



## 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 2

# Wetshistorisch overzicht

### 2.1 Inleiding

Om de verhouding tussen het vennootschapsrecht en het (arbeids)overeenkomstenrecht te duiden is het van belang welke overwegingen de wetgever heeft gehad bij het maken van regels over de rechtspositie van de bestuurder. De (arbeidsrechtelijke) wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst expliciet stilgestaan bij de positie van de statutair bestuurder. Op andere momenten blijft de wetgever juist stil, terwijl de voorgestelde regeling een overweging ten aanzien van de bestuurder had gerechtvaardigd. Als het gaat om de vraag welke regels voorrang hebben bij botsing, kan de parlementaire geschiedenis van die regels ook soelaas bieden. Nu de Hoge Raad bovendien verschillende rechtsvragen met betrekking tot de positie van de statutair bestuurder heeft beantwoord aan de hand van de wetgeschiedenis,<sup>1</sup> is een wetshistorisch onderzoek naar de opvatting van de wetgever over de rechtspositie van de statutair bestuurder gerechtvaardigd.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst komt de arbeidsrechtelijke wetgeving aan de orde (paragraaf 2.2). In de paragraaf 2.2.1 wordt beschreven hoe de statutair bestuurder in de eerste Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 onder de paraplu van het arbeidsrecht is terechtgekomen. In navolging van de destijds gebruikte terminologie zal de bestuurder worden aangeduid met 'directeur'. In de paragraaf 2.2.2 komen de overwegingen van de wetgever met betrekking tot de statutair bestuurder bij de belangrijkste wijzigingen van het arbeidsovereenkomstenrecht vanaf 1909, inclusief de totstandkoming van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, aan de orde. In paragraaf 2.2.3 volgt een tussenconclusie.

Het derde deel van dit hoofdstuk (paragraaf 2.3) gaat over de vennootschapsrechtelijke wetgeschiedenis. Het onderzoek richt zich uitsluitend op die bepalingen die zien op de rechtspositie van de bestuurder. Buiten beschouwing blijven de bepalingen die de institutionele taken van het bestuur regelen. Dit valt buiten het bestek van het onderzoek. Bepalingen waarin rechtstreeks wordt verwezen naar een arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap zijn de artikelen 2:131 en 2:134 BW

---

<sup>1</sup> Zie met name de 15 april-arresten: 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.

(voor de besloten vennootschap zijn dat 2:241 en 2:244 BW). Deze bepalingen zien op de bevoegde rechter voor geschillen tussen de vennootschap en de bestuurder (voor zover deze voortvloeien uit de overeenkomst tussen beide partijen) en op het ontslag van de bestuurder. Eveneens relevant is artikel 2:132 BW waarin is bepaald dat de bestuurder van een beursvennootschap geen arbeidsovereenkomst heeft. Op de geschiedenis van deze artikelen richt dit deel van het onderzoek zich voornamelijk. De artikelen 2:135 en 2:245 BW over de bezoldiging en hun totstandkomingsgeschiedenis komen aan de orde in hoofdstuk 5, paragraaf 5.2 en 5.3.

Na een beschouwing over de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel 1838 (2.3.2 en 2.3.3) wordt de wijziging van het Wetboek van Koophandel in 1929 besproken in onderdeel 2.3.4. Paragraaf 2.3.5 handelt over de relevante wijzigingen in het vennootschapsrecht in de jaren '70 van de vorige eeuw: de introductie van de BV, de invoering van boek 2 BW, de structuurregeling en het enquêterecht. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de wetswijzigingen via de Wet flex-BV en de Wet bestuur en toezicht BV en NV. Ook onderdeel 2.3 wordt afgesloten met een tussenconclusie.

## 2.2 De statutair bestuurder in de arbeidsrechtelijke wetgeving

### 2.2.1 De Wet op de arbeidsovereenkomst 1907

Op 1 februari 1909 is de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 in werking getreden.<sup>2</sup> Tot die tijd was het arbeidsrecht (voor zover daarvan kon worden gesproken) geregeld in drie artikelen van het Burgerlijk Wetboek 1838: 1637, 1638 en 1639. Deze drie artikelen, samen de afdeling 'van huur van dienstboden en werklieden', verschillen nauwelijks van de gelijkgenummerde artikelen in het Burgerlijk Wetboek van 1830. Artikel 1637 en 1638 zijn geënt op de tot dan toe geldende Code Civil (artikelen 1780 en 1781) terwijl artikel 1639 is terug te voeren op het oud-vaderlandse recht. Daarnaast kent het Wetboek van Koophandel enkele bepalingen over zeelieden en zijn ook de (twee) algemene artikelen over de huurovereenkomst van toepassing. Deze summiere regeling doet de arbeidsovereenkomst geen recht. Het arbeidscontract is immers na de koopovereenkomst de 'veelvuldigst voorkomende' overeenkomst geworden, aldus de memorie van toelichting<sup>3</sup> op het wetsontwerp dat heeft geleid tot de wet van 1907, maar in de meeste gevallen is de betrekking tussen de werkgever en de arbeider ongeregeld. Eén reden om tot (uitgebreidere) wetgeving over te gaan is dan ook geweest het wegnemen van rechtsonzekerheid. Daarnaast heeft de aard van de arbeidsovereenkomst een minstens zo belangrijke rol gespeeld.

2 Wet van 13 juli 1907 (*Stb.* 193). Deze wet heeft een lange totstandkomingsgeschiedenis gehad. Al in 1894 bood H.L. Drucker al een ontwerp aan aan de regering. Vervolgens is zowel in 1901 een ontwerp aangeboden aan de Tweede Kamer (Ontwerp Cort van der Linden) als in 1904 (Ontwerp Loeff). Alle drie de ontwerpen zijn voorzien van een memorie van toelichting, op de meeste punten gelijkluidend. Onder leiding van verschillende ministers van justitie is het wetsontwerp door de beide kamers geloodst om, na afloop van de parlementaire behandeling in 1907 tot wet te worden.

3 Bles 1907 I, p. 5.

Immers, “[g]een enkele overeenkomst is er die zoo diep ingrijpt in den geheelen maatschappelijken toestand van dengenen, dien de handeling aangaat, als juist de arbeids-overeenkomst, geen enkele, die zoo den ganschen mensch aanpakt en zijn lot bepaalt. De voorwaarden, waarop de arbeider zijn arbeidskracht kan ter markt brengen, beslissen niet alleen over zijn materiëlen, maar ook over zijn geestelijken en zedelijken levensstandaard.”<sup>4</sup> Het arbeidscontract is voor velen een economisch toevluchtsoord, aldus de memorie van toelichting, en de arbeider is bijna altijd de zwakkere partij. Het arbeidscontract moet dan ook wettelijk worden geregeld, ter bescherming van de werknemer (dwingendrechtelijke bepalingen) en ten behoeve van de rechtszekerheid (bepalingen van aanvullend recht), zo valt verder te lezen in de memorie van toelichting.<sup>5</sup>

Bij de totstandkoming van de wet van 1907 is zeer veel gediscussieerd over de uitgangspunten, grondslagen en ratio van een wet op de arbeidsovereenkomst. Dit rechtvaardigt een uitgebreide beschouwing. Hierbij wordt uiteraard de nadruk gelegd op hetgeen is overwogen met betrekking tot de bestuurder van naamloze vennootschappen en verenigingen. Onlosmakelijk verbonden met deze overwegingen is de keuze van de wetgever om één algemene regeling voor alle arbeiders in het leven te roepen en, in het verlengde daarvan, de vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst.

#### 2.2.1.1 Eén algemene regeling

De regeling van de arbeidsovereenkomst geldend vóór 1909 is niet alleen beperkt wat het aantal artikelen betreft (drie, tegenover ruim tachtig in de wet van 1907), de artikelen kennen tevens een beperkte reikwijdte: zij zien voornamelijk op dienstboden. In de wet van 1907 is daarentegen een algemene regeling opgenomen die geldt “*overall waar eene arbeidsovereenkomst aanwezig is.*” Over de vraag wanneer een arbeidsovereenkomst aanwezig is, is door de regering en de beide Kamers uitgebreid nagedacht en beraadslaagd. Hetzelfde geldt voor het uitgangspunt om te komen tot een algemene regeling.

Drucker is in zijn ontwerp, dat dateert van 1894, al uitgegaan van een algemene regeling. Uit de memorie van toelichting op dit ontwerp<sup>6</sup> blijkt dat Drucker hiervoor heeft gekozen na uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek met Duitsland, Zwitserland en Engeland. Drucker geeft twee redenen voor de algemene regeling. In de eerste plaats wordt de gelijkheid van iedereen voor de wet benadrukt. Ten tweede ziet Drucker praktische voordelen aan één algemene regeling. Een regeling bestemd voor bepaalde categorieën brengt per definitie problemen (en daarmee procedures) over de scheidslijnen tussen verschillende categorieën met zich. Drucker

4 Bles 1907 I, memorie van toelichting bij het Ontwerp Loeff (1904), Algemene beschouwingen § 2.

5 Zie voor de ratio van het komen tot een Wet op de arbeidsovereenkomst niet alleen de memorie van toelichting, maar ook (de voorbereidende) artikelen van Drucker in: Drucker 1894, p. 499 e.v. en Drucker 1897, p. 80 e.v.

6 Bles 1907 I, p. 132-134.

verwijst naar de op dat moment al uitgebreide rechtspraak over de begrippen dienstbode, werkman en werkbode en, opnieuw, de situatie in de ons omringende landen.

De gedachte een algemene regeling in te voeren is overgenomen in het ontwerp van 1901 en dat van 1904, met dezelfde motivering. In alle memories van toelichting wordt onderkend dat de algemeenheid van de regeling met zich zou kunnen brengen dat deze voor sommige arbeiders (Drucker gebruikte overigens de term dienstverhuurders) niet geschikt zou zijn. Volgens de ontwerpers zou uit de artikelsgewijze toelichtingen moeten blijken dat hiervan geen nadeel valt te verwachten. Ook zou de rekbare inhoud van menige bepaling door verwijzing naar verordeningen of plaatselijk gebruik nog soelaas kunnen bieden. Uit het voorlopig verslag van de Tweede Kamer<sup>7</sup> blijkt dat niet alle kamerleden onverdeeld gelukkig zijn met de algemeenheid van de regeling, overigens niet alleen ten aanzien van de verschillende categorieën arbeiders, maar ook ten aanzien van de werkgevers. Volgens sommige kamerleden zijn bepaalde bepalingen voor kleine werkgevers moeilijk of niet uitvoerbaar en daarmee bezwaarlijk. De meerderheid van de kamerleden oordeelt echter dat, ondanks de bezwaren, een algemene regeling de voorkeur verdient. Wel tekent de Kamer aan dat wellicht aan méér bepalingen een “*rekbare inhoud*” zou kunnen worden gegeven. In de beraadslagingen van de Tweede Kamer<sup>8</sup> zijn de volgende bedenkingen en gedachten over de algemeenheid van de regeling naar voren gebracht: er wordt geen onderscheid gemaakt tussen geestelijke en lichamelijke arbeid en er wordt teveel gezocht naar een gemiddelde waardoor de regeling eigenlijk voor geen enkele categorie helemaal bevredigend zal uitpakken. Verder is gewezen op het feit dat schippers en schepelingen wel een eigen regeling (in het Wetboek van Koophandel) hebben. Niet elk kamerlid deelt deze kritiekpunten. Zo vindt kamerlid Van Doorn<sup>9</sup> dat het probleem van de gemiddelden door de rechtspraak kan worden ondervangen. Kamerlid Talma<sup>10</sup> suggereert dat het zinvoller zou zijn bepaalde artikelen waarvan zou blijken dat ze niet voldoen, uit het ontwerp te schrappen, dan bepaalde groepen uit te zonderen. Drucker, niet alleen de geestelijk vader van het eerste ontwerp, maar ook voorzitter van de commissie van rapporteurs van de Tweede Kamer, heeft op deze kritiek gereageerd. Zijn repliek op deze kritiek is dat specifieke regelingen voor afzonderlijke categorieën arbeiders natuurlijk de voorkeur verdienen, maar dat het ondoenlijk is gelet op het aantal regelingen dat dan nodig zou zijn waarbij nog steeds het risico bestaat dat er groepen buiten vallen. Daarbij wijst Drucker nogmaals op de te verwachten problemen met de grenslijnen.<sup>11</sup>

Wordt in het voorlopig verslag van de Tweede Kamer nog melding gemaakt van “*sommige leden*” die moeite hadden met het algemene karakter van de voorgestelde regeling, in het voorlopig verslag van de Eerste Kamer staat te lezen dat “[v]ele leden [het] *betreuren* [], dat in het wetsontwerp alles met eene doodende uniformiteit was

7 Bles 1907 I, p. 139.

8 Bles 1907 I, p. 140, met name de leden Plate en Tak.

9 Bles 1907 I, p. 149.

10 Bles 1907 I, p. 149.

11 Bles 1907 I, p. 144.

behandeld; onderscheid tussen de verschillende soorten van arbeid werd er niet in gemaakt.”<sup>12</sup> De Eerste Kamer vraagt zich af of een uniforme regeling wel mogelijk is voor ongelijksoortige zaken als “*intellectueelen en fysieken arbeid*”. Het voorstel maakt naar het oordeel van de Eerste Kamer ten onrechte een onderscheid naar loon,<sup>13</sup> een onderscheid naar de aard van de dienstbetrekking zou beter geweest zijn.<sup>14</sup> De Eerste Kamer stelt voor regelingen voor de volgende groepen in het leven te roepen:

- a. arbeiders in de fabrieks- en handelsnijverheid, inclusief inwonenden;
- b. dienstboden;
- c. alle overige in loondienst zijnde personen, waarvan directeuren van naamloze vennootschappen en dergelijke als werkgevende functionerende arbeiders moeten worden uitgezonderd.

Bij twijfel tussen de eerste en laatste categorie kan de hoogte van het loon wel de doorslag geven. Daar waar het doel van de wet is het beschermen van de economisch zwakkeren, zou de wet ook niet moeten worden toegepast op economisch niet-zwakkeren, aldus het verslag. De regering ziet blijkens haar antwoord<sup>15</sup> weinig heil in de voorgestelde driedeling. Nog daargelaten dat ook hier de scheidslijnen moeilijk te trekken zijn, komt deze driedeling niet tegemoet aan het bezwaar van de uniformiteit. Ook in deze drie groepen is de verscheidenheid immers groot. Over de uitsluiting van de directeuren van naamloze vennootschappen merkt de regering op dat het argument dat deze feitelijk als werkgever fungeren ten onrechte geen onderscheid maakt tussen de aard van de te verrichten arbeid en de verhouding van de arbeider en zijn werkgever. Dat een directeur de vennootschap vertegenwoordigt tegenover de andere arbeiders, neemt niet weg dat hij op zijn beurt zich 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 moet worden gelaten, zou dit ook moeten gelden voor “*meesterknechts, de opzichters en werkbazen, in vele gevallen de zetbazen*”.<sup>16</sup> De regering wijst er voorts op dat een algemene regeling in overeenstemming is met hoe andere contracten in het burgerlijk recht zijn geregeld. Ook benadrukt de regering in haar antwoord dat de arbeidsovereenkomsten, ondanks uiterlijk verscheidenheid, de meest essentiële kenmerken gemeen hebben. Bovendien bevatten de afzonderlijk artikelen voldoende ruimte om maatwerk te leveren, om het standpunt van de regering uit 1905 modern te parafraseren. Bij gelegenheid van de beraadslagingen in de Eerste Kamer in de zomer van 1907 benadrukt mr. Van Raalte, de toenmalige Minister van Justitie, in antwoord op de kritiek op de algemene regeling opnieuw dat uit ‘*rechtskundig en legislatief oogpunt*’ alle verschillende gevallen een algemeen karakter gemeen hebben. Dat de algemene bepalingen zo

12 Bles 1907 I, p. 151.

13 Met onderscheid naar loon wordt bedoeld op de toepasselijkheid van sommige bepalingen op arbeiders met een loon dat een bepaald bedrag per dag niet overstijgt.

14 Bles 1907 I, p. 151.

15 Bles 1907 I, p. 153 e.v.

16 Bles 1907 I, p. 155.

flexibel moeten zijn dat ze in verschillende situaties moeten voldoen, is daarbij een noodzakelijkheid voor het laten slagen van de algemene regeling. Daarenboven zijn er wel degelijk speciale regelingen opgenomen in het wetsvoorstel, bijvoorbeeld voor inwonend personeel, aldus de minister.

