie in de onderneming van de vennootschap (of van een aan haar gelieerde vennootschap) wordt bekleed. Dit oordeel van de Hoge Raad is in lijn met de vorige arresten. De twee kanten van de relatie die de statutair bestuurder heeft met zijn vennootschap moeten (gescheiden) aan hun eigen regelstelsel worden getoetst. Voor de arbeidsrechtelijke toetsing moet worden gezien of de bepalingen van Boek 2 BW niet afwijken van de arbeidsrechtelijke regels. Dat is wel geval als het gaat om de competentie. Dat het ondanks deze strenge scheiding toch ook mogelijk is dat beide banden gelijktijdig worden doorgeknipt, blijkt ook uit dit arrest: "[o]k wanneer het ontslagbesluit van de algemene vergadering wèl de beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder met zich meebrengt, zoals het geval zal kunnen zijn als niet een aan die beëindiging in de weg staand verbod, zoals dat van art. 7A:1639h lid 3 (...), van toepassing is, dient een rechtsvordering die betrekking heeft op de rechten of verplichtingen die voortvloeien uit de beëindigde overeenkomst, te worden aangemerkt als een rechtsvordering als bedoeld in art. 2:241."

In de arresten van 15 april 2005¹⁶³ scherpt de Hoge Raad deze laatste overweging aan en lijkt hij meer nadruk te willen leggen op de samenhang tussen de functionele (vennootschapsrechtelijke) en arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking van de statutair bestuurder. Daar waar in 1995 de overweging immers nog luidt dat een gelijktijdige beëindiging “het geval *zal kunnen zijn*” is de Hoge Raad in 2005 stelliger: uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 2:144 BW blijkt volgens de Hoge Raad dat het doel van deze bepalingen is dat een ontslagbesluit tevens een einde maakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding: “[d]aarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft.”¹⁶⁴ Naar mijn oordeel heeft de Hoge Raad hiermee niet de lijn van de eerdere arresten verlaten. Ook in het *Atlantic Nominee*-arrest uit 1995 wordt immers een verband tussen de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke positie van de statutair bestuurder aangenomen. In de *15 april*-arresten gaat de Hoge Raad wel iets verder door de gelijktijdige beëindiging als uitgangspunt te nemen en dus eigenlijk de bedoeling van de vennootschap op voorhand te duiden. Hiermee komt de Hoge Raad tegemoet aan de heersende praktijk: het is zelden de bedoeling dat de statutair bestuurder in dienst blijft van de vennootschap terwijl hij zijn statutaire positie heeft verloren. Nog steeds gaat de Hoge Raad uit van een dubbele rechtsbetrekking, zij het dat wat de beëindiging betreft de arbeidsovereenkomst de aanstelling volgt: in het (vennootschapsrechtelijke) ontslagbesluit moet de bedoeling van de vennootschap ook een (arbeidsrechtelijke) opzeggingshandeling te verrichten, worden gelezen.

Dit past goed bij de verhouding tussen het vermogensrecht en rechtspersonenrecht zoals de wetgever die voor ogen had (vgl. paragraaf 1.2.2 van dit hoofdstuk): vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen worden door het vermogensrecht geregeerd, tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt. In het geval van een ontslagbesluit zou ik niet zozeer willen spreken van een uitzondering, als wel van een verduidelijking: het ontslagbesluit is een weerslag van de wil van de vennootschap beide poten van de rechtsbetrekking te beëindigen.

1.4.4 Dubbele gekoppelde rechtsbetrekking

Van der Ploeg en Groeneveld-Louwerse¹⁶⁵ menen dat het juister is te spreken van een dubbele gekoppelde rechtsbetrekking. Zij spitsen hun redenering volledig toe op ontslag. Het ontslag is bedoeld om de gehele tweezijdige rechtsbetrekking te verbreken, tweemaal ontslaan zou niet effectief zijn. Daarom concluderen zij dat de vennootschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke delen door eigen regels worden beheerst, maar worden verbonden door een besluit tot ontslag van de rechtspersoon. In feite bepleiten zij een mengvorm van de dubbele rechtsbetrekking en de gemengde rechtsbetrekking: de rechtsbetrekking is steeds dubbel, maar bij ontslag

163 Zie voor een uitgebreide bespreking en analyse van de 15 april-arresten hoofdstuk 6 paragraaf 6.2.1.

164 R.o. 4.5.3 in *Bartelink/Ciris* en r.o. 3.4.3 in *Eggenhuizen/Unidek*.

165 Van der Ploeg & Van den Heuvel 1999, p. 16.

worden de vennootschapsrechtelijke contractuele band gekoppeld doordat het ontslagbesluit beide banden verbreekt. Ik meen, zoals in de vorige paragraaf betoogd, dat de gecombineerde werking van het ontslagbesluit (beide banden worden verbroken) niet afdoet aan het dubbele karakter van de rechtsbetrekking.

1.5 Afronding

In deze inleiding is de probleemstelling en het plan van aanpak uiteengezet. Daarnaast is een algemeen overzicht gegeven van de rechtspositie van de vennootschapsbestuurder. Beschreven is hoe de vennootschapsrechtelijke en de contractuele positie geduid moeten worden. Ook is aan de orde gekomen welke verschillende theorieën over de verhouding tussen beide poten van de rechtsbetrekking in rechtspraak en literatuur bestaan. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 zullen de benoeming, de beloning en het ontslag meer in detail worden geanalyseerd, tegen de achtergrond van het in dit hoofdstuk geschetste kader. In hoofdstuk 7 wordt, mede aan de hand van dat nadere onderzoek, antwoord gegeven op de geformuleerde onderzoeksvraag.