Niet alleen de algemeenheid van de regeling is onderwerp van discussie geweest, ook de vraag of en in hoeverre bepalingen van dwingend recht moeten worden opgenomen is onderwerp van beraadslaging geweest. De gedachte achter het introduceren van dwingendrechtelijke bepalingen is – opnieuw – de bescherming van de economisch zwakkeren: de arbeider. Zonder bepalingen van dwingend recht kan de arbeider immers alsnog – feitelijk – gedwongen worden op ongunstige termen te contracteren. Het bezwaar dat de volksvertegenwoordiging inroept tegen het opnemen van dwingendrechtelijke bepalingen is gelijkkluidend aan het bezwaar tegen de algemeenheid van de regeling: niet alle arbeiders kunnen over een één kam worden geschoren, er zijn genoeg arbeiders die geenszins als zwakkere partij hoeven te worden gezien. Zo merkt Eerste Kamerlid Van Houten<sup>17</sup> tijdens de beraadslagingen in de zomer van 1907 op dat economische zwakheid geen algemeen verschijnsel is bij werknemers, maar dat slechts bij een deel van de gesloten contracten sprake is van “*mindervaardigen*”. Van Houten ziet meer heil in een stelsel waarin (conform het Duitse stelsel) aan overeenkomsten die tot stand zijn gekomen door misbruik van economische zwakheid de rechtskracht wordt ontnomen. Het opnemen van bepalingen van dwingend recht ging hem te ver. Minister Van Raalte betoogt echter dat niet alleen de “*werklieden in de dagelijksche beteekenis van het woord*” economisch als zwakkere partij gezien kunnen worden. Als voorbeeld geeft hij de handelsreiziger of vertegenwoordiger. Het is, ook toen al, geen uitzondering dat in deze beroepsgroep een concurrentiebeding wordt overeengekomen waarbij op overtreding boetes van f 10.000 of meer zijn gesteld. Deze werknemers gaan toch met deze bedingen akkoord omdat “*ook zij leven moeten*” aldus de minister, die hiermee een breder economisch afhankelijkheidsbegrip toepast: zij die voor hun levensonderhoud van het arbeidscontract afhankelijk zijn, verdienen bescherming als zwakkere contractspartij, niet alleen zij die *ten opzichte van hun contractspartij* de (economisch) zwakkere partij zijn.

Overigens is zowel in het ontwerp van Drucker als in de ontwerpen van 1901 en 1904 én in de uiteindelijke wettekst wel degelijk rekening gehouden met arbeiders voor wie dwingend recht minder noodzakelijk werd geacht. De behoefte aan dwingende rechtsregels is minder klemmend ten aanzien van degenen die zich in een maatschappelijke sterkere positie bevinden.<sup>18</sup> Over de vraag waar dan het onderscheidende kenmerk moet worden gevonden is meer te doen geweest dan over het uitgangspunt zelf. Drucker gaat in zijn ontwerp uit van een loongrens van f 3 per dag. Arbeiders die meer dan dat bedrag verdienen, behoeven minder bescherming. In de ontwerpen 1901 en 1904 is aansluiting gezocht bij de tijdruimte waarnaar het

17 Bles 1907 I, p. 234.

18 Bles 1907 I, p. 243.

loon wordt vastgesteld. De gedachte is dat hoe langer die termijn is, hoe onafhankelijker de arbeider is. Fabrieksarbeiders worden veelal per dag of per uur betaald terwijl de beloning voor intellectuele arbeid of arbeid waaraan een grotere verantwoordelijkheid is verbonden over een langere tijdsruimte wordt vastgesteld. Ook de gevallen waarin de arbeider uitsluitend wordt beloond met een zeker gedeelte van de winst die in de onderneming van de werkgever wordt behaald, wordt uitgegaan van een zeker mate van zelfstandigheid tegenover de werkgever. Naar aanleiding van het voorlopig verslag van de Tweede Kamer is de regering uiteindelijk toch weer teruggekeerd naar een grens bepaald door de hoogte van een dagloon, zij het inmiddels opgetrokken naar *f* 4.

### 2.2.1.2 De bestuurder

Bij de parlementaire behandeling is niet alleen in zijn algemeenheid gesproken over een algemene regeling, ook is gesproken over een aantal bijzondere categorieën werknemers zoals godsdienstbeoefenaars, leerlingen en 'bestuurders van naamloze vennootschappen en van coöperatieve verenigingen'.<sup>19</sup> In het Ontwerp-Drucker wordt de toepassing van de (algemene) 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 wordt 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 literatuur,<sup>20</sup> waarin deze leer is geaccepteerd, alsmede naar de parlementaire stukken ten aanzien van 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.

De tot op heden actuele vraag hoe het arbeidsrechtelijke ontslagrecht zich verhoudt tot de vennootschapsrechtelijke bevoegdheid om een bestuurder te allen tijde te ontslaan is al door Drucker onder ogen gezien.<sup>21</sup> Drucker heeft zich afgevraagd of de regeling van zijn ontwerp niet strijdig is met artikel 44 lid 2 WvK en artikel 9 lid 2 Wet tot regeling van de coöperatieve verenigingen. Zijn conclusie is dat de afwijking zeer gering is. Ook zonder de Wet op de arbeidsovereenkomst wordt al aangenomen dat de bestuurder die zonder gegronde reden wordt ontslagen recht heeft op schadevergoeding. Naast een verschil in terminologie (het ontwerp spreekt van kunnen ontslaan, in de bestaande wetgeving wordt het woord 'mogen' gebruikt) is

19 Bles 1907 I, p. 204.

20 Molengraaff 1889, p. 424.

21 Bles 1907 I, p. 205.



er een verschil in bewijslast: het is voor 1909 aan de bestuurder te bewijzen dat hij zonder wettige reden is ontslagen. Het Ontwerp-Drucker legt de bewijslast voor het bestaan van een wettige reden bij de vennootschap, althans bij de opzeggende partij. In het wetsontwerp 1901 en het uiteindelijke wetsontwerp uit 1904 wordt het uitgangspunt van Drucker overgenomen. Het systeem van het vennootschapsrecht blijft ongewijzigd: behoudens de verplichting tot schadevergoeding bij de afwezigheid van een dringende reden behoudt de vennootschap de mogelijkheid haar bestuurder te allen tijde te ontslaan.

*Intermezzo – het beëindigen van de arbeidsovereenkomst*

Voor een goed begrip van het bovenstaande past hier een kort overzicht van de systematiek van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de wet van 1907 (artikelen 1639e t/m 1639x). Allereerst eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door ommekomst van de tijd waarvoor zij is aangegaan. Voorafgaande opzegging is nodig als dat schriftelijk is overeengekomen, bij reglement is bedongen of volgt uit de wet, verordening of gebruik (artikel 1639e). Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan door beide partijen worden beëindigd door opzegging. Bij die opzegging moet dan wel een opzegtermijn in acht genomen worden (artikelen 1639g, h en i). Opzegging zonder inachtneming van de opzegtermijn is ook mogelijk als een schadeloosstelling wordt betaald, of sprake is van een dringende reden (artikel 1639o). De schadeloosstelling bedraagt op grond van artikel 1639r het bedrag gelijk aan het in geld vastgestelde loon voor de duur van de opzegtermijn (onbepaalde tijd) of de tijd dat de dienstbetrekking had horen voort te duren (bepaalde tijd). Er kan overeengekomen worden dat de schadeloosstelling hoger is, maar dan heeft de rechter een matigingsbevoegdheid, met als minimum de wettelijk voorgeschreven schadeloosstelling. Ook als schadeloosstelling is betaald kan, in geval van bijzondere omstandigheden, door de benadeelde partij nog verdere vergoeding van schade in rechte worden gevorderd (artikel 1639s). Ten slotte kan de partij ten aanzien van wie onrechtmatig is opgezegd (dus zonder dringende reden of inachtneming van de opzegtermijn) kiezen of hij in rechte de schadeloosstelling van artikel 1639r vordert of volledige schadevergoeding.

Verder zijn beide partijen te allen tijde bevoegd zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden (artikel 1639w). De gewichtige redenen zijn limitatief opgesomd: de dringende redenen zoals omschreven in de (artikelen 1639p en q) of een verandering in de persoonlijke of vermogenstoestand van de verzoeker of wederpartij of een verandering in de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht. Overigens wordt de mogelijkheid op grond van het 'gewone' burgerlijk recht ontbinding te vragen (neergelegd in artikel 1303 BW) expliciet niet uitgesloten (artikel 1639x). Verschil met de ontbindingsmogelijkheid in artikel 1639w is de mogelijkheid schadevergoeding te verzoeken: op grond van artikel 1639w kan dat niet, op grond van artikel 1303 wel. Naast deze twee wijzen van beëindiging (opzegging en ontbinding) zijn er bepalingen voor specifieke omstandigheden zoals een lang dienstverband, perikelen rondom minderjarigen en het ontslag tijdens de proeftijd. Voor het systeem van de wet zijn deze van minder belang zodat deze niet besproken zullen worden.

Kern van de regeling is dus dat de arbeidsovereenkomst eigenlijk altijd per direct kan worden beëindigd, ook zonder de opzegtermijn in acht te nemen als maar wel een schadeloosstelling wordt betaald.<sup>22</sup> Hierbij is het niet relevant welke reden aan de opzegging ten grondslag ligt. Ook bij de parlementaire behandeling van de opzegging (artikel 1639o) is door de regering in de memorie van antwoord benadrukt dat

<sup>22</sup> Overigens komt de gedachte dat de dienstbetrekking – kort gezegd – altijd beëindigd kan worden als er maar schadeloosstelling wordt betaald ook voor in het BW van 1838 en wel in artikel 1639 lid 3, zie Bles 1907 IV, p. 113.

zowel de directeur van de naamloze vennootschap als de algemene vergadering van aandeelhouders de dienstbetrekking onmiddellijk moet kunnen beëindigen. Opvallend is dat de directeur en zijn werkgever hierin volgens de regering niet anders zijn dan andere werkgevers en werknemers:

“Inderdaad past geene bevoegdheid beter bij welke soort van dienstbetrekking ook, dan juist deze. Het dagmeisje, dat enkele stuivers per dag verdient, en de directeur eener naamlooze vennootschap met een jaarlijksch salaris van duizenden guldens, kunnen beide in omstandigheden geraken, waarin zij gaarne zich eenen bepaalde schadeloosstelling willen getroosten om, zonder redenen op te geven, hunne dienstbetrekking onmiddellijk te eindigen, en evenzeer als de algemeene vergadering van aandeelhouders vrij moet blijven om zonder opgave van redenen den directeur te allen tijde met eene schadeloosstelling te ontslaan, zoo zal ook aan den werkgever, die slechts met één arbeider samenwerkt, het recht gegeven moeten worden dien bediende met eene schadeloosstelling dadelijk weg te zenden.”

De eisen van de praktijk zijn immers zo dat – mits geen onbillijkheid wordt begaan – men onmiddellijk van de rechtsband met de wederpartij moet kunnen worden ontslagen.<sup>23</sup>

Ook bij de behandeling van artikel 1639r waarin de hoogte van de schadeloosstelling is bepaald, wordt aandacht besteed aan de directeur van de NV. In het voorlopig verslag van de Eerste Kamer is gewezen op de situatie waarin eigenaren van een onderneming de onderneming inbrengen in een naamloze vennootschap en hun bezigheden voortzetten. Deze verbintenis zal veelal worden aangegaan voor maximaal vijf jaar. Ontslag van de directeur vóór afloop van die vijf jaren en zonder dringende reden zou leiden tot schadeloosstelling. Dit kan tot zeer onbillijke gevolgen voor de NV leiden, aldus het verslag, vooral als het bedrag (dat toch kan zien op meerdere jaren loon) ineens moet uitgekeerd.<sup>24</sup> De regering antwoordde hierop dat een dergelijk geval zich niet snel zal voordoen. In de eerste plaats zal een vennootschap zich niet snel voor langer dan vijf jaar aan de directeur verbinden, gelet op artikel 1639v, waarin is bepaald dat overeenkomsten die aangegaan zijn voor een duur langer dan vijf jaar of voor de duur van het leven, na vijf jaren slechts door de werknemer met een opzegtermijn van zes maanden kunnen worden opgezegd. Ten tweede kan de vennootschap in het geval de directeur niet voldoet de ontbinding ex artikel 1639x j<sup>o</sup> 1303 vorderen (inclusief schadevergoeding). Voldoet de directeur in ernstige mate niet, dan kan een ontslag op staande voet uitkomst bieden. Ook de ontbindingsmogelijkheid van artikel 1639w staat de vennootschap nog ter beschikking. Mocht dit alles niet baten en wil de vennootschap de relatie met de directeur toch beëindigen, “*dan is deze vrijheid van beweging naar het wil voorkomen, door de bij het ontwerp bepaalde schadeloosstelling niet te duur gekocht*”, aldus de regering.<sup>25</sup> Deze overwegingen over de positie van de bestuurder/werknemer zijn verrassend actueel.

23 Bles 1907 IV, p. 105.

24 Bles 1907 IV, p. 177.

25 Bles 1907 IV, p. 179.

### 2.2.1.3 Samenloop

Van belang is verder het toenmalige artikel 1637c BW. Hierin staat dat bij samenloop van de arbeidsovereenkomst met andere overeenkomsten zowel de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst als de bepalingen betreffende de andere soort overeenkomst van toepassing zijn. Bij strijd tussen de verschillende bepalingen, gaan de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst voor. Blijkens de memorie van toelichting<sup>26</sup> is dit artikel vooral (maar zeker niet uitsluitend) bedoeld om de vraag op te lossen wat nu de verhouding is tussen het arbeidscontract en de overeenkomst van lastgeving. Hes geeft in zijn praktische handleiding op de wet het voorbeeld van de directeur van een NV.<sup>27</sup> Volgens de regering kunnen deze twee overeenkomsten goed naast elkaar bestaan en worden ze elk door de eigen regels beheerst. Onderkend is dat als gevolg van deze opvatting de lastgeving kan worden herroepen, terwijl de dienstbetrekking blijft voortduren. De reden dat bij strijdigheid voorrang wordt gegeven aan bepalingen van de Wet op de arbeidsovereenkomst is blijkens de memorie van toelichting gelegen in de vrees dat anders ontduiking van de bepalingen van arbeidsrecht wel erg makkelijk zou worden.

In de bovenstaande paragrafen is weergegeven wat bij de totstandkoming van de eerste Wet op de arbeidsovereenkomst in het algemeen aan de orde is geweest over de gewenste reikwijdte van deze wet waarbij de positie van de bestuurder apart is besproken. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat ook rechtsverhouding van de bestuurder met de vennootschap als arbeidsovereenkomst kwalificeert, mits de bestuurder loon ontvangt. In dat geval is hij immers voor zijn levensonderhoud afhankelijk van de vennootschap of vereniging waarvan hij bestuurder is, net als andere arbeiders. Er is dus een economisch afhankelijkheids criterium gekozen. De vraag is vervolgens of de toepasselijkheid van de Wet op de arbeidsovereenkomst ook volgt uit de definitie van de arbeidsovereenkomst zoals de wet die geeft, waarbij het gezags criterium voor dit onderzoek het meest van belang is. Deze vraag wordt aan de hand van de toelichtingen op het toenmalige artikel 1637a BW behandeld in de volgende paragraaf.

### 2.2.1.4 Het gezags criterium

Artikel 1637a BW luidt bij de inwerkingtreding van de wet van 1907 als volgt:

“De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de andere partij, den werkgever, tegen loon gedurende zekeren tijd arbeid te verrichten.”

Met de term ‘in dienst van de andere partij’ wordt uitgedrukt dat de werkzaamheden onder het gezag van de werkgever moeten worden uitgevoerd. In het ontwerp van Drucker wordt de term ‘ter beschikking stellen van de arbeidskracht’ gebruikt. In de toelichting op dit ontwerpartikel staat dat het overbodig mag worden geacht in de

26 Bles 1907 I, p. 334.

27 Hes 1909.

omschrijving op te nemen dat de dienstverhuurder zal werken onder toezicht, leiding, gezag van de werkgever, of voor rekening van de werkgever, omdat dit zit opgesloten in de beschikbaarstelling.<sup>28</sup> Dat in de ontwerpen van 1901 en 1904 is gekozen voor de term 'in dienst van' betekent niet dat een andere inhoud is beoogd. De term 'terbeschikkingstelling' wekt volgens de toelichtingen de schijn dat de arbeidsovereenkomst als huurovereenkomst van diensten wordt beschouwd. In de memorie van toelichting is verder het volgende opgenomen over de term 'in dienst': "[d]e toepassing van dit kenmerk zal meestal in het maatschappelijke leven geen moeilijkheid baren. Waar in het dagelijksch leven de uitdrukkingen 'betrekking', 'dienstbetrekking', 'in dienst treden', 'in functie treden' en dergelijke worden gebezigd, vormen zij een onbedriegelijk kenteeken, dat een arbeidsovereenkomst is gesloten. Berekening van het loon per dag, week of jaar geeft een aanwijzing in dezelfde richting."<sup>29</sup>

Interessant is de overweging van Drucker in zijn toelichting op het ontwerp dat de term 'ter beschikking stellen' niet alleen ziet op het onder gezag van de werkgever werken, maar ook kan zien op het feit dat de werknemer niet voor eigen rekening zijn werkzaamheden verricht, maar voor rekening van de werkgever. Hij schrijft immers: "onder toezicht, leiding, gezag van den werkgever, of voor rekening van den werkgever" (benadrukking JBH)<sup>30</sup> Dit lijkt te zien op de keerzijde van de economische afhankelijkheid: de werknemer is weliswaar economisch afhankelijk van zijn werkgever, maar loopt daarentegen geen ondernemingsrisico.

De verwachting dat het gezagscriterium tot weinig moeilijkheden zou leiden is niet uitgekomen. Tot op heden wordt nog met regelmaat geprocedeerd over de vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst waarbij het gezagscriterium vaak een doorslaggevende rol speelt.<sup>31</sup>

#### 2.2.1.5 Tussenconclusie

Met de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 is een algemene regeling in het leven geroepen die overal geldt waar sprake is van een arbeidsovereenkomst. Ratio achter de algemene gelding is dat het de gelijkheid van eenieder voor de wet benadrukt en dat hiermee begrenzingsproblemen tussen verschillende categorieën worden voorkomen. Blijkens de parlementaire geschiedenis vallen ook bestuurders van naamloze vennootschappen en coöperatieve verenigingen onder de Wet op de arbeidsovereenkomst, mits zij loon ontvangen. Ook bestuurders hebben er belang bij te weten waar zij aan toe zijn. Dat er ook sprake kan zijn van lastgeving, staat niet in de weg aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Beide overeenkomsten kunnen naast elkaar bestaan en voor beide overeenkomsten gelden de eigen regels. Bij strijd gaan de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst voor, zo bepaalt artikel 1637c BW. Van strijdigheid met het geldend vennootschapsrecht was

28 Bles 1907 I, p. 314 en 315.

29 Bles 1907 I, p. 320.

30 Bles 1907 I, p. 315, voorlaatste alinea.

31 Zie voor de stand van zaken op dit punt hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.5.

volgens de wetgever geen sprake. Ook een 'gewone' werknemer kan op grond van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 immers te allen tijde worden ontslagen, met dien verstande dat indien de opzegtermijn niet in acht is genomen een schadevergoedingsplicht voor de opzeggende partij zou ontstaan (tenzij sprake is van een dringende reden).

Het is de vraag of de gedachte van de wetgever dat geen strijd met het vennootschapsrecht bestaat, wel juist is. Het mag zo zijn dat ook voor de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst het ontslaan van de statutair bestuurder zonder schadevergoeding als onrechtmatig werd beschouwd, met de invoering van artikel 1639r BW is hieraan wel een (op voorhand bepaald) prijskaartje gehangen. Heeft de bestuurder een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan is bij tussentijds ontslag het loon over de resterende periode verschuldigd. Dit kan oplopen tot een aanzienlijk bedrag aan schadeloosstelling, hetgeen een behoorlijke drempel voor de vennootschap kan betekenen om tot ontslag over te gaan. Dit gold overigens niet alleen voor de bestuurder. Ook voor 'gewone' werknemers kan artikel 1639r BW een onbillijk resultaat opleveren: dit is met name gelegen in het ontbreken van een rechterlijke matigingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid werd "noode gemist", zo schrijft Meijers in zijn commentaar op de wet.<sup>32</sup>

Opvallend is de uitleg van het gezagscriterium door Drucker waarbij ook de economische afhankelijkheid van de werknemer een rol speelt en niet alleen de ondergeschiktheid.

In de volgende paragraaf wordt besproken in hoeverre bij wijzigingen van de wet van 1907 aandacht is besteed aan de statutair bestuurder.

### 2.2.2 De wetswijzigingen vanaf 1909

Eén van de kenmerken van de Wet van 1907 is de grote rol die voor de rechter is weggelegd, zowel door het gebruik van wat nu open normen worden genoemd als door het matigingsrecht dat in veel gevallen aan de rechter is toegekend. Drucker heeft hierover gezegd dat het "juist het doel van deze artikelen [is], dat de hantering der wet, ook zonder wijziging van de tekst, gelijke tred zal kunnen houden met de ontwikkelingen van sociale verhoudingen en inzichten."<sup>33</sup> Hierin is wellicht de verklaring gelegen dat deze wet na de inwerkingtreding geruime tijd ongemoeid is gelaten door de wetgever. De aanzet voor een wetswijziging is al gegeven in de tweede helft van de jaren '30 van de vorige eeuw met het rapport van de Commissie Limburg. Vanwege het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog heeft dit pas in 1953 tot een wetswijziging geleid. Nog voor deze eerste inhoudelijke wetswijziging van de Wet van 1907 is het arbeidsrecht gewijzigd door de introductie van het BBA. Het BBA is niet van toepassing op de statutair bestuurder, waarmee de bestuurder dus een

32 Meijers 1924, p. 199.

33 Ontleend aan Levenbach 1951.

andere positie krijgt dan de gewone werknemer. Alvorens de wetswijzigingen vanaf 1953 te behandelen, sta ik eerst kort stil bij de introductie van het BBA.

### 2.2.2.1 Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen

Nog voor deze herziening van het arbeidsovereenkomstenrecht in het BW is op 5 oktober 1945 het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen<sup>34</sup> in werking getreden. Het BBA is de opvolger van twee eerdere besluiten van de regering, op hun beurt weer voorafgegaan door besluiten van de bezetter.<sup>35</sup> Ondanks het publiekrechtelijke karakter van het BBA is het van groot belang voor het civielrechtelijke ontslagrecht geweest. In artikel 6 van het BBA is immers tot 1 juli 2015 het nog steeds geldende algemene opzegverbod neergelegd, met dien verstande dat in aanvang zowel de werkgever als de werknemer de toestemming van de Directeur Gewestelijk Arbeidsbureau diende te vragen voor de opzegging.<sup>36</sup> De sanctie op niet-naleving is vernietigbaarheid van de opzegging. Ratio van het opzegverbod is in 1944 het voorkomen van de na de oorlog te verwachten chaos op de arbeidsmarkt.<sup>37</sup> De ratio van het BBA 1945 is meer en meer geworden het beschermen van de werknemer (en ook de werkgever) tegen een onrechtvaardige opzegging door de andere partij.<sup>38</sup> Hierbij moet worden bedacht dat het ontslagrecht zoals neergelegd in de wet van 1907 geen eisen stelt aan de reden voor ontslag. Zolang de opzegtermijn in acht wordt genomen of schadeloosstelling wordt betaald, is de opzegging in orde, ongeacht (het ontbreken van) redenen.

Het BBA 1945 sluit in artikel 2 de toepasselijkheid van het besluit voor bepaalde arbeidsverhoudingen<sup>39</sup> uit. Daarnaast opent artikel 6 BBA de mogelijkheid bij ministeriële regeling bepaalde (groepen van) werknemers ontheffing te verlenen van toepassing van dat artikel. Op grond hiervan zijn directeuren van naamloze vennootschappen vanaf 1954 uitgezonderd van de toepassing van het BBA.<sup>40</sup> De enige motivering voor dit besluit is dat bestuurders van de NV een bijzondere positie innemen. Deze motivering is in 1972, toen de uitzondering werd uitgebreid naar

34 Besluit van 5 oktober 1945, *Stb.* F 214, houdende vaststelling van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen.

35 Besluit van 27 mei 1940 van generaal Winkelman: verbod om binnen 30 dagen 25 of meer werknemers te ontslaan zonder voorafgaande vergunning van de Directeur-Generaal van de Arbeid; Besluit van 11 juni 1944 van de Secretaris-Generaal van het Departement van Sociale Zaken: verbod van alle ontslagen, behoudens toestemming van de Directeur-Generaal van de Arbeid of ingeval van een dringende reden; Besluit van 17 juli 1944 van de regering in Londen: Buitengewoon besluit Arbeidsverhoudingen, verbod opzegging door werkgever zonder voorafgaande toestemming Directeur Gewestelijk arbeidsbureau (*Stb.* E 52); wijziging van het BBA van 29 december 1944: opzegverbod voor zowel werkgever als werknemer zonder voorafgaande toestemming van de Directeur Gewestelijk arbeidsbureau (*Stb.* E 157).

36 Vanaf 1 januari 1999 heeft de werknemer geen toestemming meer nodig voor de opzegging en geldt het opzegverbod alleen nog voor de werkgever.

37 Zie Naber 1981, p. 61.

38 Vgl HR 24 februari 2012, *JAR* 2012/93 (*NUON/Olbrych*).

39 Het BBA 1945 spreekt van arbeidsverhoudingen, en niet van arbeidsovereenkomsten, en heeft dus in die zin een ruimer toepassingsgebied dan het arbeidsovereenkomstenrecht uit het BW dat alleen ziet op arbeidsovereenkomsten. Het BBA ziet ook op sommige opdrachtovereenkomsten.

40 Besluit van 10 december 1954, *Stcrt.* 242.

bestuurders van besloten vennootschappen, gelijk gebleven.<sup>41</sup> Toch valt hier wel iets meer over te zeggen. In de eerste plaats is de (lagere) rechtspraak van vóór 1954 verdeeld over de vraag of het toestemmingsvereiste geldt voor bestuurders van naamloze vennootschappen. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in 1950 dat voor de beëindiging van de arbeidsverhouding tussen een naamloze vennootschap en haar bestuurder het toestemmingsvereiste niet geldt.<sup>42</sup> De rechtbank overwoog dat zij artikel 6 lid 1 BBA niet van toepassing achtte op de directeur van een NV omdat met de arbeidsverhouding tussen de directeur en de NV onlosmakelijk is verbonden de vertegenwoordigingsbevoegdheid, die weer het voortdurende vertrouwen van de aandeelhouders veronderstelt. Het is volgens de rechtbank onaannemelijk dat de aandeelhouders die het vertrouwen in hun directeur hebben verloren hun oordeel ondergeschikt moeten maken aan de directeur van het GAB. Daarnaast acht de rechtbank het in strijd met de bijzondere ontslagregeling van artikel 48b WvK waarin staat dat de bestuurder te allen tijde ontslagen kan worden. De ruime bewoordingen van artikel 6 BBA rechtvaardigen niet een doorbreking van dit bijzondere ontslagrecht. Ten slotte wijst de rechtbank nog op de strekking van het ontslagverbod: de bevordering van de stabiliteit op de arbeidsmarkt. Het ontslag van een directeur van een NV bedreigt die stabiliteit niet, aldus nog steeds de Rechtbank Rotterdam.

De Rechtbank Zutphen ziet dit heel anders in 1952.<sup>43</sup> Kort en goed oordeelt de rechtbank dat het haar niet vrijstaat, gelet op de ruime formulering van 6 BBA, voor de positie van de directeur een uitzondering te maken. De bijzondere aard van de verhouding tussen de NV en haar directeur doet hieraan niets af. Artikel 6 BBA geeft immers slechts de minister de gelegenheid (groepen van) werknemers uit te zonderen en dit is niet gebeurd voor de directeurs in het algemeen, noch voor de eisende directeur in het bijzonder. Het Hof Arnhem, waaraan deze uitspraak is voorgelegd, onderschrijft dit oordeel en de motivering van de rechtbank. Het hof voegt daar nog aan toe dat de bevoegdheid van de algemene vergadering om de directeur te allen tijde te ontslaan een bevoegdheid is die aan elke werkgever toekomt, zodat hierin geen reden is te vinden voor een afwijking van artikel 6 BBA.<sup>44</sup>

Ook in de literatuur zijn de meningen verdeeld, zo blijkt uit een korte polemiek in het tijdschrift SMA in 1954 tussen Vos en De Jager.<sup>45</sup> Wat hier van zij, de beslissing van de wetgever is uiteindelijk geweest de directeur uit te zonderen van de toepassing van artikel 6 BBA. Als gezegd blijft de ratio onduidelijk. De 'bijzondere positie van de directeur' kan betekenen dat inderdaad de verhouding tussen de directeur en de vennootschap zo wezenlijk verschilt van de verhouding tussen andere werkgevers en werknemers dat het niet aan de directeur van het GBA is hier een oordeel over te

41 Besluit van 21 november 1972, *Stcrt.* 234. Dit besluit is in 2008 abusievelijk kort ingetrokken geweest. Dit is hersteld bij besluit van 9 oktober 2008, *Stcrt.* 199. Het herstel werkt terug tot 25 september 2008, de datum per wanneer abusievelijk was ingetrokken. Uit de toelichting blijkt dat de motivering ongewijzigd is: "de bijzondere positie van bestuurders van de naamloze en besloten vennootschap [rechtvaardigt] een dergelijke vrijstelling."

42 Rb. Rotterdam 28 april 1950, *NJ* 1953, 13 (*X./Rotterdams Trustee's Kantoor*).

43 Rb. Zutphen 12 juni 1952, *NJ* 1953, 12 (*Kraijenhoff/Vulcanus*).

44 Hof Arnhem, 21 oktober 1953, *NJ* 1954, 439 (*Vulcanus/Kraijenhoff*).

45 Vos 1954 en De Jager 1954 met naschrift van Vos.

geven. Het kan evengoed betekenen dat de directeur een bijzondere positie op de arbeidsmarkt inneemt. Naber houdt het in zijn dissertatie op de eerste reden en verwijst naar de bijzondere ontslagregeling ten aanzien van bestuurders van NV's en BV's in Boek 2 BW.<sup>46</sup> Voor deze stelling valt echter – in ieder geval in de besluiten – geen expliciete rechtvaardiging te vinden. Ten tijde van de totstandkoming van het eerste ontheffingsbesluit bestaat er immers nog helemaal geen bijzondere ontslagregeling voor directeuren, ook andere werknemers kunnen 'te allen tijde' ontslagen worden en de bepalingen omtrent de opzegtermijn, schadeloosstelling en dringende reden gelden in gelijke mate voor 'gewone' werknemers (en directeuren). Het enkele verschil is gelegen in de matigingsbevoegdheid van de schadeloosstelling. Dit vind ik niet een zo wezenlijk verschil dat gesproken kan worden van een bijzondere ontslagregeling, te meer daar in dit geval de positie van de 'gewone' werknemer juist opgeschoven is naar die van de bestuurder. Ook in het arbeidsovereenkomstenrecht is later immers hetzelfde matigingsrecht ingevoerd.

In de parlementaire behandeling de hierna te bespreken herziening van het ontslagrecht in 1954 is door de Minister van Justitie het volgende opgemerkt over de toepasselijkheid van het BBA op directeuren:

“Met betrekking tot directeuren van naamloze vennootschappen wordt door de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ontheffing verleend van de verplichting om een ontslagvergunning te vragen, indien het sociaal verantwoord wordt geacht het ontslag zonder toestemming van het G.A.B. te laten plaatsvinden.

Het wil de ondergetekende voorkomen dat juist ten aanzien van de hoogst geplaatste arbeiders (...) de vertraging van enkele weken, welke met de ontslagvergunning is gemoeid, relatief het minst bezwaarlijk is. Overigens ziet hij niet in dat, al moge artikel 6 van het BBA in de eerste plaats gedacht hebben aan gewone arbeiders, genoemd artikel op de hoger en hoogstgeplaatste arbeiders niet zou mogen worden toegepast. Het BBA maakt ten deze geen onderscheid.”<sup>47</sup>

Hiermee neemt, zo lijkt het, de minister afstand van de beslissing tot ontheffing over te gaan.

Dat de beslissing over te gaan tot ontheffing niet zo vanzelfsprekend is, blijkt ook uit het (ingetrokken) wetsvoorstel tot het integreren van het BBA in het BW.<sup>48</sup> Dat voorstel behelst het opnemen van het opzegverbod van het BBA in het BW, waarbij de toepassing van het betreffende artikel voor de directeur in het Wetboek van Koophandel wordt uitgezonderd. De enige toelichting luidt dat de bestaande uitzonderingen moeten blijven bestaan. In het voorlopig verslag van de Tweede Kamer van 18 augustus 1976 vraagt de PvdA-fractie om een nadere toelichting. De leden van de KVP, ARP en CHU vragen zich af of, gelet op de opkomst en populariteit van de besloten vennootschap en het sterk uitgebreide gebruik van de titel directeur, niet moet worden overwogen of de arbeidsbescherming (van het BBA) niet ook voor die categorie werknemers moet gelden. De rechterlijke toetsing van een ontslag achteraf

46 Naber 1981, p. 191.

47 *Kamerstukken I* 1953/54, 881, nr. 37 (Memorie van antwoord n.a.v. het voorlopig verslag van de commissie van rapporteurs van 25 november 1953).

48 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 656.



geldt immers wel voor de directeur. Het wetsvoorstel is ingetrokken zodat op deze vragen geen antwoord is gekomen, maar het stellen van de vragen geeft wel aan dat er minst genomen verschillend over gedacht kan worden.

#### 2.2.2.2 *Herziening van het ontslagrecht 1954*

Het echte onderscheid tussen het ontslagrecht voor bestuurders en voor overige werknemers is gekomen met de herziening van het ontslagrecht in 1954.<sup>49</sup> Als gezegd was deze ontwikkeling al ingezet met het rapport van de Commissie Limburg voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog. Het voorbereidende werk van deze commissie is voortgezet door de Stichting van de Arbeid<sup>50</sup> en de Commissie Levenbach, ingesteld op 23 september 1947. Het werk van de commissie leidt tot wetsvoorstel 881 dat in de zomer van 1948 naar de Tweede Kamer gaat. Heel kort gezegd is het doel van deze herziening het scheppen van meer bestaanszekerheid voor personen die lang bij een werkgever werken. De onderwerpen waarop de nieuwe wet betrekking heeft zijn de verlenging van de opzegtermijnen, de introductie van het kennelijk onredelijk ontslag, alsmede de mogelijkheid van herplaatsing (herstel van de dienstbetrekking) in plaats van een schadevergoeding, de introductie van twee opzegverboden (tijdens ziekte en militaire dienst) en een aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding. Voorts is de matigingsbevoegdheid voor de rechter bij het vaststellen van de schadeloosstelling (die dan al geldt voor de bestuurders-werknemers) geïntroduceerd en zijn de gronden waarop van de arbeidsovereenkomst door de rechter kan worden ontbonden verruimd: de wijziging van de omstandigheden is niet meer beperkt tot een verandering in persoon of vermogens-toestand van een der partijen of in de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht.

Volgens de wet van 1907 is opzegging zonder inachtneming van de daarvoor geldende bepalingen schadeloos, maar niet onrechtmatig. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt is dat iedere partij ook moreel gerechtigd is te allen tijde de dienstbetrekking te verbreken. Dit nu is volgens de memorie van toelichting verouderd.<sup>51</sup> De wet van 1953 beoogt hieraan tegemoet te komen door de mogelijkheid te openen tegen een kennelijk onredelijk ontslag op te komen. Mogelijke vorderingen in het geval van een kennelijk onredelijk ontslag zijn schadevergoeding en herstel van de dienstbetrekking (herplaatsing). Een aan de werkgever opgelegde verplichting tot herplaatsing kan overigens altijd worden opgelost in een 'afkoopsum'.

Opvallend is dat in de toelichting op het ontwerp wel speciale aandacht is voor handelsreizigers en schepelingen omdat aan hen al aparte bepalingen – afwijkend van het algemene arbeidsovereenkomstenrecht – zijn gewijd, maar niet aan de directeur. Kennelijk is zijn positie in de ogen van de wetgever van 1953 niet dermate afwijkend dat daar apart aandacht aan moet worden besteed. Zelfs bij de toelichting op het

49 Wet van 15 december 1953, *Stb.* 1953, 619, inwerkingtreding 1 juli 1954.

50 Rapport van 29 juli 1947 van de STAR.

51 *Kamerstukken II* 1947/48, 881, nr. 3.

invoeren van de matigingsbevoegdheid van de rechter ten aanzien van de schadeloosstelling is geen verwijzing opgenomen naar bestuurders, terwijl voor hen toch al een dergelijke matigingsbevoegdheid is opgenomen in het Wetboek van Koophandel. Een vergelijking had voor de hand gelegen. Wel is in het kader van de in de periferie van het wetsvoorstel gevoerde discussie over het al dan niet voortbestaan van het BBA de onder 2.2.2.1 geciteerde opmerking van de Minister van Justitie gemaakt. Hieraan zijn echter geen verdere consequenties verbonden.

Het is opmerkelijk dat bij deze toch essentiële wijziging van het ontslagrecht geen aandacht is besteed aan de bestuurder. In de eerste plaats is de matigingsbevoegdheid die is opgenomen in artikel 1639r lid 5 BW meer gelimiteerd dan de matigingsbevoegdheid die in artikel 48b lid 2 WvK aan de rechter is toegekend voor de schadeloosstelling voor een bestuurder. In het laatstgenoemde artikel staat immers dat indien de schadeloosstelling de rechter bovenmatig voorkomt "*hij de schadeloosstelling op een kleinere som [kan] bepalen.*" De matigingsbevoegdheid van artikel 1639r lid 5 BW kent een bodem: niet minder dan het loon over de opzegtermijn noch minder dan het loon voor drie maanden. Ondanks dit verschil is bij de invoering van Boek 2 BW in 1976 waarbij de bepalingen over de naamloze vennootschap van het Wetboek van Koophandel naar het BW zijn overgeplaatst besloten dat de matigingsbevoegdheid opgenomen in artikel 48b lid 2 WvK kan komen te vervallen. Dit had zelfs al bij de invoering van 1639r lid 5 BW gekund, zo vond de Tweede Kamer destijds zonder verdere motivering.<sup>52</sup>

In de tweede plaats is bij de invoering van de nieuwe sanctie 'herstel van de dienstbetrekking' niets gezegd over de positie van de bestuurder van de NV. Opnieuw is de invoering van Boek 2 de aanleiding hier toch iets mee te doen: in Boek 2 BW wordt opgenomen dat het herstel van de dienstbetrekking tussen de naamloze vennootschap en de bestuurder niet door de rechter kan worden uitgesproken, overigens eveneens zonder uitgebreide motivering. Er wordt uitsluitend opgemerkt dat in het bestaande recht reeds wordt aangenomen dat de bepalingen omtrent het herstel van de dienstbetrekking niet gelden voor bestuurders.<sup>53</sup> Mij is uit die periode alleen de *Liberty*-uitspraak van de rechtbank Amsterdam bekend waarin is overwogen dat herstel van de dienstbetrekking niet past bij de bevoegdheid te allen tijde te ontslaan.<sup>54</sup>

Ten slotte wordt evenmin aandacht besteed aan de ingevoerde opzegverboden in relatie tot de bestuurder.

52 Van Zeben 1962, p. 626.

53 Van Zeben 1962, p. 626.

54 Rb. Amsterdam 18 juni 1975, NJ 1976, 348 (*Liberty*).

### 2.2.2.3 Invoering overige opzegverboden in 1976<sup>55</sup>

Met ingang van 1 augustus 1976 gelden niet alleen opzegverboden tijdens ziekte en militaire dienst, maar ook wegens huwelijk, zwangerschap en bevalling. Daarnaast is de nietigheidssanctie ingevoerd voor het niet in acht nemen van de nieuwe ontslagverboden en voor de bestaande ontslagverboden tijdens ziekte en militaire dienst. De regering is van oordeel dat de sanctie van nietigheid beter beantwoordt aan de strekking van een opzegverbod. Het doel van een opzegverbod is immers het voorkomen van een ontslag wegens een bepaalde reden. Het sanctioneren van een opzegging in strijd met een verbod door schadeplichtigheid, zoals dat tot dan toe geldt, is minder bevredigend omdat de dienstbetrekking dan toch eindigt.<sup>56</sup> In de parlementaire behandeling is verder geen enkele aandacht besteed aan de positie van de bestuurder, die toch al vanaf 1954 is uitgezonderd van de toepassing van het *algemene* ontslagverbod. Later ingevoerde opzegverboden (zoals de opzegverboden in verband met werknemersvertegenwoordiging en ouderschapsverlof) hebben evenmin geleid tot bespiegelingen over de positie van de bestuurder.

### 2.2.2.4 Verdere initiatieven om te komen tot een herziening van het ontslagrecht

In het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw is van regeringszijde de wens geuit te komen tot deregulering. In dat kader is de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen ingesteld.<sup>57</sup> Deze commissie heeft onder meer voorgesteld tot een vereenvoudiging van het ontslagrecht te komen door afschaffing van de preventieve ontslagtoets, dan wel vervanging daarvan door een meldingsplicht. In het rapport van de commissie noch in de verdere beraadslagingen daarover is gesproken over de statutair bestuurder.<sup>58</sup> Dit is op zichzelf niet verwonderlijk nu het afschaffen van het algemene opzegverbod voor de statutair bestuurders ook geen gevolg zou hebben. Het rapport van de commissie heeft in 1985 geleid tot een adviesaanvraag aan de SER over de herziening van het ontslagrecht. Het advies van de SER<sup>59</sup> heeft vervolgens geleid tot de indiening van het wetsvoorstel tot herziening van het ontslagrecht in 1990.<sup>60</sup>

Bij de behandeling van dit wetsvoorstel, dat nimmer tot wet is geworden, is wel aandacht besteed aan de statutair bestuurder. Op de vraag van de Tweede Kamer of het voorstel gevolgen heeft voor de bestuurders van de NV en BV is door de regering bij monde van staatssecretaris Kosto geantwoord dat het ontslagrecht niet van toepassing is op bestuurders van een NV of BV en dat zij slechts schadevergoeding

55 Wet van 6 mei 1976, *Stb.* 1976, 295.

56 *Bijl. II* 1973/74, 12 403, nr. 6 p. 5.

57 Besluit van 11 februari 1983, *Stcrt.* 33.

58 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 931, nr. 5.

59 SER-advies 1988/12.

60 Wetsvoorstel 21 479, ingediend op 15 maart 1990.

kunnen vorderen.<sup>61</sup> De vaste commissie van justitie van de Eerste Kamer valt in het voorlopig verslag over de uitlating van de staatssecretaris:

“Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer werd door de staatssecretaris onder meer betoogd dat het ontslagrecht niet van toepassing is op bestuurders van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen en dat zij alleen maar schadevergoeding kunnen vorderen. In rechtspraak en literatuur wordt daar zeer verschillend over gedacht, nu in 2:244 lid 3 BW alleen de herplaatsing ex art. 1639f is uitgesloten, nergens is bepaald dat ook de met nietigheidssancties gestelde opzegverboden (ziekte, zwangerschap, etc 1639h) niet zouden gelden”<sup>62</sup>

De reactie van de regering is dat de strekking van het antwoord van de staatssecretaris is dat het voorstel geen principiële wijziging bevat ten opzichte van het geldende recht. De vraag naar de betekenis van de reeds opgenomen nietigheidssancties bij ontslagverboden moet door de rechter worden beantwoord, aldus de regering in de zomer van 1992.<sup>63</sup>

De regering wordt op haar wenken bediend door de cassatie in het belang der wet, ingesteld door advocaat-generaal Koopmans naar aanleiding van een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 27 november 1991. Deze voordracht heeft geleid tot het al in hoofdstuk 1 paragraaf 1.4.3 besproken arrest *Levison/MAB*.<sup>64</sup> De rechtbank leidt uit het stilzwijgen van de wetgever over de nietigheid van een opzegging in strijd met het opzeggingsverbod af dat de nietigheidssanctie in het geval van een bestuurder geen toepassing vindt. De rechtbank wijst erop dat immers door de wetgever wel is overwogen dat naast de in te voeren opzegverboden, het al geldende stelsel van het BBA met de nietigheidssanctie blijft bestaan. Nu voor de arbeidsovereenkomst met de bestuurder ontheffing is verleend en de wetgever bovendien heeft besloten dat het herstel van de dienstbetrekking niet ten aanzien van een bestuurder kan worden bevolen, valt niet goed in te zien dat de wetgever ook op de bestuurder de nietigheidssanctie toegepast wil zien. Bovendien ontstaat een ongerijmdheid als het ontslag in vennootschapsrechtelijke zin in stand blijft en de nietigheid van het arbeidsrechtelijk ontslag wordt aangenomen. De werknemer verliest dan zijn hoedanigheid van bestuurder en kan de bedongen arbeid dus niet meer verrichten, aldus nog steeds de rechtbank.

De Hoge Raad volgt de redenering van de rechtbank niet en oordeelt als volgt. De tekst van artikel 7A:1639h BW zondert de bestuurder niet uitdrukkelijk uit en ook de wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor een uitzondering. De

61 *Handelingen II* 1992/93, p. 2803 (VVD-kamerlid Korthals) en *Handelingen II* 1992/93, p. 2814 (Staatssecretaris Kosto).

62 *Kamerstukken I* 1991/92, 21 479, nr. 224a. In gelijke zin Scholtens 1992. Scholtens heeft er bij zijn bespreking van het wetsvoorstel zoals dat naar de Eerste Kamer is verzonden op gewezen dat artikel 2:244 lid 3 BW (voorheen 48 lid 3 WvK) waarin is bepaald dat voor de bestuurder geen herstel van de dienstbetrekking kan worden bevolen, alleen ziet op de herplaatsing na kennelijk onredelijk ontslag. Indien de regering van oordeel is dat ook de opzegverboden met de nietigheidssancties niet zouden moeten gelden voor bestuurders, dan moet dat duidelijk in de wet worden vastgelegd, aldus Scholtens.

63 *Kamerstukken I* 1991/92, 21 479, nr. 224b.

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

nietigheidssanctie kan volgens de Hoge Raad eveneens gewoon worden toegepast op de statutair bestuurder. Deze bepaling bevat immers evenmin een uitzondering voor de bestuurder. Zie hoofdstuk 1 paragraaf 1.4.3 voor een uitgebreidere bespreking van het *Levison/MAB*-arrest. Dit arrest maakt het makkelijk voor de regering de kritiek uit de rechtspraak op het wetsvoorstel, waaronder die van Scholtens,<sup>65</sup> te pareren. In de nadere memorie van antwoord kan de minister volstaan met een verwijzing naar het arrest *Levison/MAB*.<sup>66</sup>

In het kader van de omzetting van oud BW naar nieuw BW (wat het arbeidsrecht betreft ingezet met het voorontwerp van Levenbach uit 1972) is op 1 april 1997 titel 7.10 ingevoerd.<sup>67</sup> Deze omzettingsoperatie is bedoeld als technisch-juridische operatie. Er is weliswaar een aantal inhoudelijke veranderingen doorgevoerd, maar die zien niet op het ontslagrecht en er wordt niet stilgestaan bij de positie van de statutair bestuurder.

Alle eerder pogingen om tot een herziening van het ontslagrecht te komen hebben – uiteindelijk – geleid tot de Wet flexibiliteit en zekerheid.<sup>68</sup> Deze wet heeft het ontslagrecht zeer zeker gewijzigd, maar voor de positie van de statutair bestuurder geen verandering gebracht.

Herziening van het ontslagrecht is ook daarna onderwerp van onderzoek en discussie geweest. Op 25 februari 1999 is de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (Commissie Rood) ingesteld<sup>69</sup> na een toezegging van regeringszijde tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid<sup>70</sup> met als opdracht te adviseren over de toekomst van het duale ontslagstelsel. Het rapport van de Commissie Rood bevat een advies de preventieve ontslagtoets te schrappen. Dit heeft niet tot wetswijzigingen geleid. In 2008 heeft een vergelijkbare exercitie plaatsgehad. In januari 2008 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Commissie Arbeidsparticipatie (Commissie Bakker) ingesteld.<sup>71</sup> Ook uit het rapport van deze commissie volgt dat de preventieve ontslagtoets zal moeten verdwijnen. Op 16 februari 2009 is een wetsvoorstel<sup>72</sup> gedaan tot maximering van de ontbindingsvergoeding: aan werknemers die € 75.000 per jaar verdienen kan nimmer meer dan een jaarsalaris worden toegekend als ontbindingsvergoeding. Aan de positie van bestuurders wordt in dit wetsvoorstel geen aandacht besteed. Het ligt wel in de rede dat de meeste bestuurders een jaarsalaris verdienen dat boven de genoemde grens ligt en het voorstel, indien het tot wet wordt, impact heeft op bestuurders. Dit wetsvoorstel is later deel gaan uitmaken van de Wet Werk en zekerheid.

65 Scholtens 1992.

66 *Kamerstukken I* 1993/94, 21 479, nr. 261, p. 11.

67 *Stb.* 1996, 562.

68 *Stb.* 1998, 300, inwerkingtreding 1 januari 1999.

69 Besluit van 15 februari 1999, *Stcrt.* 43.

70 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 293, nr. 132g.

71 Besluit van 18 januari 2008, *Stcrt.* 15.

72 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 862, nr. 2.

### 2.2.2.5 Wet Werk en zekerheid (“Wwz”)

De Wwz<sup>73</sup> bevat fundamentele wijzigingen van het ontslagrecht, flexibele arbeidsrelaties en de sociale zekerheid met als doel het ontslagrecht eerlijker en eenvoudiger te maken en oneigenlijk gebruik van flexibele arbeidsvormen tegen te gaan. De wijzigingen in het ontslagrecht en de wijzigingen die zien op de flexibele arbeid raken ook de positie van de bestuurder. In deze paragraaf worden de voor de bestuurder relevante wijzigingen kort aangestipt en wordt met name stilgestaan bij de overwegingen in de parlementaire geschiedenis of juist het ontbreken van overwegingen. In hoofdstuk 6 worden de voor de bestuurder relevante wijzigingen nader besproken.<sup>74</sup>

#### Wijzigingen flexibele arbeid

##### *Concurrentiebeding*

In het gewijzigde artikel 7:653 BW wordt bepaald dat in een bepaalde tijd overeenkomst géén concurrentiebeding kan worden opgenomen, tenzij uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfsbelangen. De ratio van het verbod is dat een concurrentiebeding belemmerend werkt, terwijl met het oog op duurzame inzetbaarheid steeds meer van werknemers zelf wordt gevraagd. Dit geldt des te meer voor werknemers met een tijdelijk contract. Zij hebben een in duur beperkt contract en daarmee een dubbel nadeel, aldus de regering.<sup>75</sup> Bestuurders zijn van deze bepaling niet uitgezonderd. Bij de aanpassing van de ketenregeling (zie hieronder) is voor de bestuurder wel een afwijkende regeling opgenomen. Dit is gemotiveerd met de overweging dat de met de Wwz beoogde versterking van de positie van bepaaldetijders voor bestuurders niet in alle gevallen nodig is. Zij hebben doorgaans voldoende perspectief op de arbeidsmarkt en hebben evenmin last van de andere nadelen van het werken op bepaaldetijdcontracten, zoals een onzekere positie op de woningmarkt.<sup>76</sup> Wat er verder ook zij van deze redenering, het is inconsistent de bestuurder dan niet ook zonder meer uit te zonderen van het verbod op een concurrentiebeding in een bepaaldetijdcontract. Bovendien meen ik dat de werkgever bij uitstek een zwaarwegend bedrijfsbelang heeft als het erom gaat niet beconcurrereerd te worden door een voormalig statutair bestuurder. In de parlementaire geschiedenis is hieraan echter geen aandacht besteed.

73 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216 en besluit van 10 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (*Stb.* 2014, 274). Het grootste deel van de wijzigingen treedt in werking per 1 juli 2015. Enkele bepalingen treden in werking per 1 januari 2015, parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 33 818.

74 Er is voor gekozen om de Wwz niet in een aparte paragraaf te verwerken, maar per onderwerp naast het bestaande (oude) recht. Zie paragraaf 6.2.2, 6.4.1, 6.4.3, 6.6, 6.7.2 en 6.9.

75 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 16/17.

76 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 13.

*Aanzepplicht*

Artikel 7:668 (nieuw) BW introduceert een aanzepplicht voor de werkgever. Deze aanzepplicht is van toepassing op bepaaldetijdovereenkomsten die op een kalenderdatum eindigen en aangegaan zijn voor zes maanden of langer. De werkgever moet de werknemer uiterlijk een maand voor het einde van rechtswege schriftelijk informeren over (a) het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en (b) bij voortzetting, over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten. Laat de werkgever na de werknemer te informeren over het al dan niet voortzetten, dan is hij een maandsalaris verschuldigd. Informeert hij te laat, dan is hij een vergoeding naar rato verschuldigd. Wordt de arbeidsovereenkomst voortgezet terwijl niets is gezegd over de voorwaarden, dan wordt de arbeidsovereenkomst geacht te zijn voortgezet voor dezelfde periode (maar ten hoogste een jaar) en onder dezelfde voorwaarden. Deze regeling is van toepassing op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die eindigen op of na 1 augustus 2014. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de aanzepping ook al direct bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst kan worden opgenomen.<sup>77</sup> Deze verplichting geldt onverkort voor bepaaldetijdcontracten met de bestuurder. In de parlementaire geschiedenis is geen aandacht besteed aan de positie van de bestuurder. Dit wekt enige bevreemding omdat deze aanzepplicht zou kunnen botsen met de vennootschapsrechtelijke vrijheid tot benoeming. In het geval een bestuurder is benoemd voor vier jaar en ook een arbeidsovereenkomst is gesloten voor vier jaar, dan zal – afhankelijk van wanneer door het bevoegde orgaan wordt besloten al dan niet tot herbenoeming over te gaan – op een eerder moment al moeten worden aangezegd. In de parlementaire geschiedenis had hier aandacht aan kunnen worden besteed, evenals aan de vraag welk orgaan bevoegd is de aanzepping te doen. Ik merk nog op dat in geval sprake is van een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap, de aanzepping ook koersgevoelige informatie betreft.<sup>78</sup> Bestuurders zijn, vooral op basis van het argument van koersgevoeligheid, wel uitgezonderd van de door Wwz geïntroduceerde bedenkttermijn bij het accepteren van een opzegging in strijd met een opzegverbod en bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst (artikelen 7:670a lid 7 (nieuw) en 760b lid 5 (nieuw) BW). In het geval van de bedenkttermijn snijdt deze motivering nauwelijks hout (zie hieronder). In het geval van de aanzegtermijn zou het wel voor de hand hebben gelegen de bestuurder hiervan uit te zonderen. Niet alleen vanwege de koersgevoeligheid (hetgeen in een zeer beperkt aantal gevallen en rol zal spelen), maar ook vanwege de vermenging van de contractuele beëindiging/verlenging en de vennootschapsrechtelijke beëindiging/herbenoeming. De wetgever is hier niet consistent geweest.

<sup>77</sup> *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr. 7, p. 35.

<sup>78</sup> Sinds 1 januari 2013 hebben bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen weliswaar geen arbeidsovereenkomst meer, maar bestaande arbeidsovereenkomsten (ook voor bepaalde tijd) zijn blijven bestaan en zullen dus, mits ze één maand of later na de inwerkingtreding van Wwz eindigen, vallen onder de aanzegverplichting.

### *Ketenregeling*

Wwz wijzigt ook de ketenregeling. Ongewijzigd blijft dat partijen drie bepaaldetijdcontracten kunnen sluiten voordat een onbepaaldetijdcontract ontstaat. Anders dan voorheen, vindt een conversie plaats naar een onbepaaldetijdcontract als de opvolgende contracten een periode van 24 maanden hebben overschreden (voorheen 36 maanden). Als contracten elkaar niet direct opvolgen, maar met een tussenpoos, dan gelden ze toch als één keten indien de tussenpoos zes maanden of korter was. Dat was voorheen drie maanden of korter. In het oude recht kon van de gehele ketenregeling worden afgeweken bij cao. In de nieuwe regeling zijn er minder mogelijkheden tot afwijking. Bij cao kan worden afgeweken van de regeling omtrent opvolgend werkgeverschap (artikel 7:668a (nieuw) lid 2 BW). Verder kan bij cao de periode van 24 maanden worden verlengd tot maximaal 48 maanden en kan het aantal contracten van drie worden verhoogd naar ten hoogste zes. Deze mogelijkheid van driekwartdwingend recht af te wijken geldt alleen als sprake is van een uitzendovereenkomst of als uit de cao blijkt dat de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering de verlenging of verhoging vereist. Voor bestuurders is in artikel 7:668a (nieuw) lid 7 BW een andere regeling opgenomen als het gaat om afwijken van de wettelijke regeling. Artikel 7:668a (nieuw) BW is voor de bestuurder deels van semidwingend recht. Schriftelijk, of bij cao, kan worden afgeweken van de wettelijke periode (24 maanden) waarna een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, zie artikel 7:668a lid 7 (nieuw) BW.

Aanvankelijk was in het wetsvoorstel opgenomen dat voor bestuurders van rechtspersonen bij cao kan worden afgeweken van alle aspecten van de ketenregeling, zoals het voorheen ook voor 'gewone' werknemers het geval was.<sup>79</sup> In de Nota van Wijziging<sup>80</sup> is dit ingeperkt op de wijze zoals hierboven omschreven: schriftelijk kan worden afgeweken van de periode waarna een vast contract ontstaat. Het is vooral de toelichting op het oorspronkelijke wetsvoorstel die interessant is. De indieners overwegen dat bestuurders van rechtspersonen veelal werken op basis van meerdere tijdelijke contracten, aangezien ondernemingen erbij gebaat kunnen zijn na verloop van tijd de arbeidsrelatie met de bestuurder te kunnen beëindigen vanwege bijvoorbeeld een gewijzigde ondernemingsstrategie.<sup>81</sup> Dit zou met name spelen in de (semi)-publieke sector. De wijziging van de ketenregeling beoogt de positie van werknemers met opvolgende tijdelijke contracten te versterken. Dat is voor bestuurders niet in alle gevallen nodig omdat het doorgaans personen zijn met voldoende perspectieven op de arbeidsmarkt. Evenmin ziet de regering dat bestuurders andere nadelen hebben die kleven aan langdurig verblijf in de flexibele schil zoals minder toegang tot scholing en een onzekere positie op de woningmarkt.<sup>82</sup> In de toelichting op de Nota van Wijziging wordt opgemerkt dat door afwijking ook in individuele overeenkomsten toe te staan, het mogelijk wordt afspraken te maken over bestuurders die niet onder een cao vallen en tegelijkertijd wordt de afwijkingsmogelijkheid ingeperkt

79 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 2 onderdeel N lid 7.*

80 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8 onderdeel 6 onder b.*

81 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 96.*

82 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 13.*



doordat alleen nog afgeweken kan worden van de termijn en niet van alle aspecten van de ketenregeling. De regering overweegt dat nadat drie termijnen een bestuursfunctie is vervuld, de band met de organisatie zodanig is dat de betreffende persoon de bescherming van een vast contract niet onthouden mag worden.<sup>83</sup>

De toelichtingen overtuigen niet volledig. Het is juist dat ondernemingen er gebaat bij zijn na verloop van tijd de relatie met de bestuurder te beëindigen. Dat geldt ook voor gewone werknemers. De meeste ondernemingen zullen niets tegen hebben op een zeer flexibel ontslagrecht waarbij zonder belemmeringen contracten kunnen worden beëindigd. Waarom dit nu specifiek voor bestuurders (in de semipublieke sector) zo anders is, wordt niet duidelijk. Daar komt bij dat in ieder geval voor bestuurders van vennootschappen een beëindiging al relatief eenvoudig is. De Wwz breidt de uitzondering op het algemene opzegverbod ook uit naar bestuurders van andere rechtspersonen voor wie in Boek 2 BW is bepaald dat herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk is.<sup>84</sup> Kortom, het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder kent geen hoge drempel. Voor zover de regering doelt op de corporate governance regel dat een benoeming in principe voor vier jaar is en het arbeidsrecht daar onvoldoende op aansluit (zie hierover paragraaf 2.3.6.1 van dit hoofdstuk), maakt de voorgestelde wijziging weinig verschil. Ook onder de oude regeling kan een bestuurder en arbeidsovereenkomst voor vier jaar krijgen. Hoewel in de memorie van toelichting<sup>85</sup> wordt gesteld dat bestuurders 'veelal' werken op basis van een bepaaldetijdcontract, is in de praktijk juist doorgaans sprake van een contract voor onbepaalde tijd. Bovendien dienen bestuurders van beursvennootschappen sinds 1 januari 2013 hun werkzaamheden te verrichten op basis van een opdrachtovereenkomst, zodat de Wwz voor hen niet van belang is.<sup>86</sup> Dat bestuurders doorgaans een goede positie op de arbeidsmarkt hebben wordt door de regering niet verder onderbouwd. Gewezen kan worden op het afbreukrisico van een bestuurder: een gedwongen vertrek, al dan niet gepaard met media-aandacht, maakt het voor een bestuurder niet per definitie eenvoudig een baan te vinden. Ook de bestuurder in een concern, die het bestuurderschap 'erbij' doet, heeft niet altijd een betere positie op de arbeidsmarkt dan een gewone werknemer met een leidinggevende positie.

### Ontslagrecht

De systematiek van het ontslagrecht wijzigt. Voorheen stond het de werkgever die de arbeidsovereenkomst wenste te beëindigen vrij te kiezen hoe: door opzegging na verkregen toestemming van het UWV, of via een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter. Voor de bestuurder was dat systeem niet anders, met dien verstande

83 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 15/16.* Zie ook de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 23.*

84 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 18.* Het betreft naast de bestuurders van de NV en de BV bestuurders van verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties.

85 *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 96.*

86 Uitzonderd de gevallen waarin sprake is van arbeidsovereenkomst met beursbestuurders die dateren van voor 1 januari 2013. Voor die gevallen is Wwz wel van belang. Indien sprake zou zijn van bepaalde tijd contracten (bijvoorbeeld voor vier jaar) die zijn aangegaan vóór 1 januari 2013, dan wordt bijvoorbeeld de aanzegtermijn van toepassing op die contracten.

dat voor opzegging geen voorafgaande toestemming van het UWV nodig was. Hierdoor was voor bestuurders opzegging de meest gevolgde route, met uitzondering van de gevallen waarin sprake was van een opzegverbod. In het nieuwe systeem kan beëindiging nog steeds via opzegging of via ontbinding, maar heeft de werkgever geen vrije keuze meer. Is sprake van een beëindiging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid of wegens bedrijfseconomische redenen, dan kan de arbeidsovereenkomst worden opgezegd. Is sprake van één van de andere, limitatief in de wet (artikel 7:669 lid 3 (nieuw) BW) opgesomde gronden, dan is ontbinding de aangewezen route. In beide gevallen heeft de werknemer recht op de transitievergoeding (artikel 7:673 (nieuw) BW, tenzij de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Voor een aanvullende vergoeding, de billijke vergoeding, is alleen ruimte indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Voor de bestuurder verandert er in wezen niet veel. Ik belicht een aantal aspecten.

#### *Het algemene opzegverbod*

Het algemene opzegverbod van het BBA is overgeheveld naar het BW. In artikel 7:671 (nieuw) BW is bepaald dat opzegging zonder instemming van de werknemer niet mogelijk is, tenzij er toestemming is van het UWV.<sup>87</sup> In lid 1 sub e is de uitzondering voor de statutair bestuurder opgenomen en uitgebreid naar alle bestuurders van wie herstel van de dienstbetrekking op grond van Boek 2 BW niet mogelijk is, en bestuurders van vergelijkbare rechtspersonen opgericht naar buitenlands recht.<sup>88</sup> In het oorspronkelijke wetsvoorstel was nog geen sprake van 'bestuurders van wie herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk is', maar alleen van bestuurders van NV's, BV's en vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen. In de memorie van toelichting is opgenomen dat de bestaande uitzondering is overgenomen.<sup>89</sup> De ratio van de uitzondering, aldus nog steeds de memorie van toelichting, is dat het niet aan de overheid is om te oordelen voor de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd als het bevoegd orgaan heeft besloten dat de bestuurder niet kan aanblijven. Deze ratio is niet terug te vinden in toelichtingen op het de ontheffingsbesluiten (zie paragraaf 2.2.2.1 van dit hoofdstuk). Uit de overige toelichting blijkt dat er verder voor de bestuurder niet veel wijzigt. De kennelijk onredelijke opzegging vervalt (net als voor gewone werknemers) en daarvoor in de plaats komt dat de rechter een billijke vergoeding kan toekennen als de opzegging geen redelijke grond heeft of ernstig verwijtbaar is aan de werkgever:

<sup>87</sup> Of een bij cao aangewezen onafhankelijke en onpartijdige commissie.

<sup>88</sup> Dat laatste is een codificatie van HR 15 september 1995, NJ 1996, 234, JAR 1995/213 (*Bennenbroek/Scia*). In dat arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de BBA-uitzondering ook van toepassing is op het beëindigen van arbeidsverhoudingen van bestuurders van een vennootschap naar vreemd recht, tenzij de positie van de bestuurder de betreffende buitenlandse vennootschap zo wezenlijk verschilt van de positie van een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap naar Nederlands recht, dat het verschil zich tegen de toepassing van de uitzondering (geen vergunning nodig) verzet. De wetgever kiest een net iets andere omschrijving: opzegging zonder toestemming is mogelijk als sprake is van een vergelijkbare buitenlandse rechtspersoon. De positie van de bestuurder is dus niet relevant; het moet gaan om een vergelijkbare rechtspersoon. De wetgever gaat niet in op de vraag wanneer dan sprake is van een vergelijkbare rechtspersoon.

<sup>89</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3 p. 28.

“Statutair bestuurders vallen – voor zover zij een arbeidsovereenkomst hebben – ook nu al onder de bepalingen van Boek 7 van het BW. De arbeidsovereenkomst kan dus weliswaar zonder tussenkost van UWV worden opgezegd, maar dat betekent niet dat een dergelijke opzegging ook kennelijk onredelijk mag zijn, of in strijd met een opzegverbod. Met andere woorden, ook nu al kan het zo zijn dat een rechter oordeelt over het ontslag van een statutair bestuurder (hetzij in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, hetzij in een ontbindingsprocedure als er een opzegverbod van toepassing is). De rechter kan in deze laatste procedure de ontbinding weigeren, waarmee het dienstverband in stand blijft. Herstel van de arbeidsovereenkomst is op grond van de artikelen 2:134 en 2:244 BW niet mogelijk, waardoor het in de praktijk zo is dat als de AvA of RvC de bestuurder de wacht aanzegt, de rechter aan de bestuurder een schadevergoeding toekent als hij meent dat daar reden toe is (bijvoorbeeld de opzegging kennelijk onredelijk acht). Deze (in de jurisprudentie aanvaarde) praktijk wordt met onderhavig wetsvoorstel bestendigd. Daarvoor wordt geregeld dat voor opzegging geen schriftelijk instemming is vereist (dus geen preventieve toets bij het ontbreken daarvan) en dat herstel van de arbeidsovereenkomst door de rechter niet mogelijk is. Wel zal de rechter aan de bestuurder een billijke vergoeding kunnen toekennen als het ontslag een redelijke grond ontbeert of ernstig verwijtbaar is aan de werkgever. In geval van een opzegverbod, geldt dat de rechter de opzegging kan vernietigen of, op verzoek van de bestuurder in plaats daarvan aan hem een billijke vergoeding kan toekennen.”

Herstel van de dienstbetrekking is niet mogelijk. Naast de regeling in Boek 2 BW hieromtrent, volgt dit nu ook uit het nieuwe artikel 7:682 lid 3 BW. Een opzegging in strijd met een opzegverbod kan, net als nu, leiden tot vernietiging van de opzegging, zij het alleen door de rechter. De buitengerechtelijke vernietiging is niet meer mogelijk. De werknemer (en ook de bestuurder) kan ook kiezen voor een billijke vergoeding (artikel 7:681 lid 1 (nieuw) BW).

#### *Bedenktermijn*

De Wwz introduceert de bedenktermijn. Een werknemer die een beëindigingsovereenkomst sluit, instemt met een opzegging zonder dat toestemming van het UWV is verleend of instemt met een opzegging terwijl sprake is van een opzegverbod, kan binnen twee weken na de verleende instemming of na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst hierop terugkomen. Wijst de werkgever de werknemer niet op deze mogelijkheid, dan bedraagt de termijn drie weken. Heeft de werknemer gebruik gemaakt van dit recht, dan kan hij dat niet binnen zes maanden nog eens doen (artikelen 7:670a leden 5 t/m 7 (nieuw), 670b, leden 2 t/m 6 (nieuw) en 671 leden 2 t/m 6 (nieuw) BW).

Bij de Nota van Wijziging is ingevoerd dat de bedenktermijn (na het sluiten van een beëindigingsovereenkomst of na instemming met een opzegging terwijl een opzegverbod van toepassing is) voor bestuurders niet geldt.<sup>90</sup> Bij een gewone opzegging komt de bedenktermijn niet aan de orde omdat voor een opzegging van de arbeidsovereenkomst met de bestuurder geen instemming (of toestemming) nodig is. De bedenktermijn verhoudt zich niet goed tot de bepaling in Boek 2 BW dat herstel van

<sup>90</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8, onderdeel 9. De bedenktermijn na instemming met opzegging is niet aan de orde omdat opzegging zonder instemming (en zonder toestemming) in geval van een bestuurder mogelijk is in het wetsvoorstel. Ook hier geldt dat de uitzondering niet alleen geldt voor de bestuurders van de NV en de BV, maar ook voor bestuurders van verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties.

de dienstbetrekking niet mogelijk is, aldus de regering.<sup>91</sup> Deze toelichting is moeilijk te rijmen met arbeidsrechtelijke- en vennootschapsrechtelijk nietigheidssancties die gewoon gelden bij vennootschapsrechtelijke ontslagbesluiten, ondanks het verbod op herstel van de dienstbetrekking.<sup>92</sup> De redenering van de regering wringt vooral daar waar het gaat om de bedenktijd bij instemming met een opzegging in strijd met een opzegverbod. Wordt opgezegd in strijd met een opzegverbod, dan kan de bestuurder de opzegging vernietigen. Stemt hij er eerst mee in, maar wil hij daarop terugkomen als hij zich realiseert wat de consequenties zijn, dan is dat niet mogelijk. Dit is systematisch onjuist en inconsistent. Daar komt bij dat de arbeidsovereenkomst nog helemaal niet geëindigd hoeft te zijn. Bij opzegging zal doorgaans de opzegtermijn in acht worden genomen en ook als een beëindigingsovereenkomst wordt gesloten zal doorgaans een zekere termijn liggen tussen het ondertekenen van de overeenkomst en het daadwerkelijke einde van de arbeidsovereenkomst. Deze termijn en de opzegtermijn zullen doorgaans langer zijn dan 14 dagen. Komt de werknemer terug op zijn instemming of akkoord, dan wordt de opzegging geacht niet te hebben plaatsgevonden. De beëindigingsovereenkomst wordt ontbonden. Van herstel van de dienstbetrekking zal dus in de meeste gevallen helemaal geen sprake zijn. Juist omdat de nietigheidssancties onverkort gelden, had het voor de hand gelegen dat ook de bedenktijden voor de bestuurder gelden. Het heeft er alle schijn van dat hier is gezocht naar argumenten om de bestuurder zoveel mogelijk werknemersbescherming te onthouden. Natuurlijk is er iets voor te zeggen dat van bestuurders kan worden verwacht dat zij niet zomaar afstand doen van hun rechten, maar dat argument geldt voor meer werknemers. De bedenktijd geldt ook indien de werknemer rechtsbijstand heeft gehad bij het sluiten van de beëindigingsovereenkomst of bij het geven van zijn instemming.

In de toelichting op de Nota van Wijziging wordt veel aandacht besteed aan de koersgevoeligheid van het ontslag van een bestuurder.<sup>93</sup> De bedenktijd zou de openbaarmakingsverplichting kunnen doorkruisen. Wat hier van zij, dit speelt alleen voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen die nog een arbeidsovereenkomst hebben, een krimpende groep. De bedenktijd is echter uitgesloten voor bestuurders van alle vennootschappen, verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties. Dit is buitengewoon mager gemotiveerd.

#### *Redelijke grond voor ontslag*

Kernartikel van het nieuwe systeem van ontslagrecht is artikel 7:669 (nieuw) BW. In dit artikel is opgenomen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien er (i) een redelijke grond is en (ii) herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Ten aanzien van herplaatsing is bepaald dat

91 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 17.

92 HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265, m.nt. PAS (*Levison/MAB*) en HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*).

93 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 8, p. 17.

dit niet in de rede ligt als sprake is van de redelijke grond 'verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer'. Herplaatsing is niet vereist indien de werknemer een geestelijk ambt bekleedt. De volgende redelijke gronden zijn opgenomen:

- a) Bedrijfseconomische omstandigheden;
- b) Langdurige arbeidsongeschiktheid;
- c) Regelmatig niet kunnen verrichten van de arbeid wegens ziekte of gebreken;
- d) Disfunctioneren, mits de werknemer tijdig in kennis is gesteld en voldoende gelegenheid is geboden om het functioneren te verbeteren;
- e) Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
- f) Werkweigerings wegens gewetensbezwaren;
- g) Een verstoorde arbeidsverhouding;
- h) Andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever niet langer verwacht kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

De opzegging kan altijd met instemming van de werknemer. Ook kan worden opgezegd met toestemming van het UWV (of een cao-commissie) als sprake is van een a- of b-grond (artikel 7:671 lid 1 (nieuw) BW). In andere gevallen kan worden ontbonden, als voldaan is aan de vereisten van artikel 7:669 (nieuw) BW, dat wil zeggen dat er ook dan een redelijke grond moet zijn en dat herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

Ten aanzien van de bestuurder bepaalt artikel 7:671 lid 1 sub e (nieuw) BW dat opzegging mogelijk is zonder instemming. Uit de systematiek vloeit voort dat op de gronden a t/m h kan worden opgezegd of ontbonden. Wel gelden de vereisten van artikel 7:669 (nieuw) BW onverkort. Dit blijkt uit artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW. Hierin is geregeld dat de bestuurder de rechter kan verzoeken hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen indien de opzegging in strijd is met artikel 7:669 (nieuw) BW of het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Slechts in de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting is hieraan kort aandacht besteed.<sup>94</sup> Er staat eigenlijk niet meer dan dat herstel van de dienstbetrekking niet aan de orde is (onder een moeilijk te plaatsen verwijzing naar de 15 april-arresten). Ook wordt opgemerkt dat de rechtbank bevoegd is en niet de kantonrechter, hetgeen ook tot uitdrukking komt in de formulering van artikel 7:682 lid 3 (nieuw) BW.

Het vereiste dat sprake moet zijn van een redelijke grond, lijkt op het eerste gezicht in strijd met de artikel 2:134 en 244 BW waarin staat dat een bestuurder *te allen tijde* kan worden ontslagen. In de parlementaire geschiedenis wordt bij dit punt niet stilgestaan. Hetzelfde geldt voor de herplaatsingsverplichting. Herplaatsing van een ontslagen statutair bestuurder zal niet altijd in de rede liggen. Voor werknemers die een geestelijk ambt bekleden is dat (via een amendement)<sup>95</sup> in de wettekst vastgelegd

94 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 118.

95 *Kamerstukken II* 1013/14, 33 818, nr. 20. De indieners lichten toe dat de herplaatsingsplicht op deze groep niet van toepassing is.

(artikel 7:669 lid 2 (nieuw) BW), voor bestuurders niet. Ook hierover zwijgt de parlementaire geschiedenis in alle talen. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.4.3 voor een nadere beschouwing over de vereisten van een redelijke grond en herplaatsing.

#### *Opzegverboden*

Alle opzegverboden zijn geconcentreerd in artikel 7:670 (nieuw) BW. Hierbij is geen aandacht besteed aan de positie van de bestuurder. Een gemiste kans is dat de 'Van Kalmthout-jurisprudentie' niet is gecodificeerd.<sup>96</sup>

Voor gewone werknemers (en bestuurders) geldt dat indien sprake is van een bedrijfseconomische reden voor ontslag (anders dan volledige bedrijfssluiting) en een opzegverbod tijdens ziekte, een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is. Opzegging is niet mogelijk vanwege het opzegverbod (artikel 7:670 (nieuw) jo 7:670a leden 2 en 3 (nieuw) BW). De route van ontbinding is afgesloten via artikel 7:671b lid 6 (nieuw) BW. Hierin is bepaald dat de kantonrechter kan ontbinden op de gronden van artikel 7:669 lid 3 onder b t/m h (nieuw) BW indien een 'tijdens'-opzegverbod geldt. De kantonrechter dient zich er dan wel van te vergewissen dat het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop de het betreffende opzegverbod betrekking heeft. Deze mogelijkheid is er uitdrukkelijk niet voor een beëindiging op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a (nieuw) BW, de bedrijfseconomische reden. Onder het huidige recht bestond deze mogelijkheid wel. Hierover zijn kritische vragen gesteld tijdens de parlementaire behandeling en de regering heeft bevestigd dat het inderdaad de bedoeling is dat in dergelijke gevallen (bedrijfseconomisch ontslag, geen sluiting, opzegverbod tijdens ziekte) de arbeidsovereenkomst niet eenzijdig beëindigd kan worden. De regering wijst erop dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer binnen zijn bedrijf. Dat hoeft niet in de eigen functie te zijn.<sup>97</sup> Blijft het bedrijf bestaan, dan dient dus te worden voldaan aan de re-integratieverplichting, ook als een hele afdeling sluit. De bestuurder wordt in dit opzicht niet anders behandeld dan gewone werknemers. De positie van de bestuurder is geen aanleiding voor specifieke overwegingen in de parlementaire geschiedenis. Kennelijk verdient de bestuurder op dit punt volgens de wetgever dezelfde bescherming als gewone werknemers.

#### **2.2.3 Conclusie**

De parlementaire geschiedenis van titel 7.10 BW loopt niet over van beschouwingen over de statutair bestuurder. Belangrijke beslissingen over de positie van de statutair bestuurder worden overgelaten aan de rechter die zijn oordeel toch vaak baseert

<sup>96</sup> Hof Den Bosch 22 augustus 2000, *JAR* 2000/207 (*Van Kalmthout*). Hierin is bepaald dat de bestuurder die zich ziek meldt nadat hij de oproeping heeft ontvangen voor een algemene vergadering waarin zijn ontslag op de agenda staat, geen beroep kan doen op de bescherming van het opzegverbod tijdens ziekte, analoog aan de regeling dat werknemers die zich ziek melden nadat het UWV het verzoek om een ontslagvergunning heeft ontvangen. De Wwz was een kans om deze lagere rechtspraak, die consequent wordt gevolgd, te codificeren.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 86; *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818 C, p. 50.

op diezelfde summiere parlementaire geschiedenis. Ook de recentere parlementaire geschiedenis geeft geen blijk van een doordachte visie van de wetgever op de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder. De gebruikte argumenten om bepaalde regelingen niet op de bestuurder van toepassing te laten zijn, lijken gezocht en weinig consistent (koersgevoeligheid, verbod op het herstel van de dienstbetrekking) en op onderdelen waar dat zou kunnen worden verwacht, wordt in het geheel geen aandacht aan de positie van de bestuurder besteed. Uit het gebrek aan belangstelling van de wetgever voor dit onderwerp leid ik af dat de statutair bestuurder in ieder geval in de ogen van de wetgever niet zo'n bijzondere positie in het arbeidsrecht inneemt als doorgaans wordt aangenomen. Kerngedachte van de wetgever lijkt te zijn dat, met misschien een enkele kleine aanpassing, de statutair bestuurder die werkzaam is krachtens een arbeidsovereenkomst gewoon dezelfde bescherming verdient als andere werknemers. Of de wetgever van Boek 2 BW en de wetgever van Boek 7 BW daar hetzelfde over denkt is nog maar de vraag en komt in de volgende paragraaf aan de orde.

### **2.3 De statutair bestuurder in de vennootschapsrechtelijke wetgeving**

#### **2.3.1 Inleiding**

In dit onderdeel wordt inzicht gegeven in de overwegingen van de wetgever met betrekking tot de statutair bestuurder bij de totstandkoming en wijziging van het rechtspersonenrecht, meer in het bijzonder het vennootschapsrecht. Het onderzoek richt zich uitsluitend op die bepalingen die zien op de rechtspositie van de bestuurder. Buiten beschouwing blijven de bepalingen die de institutionele taken van het bestuur regelen. Dit valt immers buiten het bestek van het onderzoek. Bepalingen waarin rechtstreeks wordt verwezen naar een arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap zijn de artikelen 2:131 en 2:134 BW (voor de besloten vennootschap zijn dat 2:241 en 2:244 BW). Deze bepalingen zien op de bevoegde rechter voor geschillen tussen de vennootschap en de bestuurder (voor zover deze voortvloeien uit de overeenkomst tussen beide partijen) en op het ontslag van de bestuurder. In artikel 2:132 BW is bepaald dat de bestuurder van een beursvennootschap geen arbeidsovereenkomst heeft. Op de geschiedenis van deze artikelen richt het onderzoek zich voornamelijk. De historie van de artikelen met betrekking tot bezoldiging worden grotendeels in hoofdstuk 5 behandeld.

Voordat op 26 juli 1976 Boek 2 van het BW in werking treedt, is het vennootschapsrecht geregeld in het Wetboek van Koophandel. Een wetshistorische bespreking begint dan ook onvermijdelijk met een beschouwing over de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel 1838 (2.3.3). Het Wetboek van Koophandel is in 1929 ingrijpend gewijzigd, hierover handelt onderdeel 2.3.4. De volgende – voor dit onderzoek relevante – wijzigingen van het vennootschapsrecht vinden plaats in de jaren '70 van de vorige eeuw. Er wordt dan een nieuwe rechtsvorm gecreëerd: de besloten vennootschap, Boek 2 van het BW wordt ingevoerd waarmee het vennootschapsrecht uit het Wetboek van Koophandel verdwijnt, de structuurregeling voor grote vennootschappen wordt ingevoerd en het enquêterecht wordt aangepast. Of,

en zo ja hoe, bij deze wijzigingen aandacht is voor de positie van de statutair bestuurder wordt besproken in onderdeel 2.3.5. In onderdeel 2.3.6 worden de recentere wijzigingen van Boek 2 BW besproken: de Wet bestuur en toezicht en de Wet flexibilisering en vereenvoudiging BV-recht. De wethistorische beschouwing vanuit Boek 2-perspectief sluit af met een conclusie (2.3.7). Alvorens de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel te bespreken, volgt een korte beschrijving van het ontstaan van de naamloze vennootschap (2.3.2).

### **2.3.2 De periode vóór het Wetboek van Koophandel 1838<sup>98</sup>**

De juridische oorsprong van de naamloze vennootschap ligt in de Vereenigde Oost-Indische Compagnie, opgericht in 1602 bij octrooi van de Staten-Generaal. De V.O.-I. Cie heeft twee kenmerken: zij wordt aangegaan voor een duurzame onderneming en steunt op kapitaal, bijeengebracht door aandeelhouders. De enige verplichting van de aandeelhouders is het storten van kapitaal, daarna houden zij slechts rechten over. Aandeelhouders noch bestuurders kunnen persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de verplichtingen die in naam van de V.O.-I. Cie zijn aangegaan. Naast deze overeenkomsten met de huidige naamloze vennootschap zijn er uiteraard verschillen. Het belangrijkste verschil is dat er geen van te voren bepaald vast kapitaal is, geen rekening en verantwoording wordt afgelegd en het een door de overheid geöctrooieerde maatschappij betreft die een handelsmonopolie heeft. Een duidelijk publiekrechtelijke inslag dus: de V.O.-I. Cie wordt geacht werkzaam te zijn voor het algemene nut. Tot 1720 is nog een aantal 'actiën-compagnieën' opgericht van hetzelfde type als de V.O.-I. Cie, alle met een min of meer publiekrechtelijk karakter. Vanaf 1720 komen er andere soorten 'actiën-compagnieën' in opkomst. Hierbij is het vereiste dat sprake is van algemeen nut, losgelaten. Het winstoogmerk van de aandeelhouders wordt als voldoende motief erkend, de vennootschappen krijgen een uitgesproken privaatrechtelijk karakter. Ook wordt het bestuur opgedragen aan directeuren, onder toezicht van commissarissen. De rechtsvorm van de vennootschap blijkt uit de statuten. Omstreeks 1770 wordt begonnen met het oprichten van 'actiën-sociëteiten' buiten elke medeweten van de overheid. Het betreft merendeels verzekeringsbedrijven. Als in het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw sprake is van dividendcoupons, reserverekeningen en ook het aandeel aan toonder gangbaar wordt, lijken deze sociëteiten nog meer op de latere NV's. Deze hele ontwikkeling vindt plaats buiten de wetgeving om. De codificatie, waarmee in 1809 een begin wordt gemaakt (zie hierna), wordt onderbroken door de Franse bezetting. Gevolg van deze bezetting is dat in 1811 de Code de Commerce van kracht wordt.

### **2.3.3 Het Wetboek van Koophandel 1838**

Na het herstel van de onafhankelijkheid schrijft de Grondwet van 1813, evenals die van 1814, voor dat een algemeen Wetboek van Koophandel zal worden ingevoerd. Alvorens het daadwerkelijk komt tot de invoering van het Wetboek van Koophandel

<sup>98</sup> Deze paragraaf is gebaseerd op: Handboek 1992, p. 2-5.



1838 (WvK 1838), worden verschillende ontwerpen ingediend die veelal zijn gebaseerd op het in de vorige paragraaf al even genoemde ontwerp van 1809.<sup>99</sup> Dit betreft een ontwerp van een Wetboek van Koophandel in drie boeken.<sup>100</sup> In het eerste boek 'Van den koophandel in 't algemeen' worden in de derde titel 'Van compagnieschappen of societeiten van koophandel' drie soorten van 'societeiten van koophandel' onderscheiden: de gewone compagnieschap onder één firma, de compagnieschap en commendite en de compagnieschap zonder firma, ook naamlooze genaamd. Aan de bestuurders van de naamlooze compagnieschap zijn in het ontwerp twee artikelen gewijd, artikel 29 en 30. Het eerste artikel bepaalt dat *“de naamlooze compagnieschap wordt bestuurd door gemagtigden of opzigters, daar toe aangesteld, en herroepelijk zijnde, in de compagnieschap deelende of niet deelende, loontrekkende, of voor niet arbeidende.”* De bestuurders kunnen dus zowel aandeelhouder zijn als geen aandeelhouder en al dan niet loon ontvangen voor hun werkzaamheden. Artikel 30 regelt vervolgens dat de bestuurder werkt krachtens een lastgeving en persoonlijk noch hoofdelijk aan derden verbonden kunnen worden: *“Die opzigters zijn niet verder verantwoordelijk dan wegens de uitvoering van den last, dien zij ontvangen hebben: – zij worden door hunnen beheering, noch persoonlijk, noch elk voor 't geheel, aan derden verbonden, uit kracht van de verbindtenissen der compagnieschap; onverminderd de verplichting tot verantwoording aan hunnen lastgevers.”* Voor het overige kent het ontwerp geen bepalingen over de positie van de statutair bestuurder. Het ontwerp uit 1809 is nimmer tot wet verheven in verband met de invoering van de Franse wetgeving.

De voortzetting van de codificatie na de onafhankelijkheid in 1813 begint in 1815 met een ontwerp van de Commissie Van Gennep dat uiteindelijk pas in 1822 wordt ingediend.<sup>101</sup> Evenals in het ontwerp uit 1809 zijn de artikelen 29 en 30 aan de bestuurders van de vennootschap gewijd. Het enige verschil tussen de ontwerpen 1809 en 1822 is de terminologie: *“bestuurders”* in plaats van *“gemagtigden of opzigters”* en de toevoeging van de commissarissen. Voor het overige zijn de bepaling identiek

99 Ingediend door een commissie bestaande uit M.S. Asser, A. van Gennep en J. van der Linden op 8 juni 1809.

100 De commissie was benoemd bij Koninklijk Besluit van 29 oktober 1808 nadat een eerder door koning Lodewijk Napoleon benoemde commissie had geconcludeerd tot vaststelling van een afzonderlijk wetboek van koophandel. Het ontwerp is in 1866 uitgegeven door T.M.C. Asser en voorzien van een voorrede van zijn hand: 'Het eerste ontwerp van een Nederlandsch wetboek van koophandel', 1866.

101 Dit ontwerp wordt op 17 januari 1815 aan de koning aangeboden. Het ontwerp wordt vervolgens herzien door een commissie van herziening en aangeboden op 6 februari 1818 waarna het in de Raad van State wordt behandeld. Pas vierenhalf jaar later, op 24 oktober 1822, wordt het ontwerp uiteindelijk ingediend bij de Tweede Kamer, Noordziek 1872, p. XV e.v.

aan de bepalingen uit 1809.<sup>102</sup> Uitgangspunt is lastgeving, maar een dienstbetrekking behoort tot de mogelijkheden (*'loontrekkende of voor niet arbeidende'*). In de behandeling in de Tweede Kamer is opgemerkt dat de woorden *'daartoe gesteld'* en *'herroepelijk zijnde'* geheel overtoellig zijn. Het verslag bevat geen verdere motivering van deze stelling.<sup>103</sup> Naar aanleiding van de behandeling in de Tweede Kamer is in 1925 opnieuw een ontwerp ingediend, in een gewijzigde redactie.<sup>104</sup> De terminologie verandert en de term *'compagnie'* wordt vervangen door *'vennootschap'*. De artikelen 29 en 30 uit het ontwerp 1822 zijn terug te vinden in de artikelen 12 en 13 van het ontwerp 1825 waarbij de woorden *'daartoe gesteld'* en *'herroepelijk zijnde'* zijn gehandhaafd. Het ontwerp uit 1825 wordt weliswaar bij wet afgekondigd,<sup>105</sup> maar is ten gevolge van de Belgische opstand nimmer in werking getreden.<sup>106</sup>

Vervolgens zijn er nog drie ontwerpen nodig om uiteindelijk een wettekst te kunnen vaststellen.<sup>107</sup> Het ontwerp van oktober 1835 wordt uiteindelijk door de Tweede Kamer aangenomen en leidt tot de wet van 26 december 1835, Stb. 44, ingevoerd met ingang van 1 oktober 1838.<sup>108</sup> De bepalingen over de bestuurder zijn zo goed als ongewijzigd ten opzichte van het ontwerp van 1825. Interessant is dat de herroepelijkheid van de aanstelling van de bestuurders juist duidelijker in de tekst is opgenomen in het uiteindelijke artikel 44 WvK 1838:

“De vennootschap wordt beheerd door daartoe, door de vennoten, aangestelde bestuurders, deelgenoten of andere, al dan niet loontrekkende, met of zonder toezigt van commissarissen. De bestuurders mogen niet onherroepelijk worden aangesteld.”

Door de Tweede Kamer is nog de vraag opgeworpen of het mogelijk is bij overeenkomst van de herroepelijkheid af te wijken door de aanstelling voor een vaste tijd te beperken zoals dat ook bij lastgeving kan. Dit standpunt is echter niet verder uitgewerkt. Uit de ondubbelzinnige formulering van de tweede volzin van artikel 44 WvK 1838 kan worden afgeleid dat het niet de bedoeling is geweest van de wetgever een situatie te creëren waarbij een vennootschap de aanstelling van een bestuurder niet meer zou kunnen herroepen.

102 Noordziek 1872, p. 12 en 14:

*“Art. 29. De naamloze compagnieschap wordt bestuurd door bestierders daartoe gesteld en herroepelijk zijnde, en de compagnieschap deelende of niet deelende, loontrekkende of voor niet arbeidende, hetzij met of zonder t toezigt van commissarissen.*

*Art. 30. De bestuurders en de commissarissen, waar deze aanwezig zijn, zijn niet verder verantwoordelijk, dan wegens de uitvoering van den last, dien zij ontvangen hebben. Zij worden door hunnen beheering, noch persoonlijk, noch voor het geheel, uit krachte van de verbindtenissen der compagnieschap, aan derden verbonden, onverminderd de verplichting tot verantwoording aan hunnen lastgevers.”*

103 Noordziek 1872, p. 329.

104 Ingediend op 20 oktober 1825, Voorduin 1840, p. 88 e.v.

105 Wet van 23 maart 1826, Stb. 20.

106 Bij KB van 5 januari 1831, Stb. 1 is de invoering opgeschort.

107 Ontwerpen van 17 december 1833, van 1 april 1835 en van 21 oktober 1835 (Voorduin 1840, p. 159, XLV, 104, 105, 147 en 223). Struikelblok was de ‘koninklijke bewilliging’ nodig om een vennootschap op te richten.

108 KB van 10 april 1838. Voor Limburg is de nieuwe wetgeving ingevoerd met ingang van 1 januari 1841, KB 10 oktober 1841, Stb. 43.

Dat in de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 44 WvK 1838 vrijwel geen aandacht is besteed aan de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder is niet verbazend. Ten eerste is er ten tijde van de totstandkoming nog geen sprake van een ontwikkeld arbeidsrecht zodat de vraag zich wellicht in het geheel niet heeft voorgedaan.<sup>109</sup> Verder is, terecht, de meeste aandacht uitgegaan naar de uitgangspunten die zouden moeten worden gehanteerd bij het vormgeven van een Wetboek van Koophandel in het algemeen en het vennootschapsrecht in het bijzonder.

### 2.3.4 De herziening van het Wetboek van Koophandel in 1929

#### 2.3.4.1 De voorbereidingen: ontwerp 1871 en ontwerp 1890

Met de herziening van het Wetboek van Koophandel 1838 wordt al een voorzichtig begin gemaakt in 1871. De toenmalige minister van justitie dient dan een wetsontwerp in dat zo slecht wordt ontvangen door de Tweede Kamer dat het nog hetzelfde zittingsjaar wordt ingetrokken. Heikel punt was de afschaffing van het preventieve staatstoezicht (de 'koninklijke bewilliging'). Opvallend is dat in het ontwerp is opgenomen dat het bestuur voor een periode van maximaal vijf jaar wordt benoemd. De benoeming kan worden ingetrokken binnen de termijn van vijf jaar. Na vijf jaar bestaat de mogelijkheid van herverkiezing tenzij de statuten anders bepalen.<sup>110</sup> Na intrekking van dit wetsvoorstel is in 1879 een staatscommissie ingesteld die zich moet buigen over een herziening van het Wetboek van Koophandel 1838.<sup>111</sup> In 1890 biedt de Staatscommissie haar ontwerp aan de koning aan.<sup>112</sup> De artikelen 84, 85 en 86 die zijn gewijd aan de positie van de bestuurders verschillen op twee punten van het Wetboek van Koophandel 1838. In artikel 85 staat dat de ontslagen bestuurder recht heeft op een schadeloosstelling indien hij zonder gegronde reden is ontslagen. Ook is in het ontwerp opgenomen dat alleen natuurlijke personen tot bestuurder van een vennootschap kunnen worden benoemd:

“Art. 84. De benoeming en het ontslag der bestuurders en de vaststelling hunner bezoldiging geschieden door de algemeene vergadering.

Art. 85. De algemeene vergadering is te allen tijde bevoegd bestuurders te ontslaan, ook indien de aanstelling voor een bepaalde tijd heeft plaats gehad.

Wordt zoodanig ontslag gegeven zonder gegronde redenen en in strijd met aangegane bedingen, dan heeft de ontslagene recht op schadeloosstelling, tot een bedrag door den rechter te bepalen.

Als gegronde redenen worden beschouwd zoowel die welke bij het beding als zoodanig zijn aangewezen, als die welke naar 's rechters oordeel genoegzaam gewichtig zijn.

Art. 86. Alleen natuurlijke personen zijn tot bestuurders eener naamlooze vennootschap benoembaar.

Ook zij, die geen aandeelhouders zijn, kunnen tot bestuurders worden benoemd.”<sup>113</sup>

109 Vgl. paragraaf 2.2.

110 Huussen-de Groot 1976, p. 125 en 126.

111 Koninklijk besluit van 22 november 1879, nr. 26.

112 Zie voor de tekst van het ontwerp Belinfante 1891.

113 Belinfante 1891, p. 43.

In de memorie van toelichting<sup>114</sup> op het ontwerp 1890 is vermeld dat de beginselen zoals die ten grondslag liggen aan artikel 44 WvK 1838 zijn gehandhaafd. Volgens de memorie van toelichting wordt door het eerste lid van artikel 85 de tot dan toe bestaande onzekerheid over het voortijdig afbreken van een aanstelling voor bepaalde tijd weggenomen: dat is toegestaan. De toelichting zwijgt over de in het tweede lid genoemde schadeloosstelling in geval van een ontslag zonder gegronde reden. Ik leid hieruit af dat een dergelijke schadeloosstelling ten tijde van het ontwerp kennelijk niet ongebruikelijk is, ook al bepaalt het WvK 1838 daarover niets. Zou de schadeloosstelling volkomen nieuw zijn, dan had het voor de hand gelegen dat in de toelichting daarover iets was opgenomen. Het voorstel alleen natuurlijke personen als bestuurder te kunnen laten benoemen heeft tot doel de sanctie van de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders niet illusoir te maken. Het ontwerp is nimmer in de Tweede Kamer ingediend.

#### 2.3.4.2 Het ontwerp 1910

In 1910 dient minister Nelissen opnieuw een ontwerp in tot wijziging van het Wetboek van Koophandel 1838.<sup>115</sup> Inmiddels is ook de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 aangenomen en in werking getreden en dat is terug te zien in de ontwerp-bepalingen. Het voorgestelde artikel 48<sup>116</sup> (vervanging van artikel 44 WvK 1838) bepaalt met zoveel woorden dat de bestuurder niet alleen lasthebber is, maar ook arbeider in dienst van de vennootschap, tenzij “*bij de akte van oprichting of bij overeenkomst*” is bepaald dat de bestuurder geen loon geniet. Ook wordt de relatie tussen het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht benoemd: als de bestuurder tevens arbeider is, is iedere bepaling in de akte van oprichting die in een arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder nietig zou zijn, eveneens nietig. Het omgekeerde geldt overigens ook: in de (arbeids)overeenkomst mag niet worden afgeweken van een ‘wettige bepaling der akte van oprichting’. In artikel 48a van het ontwerp 1910 is, in navolging van het ontwerp 1890 van de Staatscommissie, opgenomen dat slechts natuurlijke personen tot bestuurder kunnen worden benoemd. In de memorie van toelichting<sup>117</sup> wordt een en ander uitgelegd. Vooropgesteld wordt dat sprake is van een “*dubbelslachtige rechtsbetrekking*”: enerzijds vertegenwoordigt de bestuurder de vennootschap, anderzijds is hij bij haar in dienst. Vervolgens legt de wetgever uit waarom het loonvereiste is opgenomen. In de praktijk komt het voor dat bestuurders geen loon ontvangen, maar slechts dividend op de aandelen die de bestuurder zelf in de vennootschap heeft, van loon is dan geen sprake. Gelet op de definitie van (toen nog) artikel 1637a BW kan zonder loon geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Ook wordt nog gepreciseerd dat het erom gaat dat de bestuurder het loon ook daadwerkelijk ontvangt. Het enkele opnemen van

114 Belinfante 1891, p. 107.

115 Zie voor dit ontwerp Belinfante 1929.

116 Belinfante 1929, p. 21.

117 Belinfante 1929, p. 85 en 86.

een salaris in de 'akte van oprichting' is niet voldoende. Over de wisselwerking tussen het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht zegt de memorie van toelichting het volgende:

"De bestuurder staat tot de vennootschap in eene rechtsbetrekking die niet op de akte van oprichting is gegrondvest, althans die bestuurder die niet bij de akte van oprichting is benoemd. Wat hem betreft zou de overeenkomst tusschen vennootschap en bestuurder mitsdien bedingen kunnen bevatten, afwijkende van de voorschriften der akte van oprichting. Doch de vennootschap kan geene handeling wettiglijk verrichten, die strijden tegen eenen bepaling harer akte van oprichting. Het tweede lid verklaart mitsdien dergelijke bedingen, ten behoeve van de bestuurder gesloten, nietig.

Deze bepaling nu vordert een tegenhanger: mag de arbeidsovereenkomst niet afwijken van de akte van oprichting, dan mag deze laatste ten opzichte van de bestuurder niet voorschriften bevatten, die in een schriftelijke arbeidsovereenkomst niet vervat zouden mogen zijn. De akte beheerscht krachtens het tweede lid de arbeidsovereenkomst: het derde lid leert haar zichzelf te onthouden van gebreken, die in de overeenkomst, aan haar onderworpen, niet zouden worden geduld."

Ook de bepaling omtrent het ontslag van de bestuurder is gewijzigd. De redactie van artikel 85 ontwerp 1890 keert niet terug. Artikel 48d ontwerp 1910 bepaalt slechts dat iedere bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders kan worden ontslagen. 'Te allen tijde' is vervallen evenals de bepaling over de schadeloosstelling. Uit de memorie van toelichting blijkt overigens dat deze uitgangspunten nog wel gelden. De bepaling dat de vennootschap de bestuurder altijd kan ontslaan wordt onmisbaar geacht en overigens geheel in lijn met de nieuwe regeling van de arbeidsovereenkomst "*waarbij in het algemeen den werkgever (...) bevoegd wordt verklaard zich te allen tijde van de arbeider te ontdoen, mits hem, indien geene dringende redenen daarvoor aanwezig zijn, eene nader omschreven schadeloosstelling toekennende (artikel 1633o<sup>118</sup> Burg. Wetb.)*." Het opnemen van de verplichting een schadeloosstelling te voldoen bij afwezigheid van een grondige reden zoals in het ontwerp 1890 wordt gedaan, is volgens de memorie van toelichting 1910 een herhaling van het burgerlijk recht in het geval de bestuurder krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam is. De mogelijkheid dat een bestuurder voor zichzelf op voorhand een zeer hoge schadeloosstelling bedingt is in de memorie van toelichting voorzien. Ook in dat geval biedt het arbeidsrecht soelaas: artikel 1639r BW bepaalt immers dat in dat geval de rechter de schadeloosstelling kan matigen tot het wettelijk verschuldigde.

---

118 Bedoeld is artikel 1639o in plaats van 1633o.

### 2.3.4.3 Het ontwerp 1925 en het nader gewijzigd ontwerp 1927

Pas in 1919 zendt de Tweede Kamer het verslag naar aanleiding van het ontwerp 1910 aan de minister. Het antwoord van de Minister van Justitie komt in 1925, vergezeld van een nieuw ontwerp.<sup>119</sup> In dat nieuwe ontwerp keert artikel 48 ontwerp 1910 waarin de arbeidsovereenkomst met zoveel woorden is genoemd niet meer terug. De Tweede Kamer wijst er in het verslag op dat de dubbelslachtige rechtsbetrekking tot moeilijkheden leidt bij het bepalen van de competente rechter. Geschillen die op de lastgeving betrekking hebben zouden dan bij de rechtbank aanhangig gemaakt moeten worden en geschillen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien bij de kantonrechter. Sommige leden menen dat geschillen tussen een bestuurder en de vennootschap meer thuishoren bij de rechtbank dan bij de kantonrechter. Andere leden zijn kritisch over de lastgeving. Zij menen dat de verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder er een is van werknemer en werkgever waaruit ook de bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan voortvloeien. Deze leden zijn van oordeel dat de wet niet een verhouding van lastgeving kan scheppen waar zij in werkelijkheid niet aanwezig is. De minister begeeft zich niet in de discussie over de duiding van de verhouding tussen bestuurders en de vennootschap en stelt dat niet bij wet moet worden uitgemaakt wat de verhouding tussen partijen is. Waar dat wel moet worden uitgemaakt, blijkt niet uit het antwoord van de minister. Wat de rechterlijke competentie betreft is de minister van oordeel dat de kantonrechter altijd de competente rechter zou moeten zijn. Hiertoe is in het gewijzigd ontwerp ook een bepaling opgenomen. Ook het verbod op rechtspersonen als bestuurder vervalt, conform de wens van de Tweede Kamer, in het gewijzigde ontwerp van 1925. Het moet mogelijk zijn dat een naamloze vennootschap een ander naamloze vennootschap als bestuurder benoemt. Op de bestuurders van de vennootschap-bestuurder rusten dan dezelfde verplichtingen als waren zij persoonlijk bestuurder.

Een laatste verschil tussen het ontwerp uit 1925 en dat uit 1910 is de invoering van het matigingsrecht voor de rechter in het geval dat de vennootschap bij ontslag van de bestuurder een schadeloosstelling verschuldigd is die de rechter bovenmatig voorkomt. De Kamer wijst er in het verslag op dat de toepassing van de arbeidsrechtelijke regeling voor de schadeloosstelling aanleiding geeft tot moeilijkheden indien sprake is van een aanstelling voor bepaalde tijd. De Kamer stelt voor de rechter een matigingsrecht te geven, of de schadevergoeding uit te sluiten als het ontslag het gevolg van ongeschiktheid is. De minister antwoordt dat hij voornemens is artikel 1639r BW op dit punt aan te passen. Zolang dit voornemen zich nog niet heeft gerealiseerd, wordt voor de bestuurders als speciale voorziening een matigingsrecht voor de rechter opgenomen. De minister ziet hiertoe temeer aanleiding omdat zonder een matigingsrecht de bevoegdheid om de bestuurder te allen tijde te ontslaan niet tot haar recht komt. De speciale voorziening kan komen te vervallen als artikel 1639r BW wordt aangepast.

<sup>119</sup> Zie Belinfante 1929 p. 211-145 voor het gewijzigd ontwerp en p. 146-236 voor het verslag van de Commissie van voorbereiding van de Tweede Kamer en de reactie van de minister.

Naar aanleiding van de reacties op het ontwerp 1925 is door de toenmalige minister Donner in 1927 een nader gewijzigd ontwerp aan de Tweede Kamer gezonden.<sup>120</sup> De bepalingen over de positie van de bestuurder zijn op één uitzondering na slechts verplaatst of redactioneel gewijzigd. De inhoudelijke verandering betreft de rechterlijke competentie. Is in het ontwerp van 1925 de kantonrechter nog de bevoegde rechter, in het ontwerp van 1927 is dat de rechtbank geworden. Dit gewijzigde ontwerp is uiteindelijk aangenomen door de beide kamers, bij wet van 2 juli 1928 vastgesteld en op 1 april 1929 in werking getreden.<sup>121</sup>

#### 2.3.4.4 *Tussenconclusie*

De wijziging van het WvK 1838 is een langdurig proces geweest. De rechtspositie van de bestuurder lijkt geen grote rol te hebben gespeeld bij ontwerpen, toelichtingen en beraadslagingen. Het is duidelijk dat na de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst meer aandacht is geweest voor de 'werknemerskant' van de bestuurder. De wetgever heeft in eerste instantie als uitgangspunt genomen dat het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht gelijkelijk toepassing vinden en elkaar niet mogen bijten. Betoogd zou kunnen worden dat hierin verandering is gekomen door de invoering van het matigingsrecht voor bestuurder-werknemers en niet voor de overige werknemers, hoewel het blijkens de toelichting wel de bedoeling was het matigingsrecht voor gewone werknemers in te voeren. Het was logischer geweest indien de wetgever artikel 1639r BW had aangepast in plaats van de bepalingen in het Wetboek van Koophandel. Wat daarvan zij, nergens blijkt uit dat de wetgever voor de bestuurders uit principieel oogpunt andere arbeidsrechtelijke regels wil doen gelden. Het valt op dat bij de totstandkoming van het WvK en de wijzigingen door de wetgever uitdrukkelijk wordt stilgestaan bij de 'dubbelslachtige rechtsverhouding van de bestuurder' en later ook bij de Wet op de arbeidsovereenkomst. Nergens blijkt uit dat het vennootschapsrecht voor het arbeidsrecht zou moeten gaan.

### 2.3.5 *Relevante wijzigingen in de jaren '70 van de 20<sup>e</sup> eeuw*

#### 2.3.5.1 *Wijziging van het enquêterecht*

Titel 8 afdeling 2 van Boek 2 BW regelt het recht van enquête. Het enquêterecht geeft de mogelijkheid gedragingen van het bestuur en de raad van commissarissen of het beleid van de algemene vergadering van aandeelhouders of een ander orgaan te onderzoeken. Hiertoe is uitsluitend bevoegd de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. De oorspronkelijke enquêteregeling is ingevoerd bij de herziening van het Wetboek van Koophandel in 1929. Die regeling kent nog niet de mogelijkheid tot het treffen van voorzieningen in het geval wanbeleid wordt geconstateerd. Deze leemte is met de wijziging van het enquêterecht in 1971

<sup>120</sup> Belinfante 1929, p. 237-276.

<sup>121</sup> Wet van 2 juli 1928, *Stb.* 216 en KB 8 september 1928, *Stb.* 364.

opgevuld.<sup>122</sup> In artikel 54 WvK (thans artikel 2:355 BW) wordt opgenomen dat de Ondernemingskamer op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers tot een enquête voorzieningen kan treffen. Onder de mogelijke voorzieningen, opgesomd in artikel 54a WvK (nu artikel 2:356 BW) valt de tijdelijke benoeming van een bestuurder of de schorsing of het ontslag van bestuurders. Of hiermee ook wordt gedoeld op het arbeidsrechtelijke ontslag van de bestuurder is, in ieder geval uit de parlementaire geschiedenis, niet op te maken. De memorie van toelichting zwijgt hierover, evenals de overige kamerstukken.<sup>123</sup>

In 1994 heeft een volgende belangrijke wijziging plaatsgehad. In dat jaar is artikel 2:349a lid 2 BW ingevoerd,<sup>124</sup> op grond waarvan de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen kan treffen in enquêteprocedures, ook als het onderzoek nog niet is gelast.

Per 1 januari 2013 is de Wet aanpassing enquêterecht<sup>125</sup> in werking getreden. Het wetgevingstraject is in 2009 aangevangen met een consultatieronde.<sup>126</sup> In de conceptmemorie van toelichting wordt net als in de eerdere wetgeschiedenis van de artikelen 2:344 e.v. BW geen aandacht besteed aan de dubbele binding van de bestuurder. In het verdere wetgevingstraject is evenmin fundamenteel aandacht besteed aan de positie van de bestuurder.<sup>127</sup> Samengevat worden de volgende wijzigingen doorgevoerd: (i) de drempels om een enquêteverzoek te doen worden gewijzigd, (ii) ook de rechtspersoon zelf en de curator krijgen de bevoegdheid een enquête aan te vragen, (iii) enkele procedurele wijzigingen, (iv) de toe te passen norm om een onderzoek te kunnen bevelen of om wanbeleid vast te stellen wordt enigszins gewijzigd en (v) de kosten die onderzoekers of tijdelijk aangestelde functionarissen die aansprakelijk worden gesteld maken, kunnen de kosten van hun verweer verhalen.

122 Wet van 10 september 1970, *Stb.* 411. Inwerkingtreding 1 januari 1971, KB 30 oktober 1970, *Stb.* 532.

123 De Ondernemingskamer is zelf van oordeel dat zij ook een arbeidsrechtelijk ontslag kan bewerkstelligen. In de literatuur vindt deze opvatting eveneens navolging. De Hoge Raad heeft zich er echter nog niet over uitgelaten. Aan de parlementaire geschiedenis kunnen in ieder geval geen argumenten worden ontleend voor dit standpunt. Ook niet voor het tegengestelde standpunt overigens, maar het ligt naar mijn oordeel in de rede dat indien de wetgever beoogt het gesloten ontslagstelsel te doorbreken, dit expliciet wordt benoemd en niet aan uitleg van de parlementaire geschiedenis wordt overgelaten. Zie verder over de rol van de Ondernemingskamer hoofdstuk 4 paragraaf 4.2.1.3, hoofdstuk 5 paragraaf 5.6 en hoofdstuk 6 paragraaf 6.2.5.

124 Wet van 8 november 1993, *Stb.* 1993, 597 (i.w.tr. 1 januari 1994).

125 Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 274, (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 32 887).

126 Op 29 oktober 2009 is de Minister van Justitie de consultatieronde gestart [www.internetconsultatie.nl/enqueterecht](http://www.internetconsultatie.nl/enqueterecht).

127 Wel is ingevoerd dat door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoekers, bestuurders en commissarissen de kosten van hun verweer kunnen verhalen indien zij aansprakelijk worden gesteld. Dit is voor de gekozen onderzoeksvragen niet van belang.



### 2.3.5.2 1971: de nieuwe rechtsvorm 'besloten vennootschap' en de structuurregeling

Bij wet van 3 mei 1971 is de besloten vennootschap ingevoerd.<sup>128</sup> Deze geheel nieuwe rechtsvorm is volledig gemodelleerd naar de naamloze vennootschap. Ook de bepalingen met betrekking tot het bestuur<sup>129</sup> zijn bij de invoering gelijk aan de artikelen die gelden voor de naamloze vennootschap. In de parlementaire geschiedenis is geen enkel woord gewijd aan de positie van de bestuurders.<sup>130</sup> In het ten tijde van de invoering van de besloten vennootschap geldende Wetboek van Koophandel is voor de meeste onderwerpen volstaan met een verwijzing naar de bepalingen over de naamloze vennootschap, pas bij de omzetting van het Wetboek van Koophandel naar Boek 2 BW is de hele regeling uitgeschreven.

De structuurregeling, neergelegd in Boek 2 titel 4, afdeling 6 BW voor de naamloze vennootschap en in titel 5 afdeling 6 voor de besloten vennootschap, is eveneens in mei 1971 ingevoerd.<sup>131</sup> De structuurregeling voorziet in een wettelijke scheiding tussen bestuur en toezicht. Het toezicht berust bij de raad van commissarissen aan wie bij de invoering van de structuurregeling ten koste van de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegdheden zijn toegekend. De gedachte hierachter is dat in vennootschappen die een grote onderneming drijven de functie van kapitaalverschaffing (door de aandeelhouders) duidelijk wordt onderscheiden van de functie van het leiding geven aan de onderneming. Als het kapitaal wordt aangetrokken van buiten een beperkte kring, soms zelfs via de anonieme kapitaalmarkt, zullen aandeelhouders meer de rol van beleggers krijgen en minder als mede-ondernemer worden gezien. De doeltreffendheid van het toezicht van de aandeelhouders op het bestuur wordt daarmee verzwakt. Een tweede reden om de structuurregeling in te voeren is het introduceren van een vorm van medezeggenschap door de ondernemingsraad invloed toe te kennen op de samenstelling van de raad van commissarissen.<sup>132</sup> Het versterken van de raad van commissarissen is gebeurd door aan dat orgaan een aantal bevoegdheden toe te kennen waaronder het benoemen, schorsen en ontslaan van bestuurders. Voor de bestuurders betekent dit dus dat hun ontslag en benoeming geen bevoegdheid meer is van de algemene vergadering van aandeelhouders, maar van de raad van commissarissen (artikelen 2:162 en 272 BW).

Voor het onderwerp van dit onderzoek maakt het weinig verschil of de bestuurder door het ene of door het andere orgaan wordt benoemd en ontslagen.<sup>133</sup> Wel is het zo

128 Wet van 3 mei 1971 *Stb.* 286. Inwerkingtreding 29 juni 1971, KB 1 juni 1970, *Stb.* 363.

129 Bij de invoering waren dat de artikelen 57 t/m 57w en 58 t/m 58g WvK. In de huidige wetgeving is de positie en de taak van het bestuur van de besloten vennootschap geregeld in titel 5, afdeling 5 van boek 2 BW.

130 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 689, nr 1-5 en 1970/71, 10 689, nr 6-23; *Kamerstukken I* 1970/71, nr. 164 e.v.

131 Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 289.

132 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 7.

133 Zie ook hoofdstuk 4 paragraaf 4.2.1.1 en hoofdstuk 6 paragraaf 6.1.1: aangezien de raad van commissarissen, anders dan de algemene vergadering van aandeelhouders, tot taak heeft het belang van de vennootschap te dienen en de aandeelhouders dat niet hebben, zou er nog wel een verschil kunnen zijn bij toetsing van de houdbaarheid van het gegeven ontslag. Hierover is echter niets terug te vinden in de parlementaire geschiedenis.

dat spreiding van de besluitvorming (benoeming door het ene orgaan en bezoldiging vaststellen door een ander orgaan) de verhouding bestuurder-vennootschap compliceert. De positie van de bestuurder is in de memorie van toelichting en de verdere parlementaire behandeling niet aan de orde geweest.<sup>134</sup> Bij wet van 9 juli 2004<sup>135</sup> is de structuurregeling ingrijpend gewijzigd. Bij die gelegenheid zijn de uitgangspunten van de structuurregeling bevestigd en zijn er met name veranderingen aangebracht in de wijze waarop de commissarissen worden benoemd en ontslagen. De positie van de statutair bestuurder is opnieuw geen onderwerp van discussie.

### 2.3.5.3 Van het Wetboek van Koophandel naar het Burgerlijk Wetboek

Boek 2 BW is met ingang van 26 juli 1976 in werking getreden.<sup>136</sup> De omzetting van het Wetboek van Koophandel naar het Burgerlijk Wetboek heeft niet tot doel inhoudelijke veranderingen aan te brengen in de bepalingen van het vennootschapsrecht.<sup>137</sup> In de bepaling over het ontslag van de bestuurder vinden wel twee wijzigingen plaats die te maken hebben met de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder. In de Vaststellingswet<sup>138</sup> is opgenomen dat de matigingsbevoegdheid bij schadeloosstelling vervalt omdat deze inmiddels ook in het arbeidsrecht is opgenomen.<sup>139</sup> Voor de bestuurder verandert er in wezen dus niets, de matiging van de schadeloosstelling is nog steeds mogelijk, alleen nu op basis van het arbeidsrecht. Hiermee lijkt de positie van de statutair bestuurder, met uitzondering van het algemene opzegverbod, volledig gelijkgesteld te zijn met andere werknemers. Tegelijkertijd wordt echter een nieuwe uitzondering voor de bestuurder-werknemer opgenomen: herstel van de dienstbetrekking door de rechter is niet mogelijk. Aanleiding voor deze wijziging is de herziening van het ontslagrecht in 1954<sup>140</sup> waarbij als sanctie op een kennelijk onredelijk ontslag het herstel van de dienstbetrekking wordt ingevoerd. Het enige argument dat de wetgever aanvoert om deze sanctie niet voor bestuurders van toepassing te laten zijn is dat in het bestaande recht reeds wordt aangenomen dat de bepalingen omtrent het herstel van de dienstbetrekking niet gelden voor bestuurders.<sup>141</sup> Er wordt geen inzicht gegeven in de beweegredenen van de wetgever om bij de wijziging van het ontslagrecht in 1954 geen uitzondering op te nemen voor de statutair bestuurder terwijl zes jaar later deze uitzondering kennelijk wel wenselijk is en in het vennootschapsrecht wordt opgenomen.

134 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 1-4 en 1970/71, 10 751 nr. 5-40.

135 *Stb.* 370.

136 Wet van 22 juli 1976, *Stb.* 395.

137 Vgl. hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.2.

138 Wet van 12 mei 1960, *Stb.* 205.

139 Conform de bedoeling van de wetgever, vgl. paragraaf 2.3.4.3, voorlaatste alinea, van dit hoofdstuk.

140 Wet van 15 december 1953, *Stb.* 619, inwerkingtreding 1 juli 1954.

141 Van Zeben 1962, p. 626.

### 2.3.6 Recente ontwikkelingen

Uiteraard heeft het vennootschapsrecht vanaf 1976 niet stilgestaan. In de eerste plaats is vanaf 2002 een aantal wijzigingen doorgevoerd met betrekking tot de (openbaarmaking van) de bezoldiging.<sup>142</sup> De parlementaire geschiedenis van deze wetswijzigingen geeft geen blijk van aandacht voor de dubbele binding die de bestuurder met de vennootschap heeft. Voor een verdere bespreking van deze regelgeving wordt verwezen naar hoofdstuk 5. Voorts is een spreekrecht voor de ondernemingsraad<sup>143</sup> geïntroduceerd bij besluitvorming over benoeming, schorsing, het bezoldigingsbeleid en ontslag. De spreekrechten, of standpuntbepalingsrechten, zijn ingevoerd met als doel werknemers (via de ondernemingsraad) invloed te geven op besluitvorming in de vennootschap en zo de dialoog tussen de ondernemingsraad en de bevoegde organen te bevorderen. Langs die weg wordt het draagvlak van de betreffende besluiten vergroot.<sup>144</sup> Ook in de parlementaire geschiedenis van deze wet is niets terug te vinden over de rechtspositie van de bestuurder.

Een tweetal recente wetswijzigingen kan in dit overzicht van de parlementaire geschiedenis niet onbesproken blijven:

#### 2.3.6.1 Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht<sup>145</sup>

De Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht is onderdeel van de bredere modernisering van het ondernemingsrecht.<sup>146</sup> De flexibilisering van het BV-recht heeft tot doel bestaande knelpunten op te lossen en de regels voor de BV te vereenvoudigen. Er komt een grotere vrijheid bij de inrichting van de statuten. De wet brengt positiefrechtelijke wijzigingen voor de positie van de BV-bestuurder mee in de artikelen 2:239 lid 4 BW (aanwijzingsbevoegdheid), 2:242 en 243 BW (tot benoeming bevoegd orgaan en regels over – bindende – voordrachten, zie hoofdstuk 4) en 2:244 BW (tot ontslag bevoegde orgaan, zie hoofdstuk 6).

142 Zie de Wet openbaarmaking bezoldiging bestuurders, *Stb.* 2002, 224, de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens, *Stb.* 2006, 95 en de wet Harrewijn, *Stb.* 2006, 286, de Wet van 11 december 2008 tot wijziging van enige belastingwetten (Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen), *Stb.* 2008, 547.

143 Wet tot wijziging van Boek 2 in verband met de invoering van een recht voor de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten en besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 250. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877. Inwerkingtreding 1 juli 2010 (*Stb.* 2010, 251).

144 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 877, nr. 3 p. 1, 3 en 4.

145 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 1 oktober 2012 (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; (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 31 058).

146 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 752, nr. 2 (*Nota modernisering ondernemingsrecht*). Naast de herziening van de structuurregeling en de invoering van de personenvennootschap is het wetsvoorstel Flexibilisering BV-recht de derde pijler van de modernisering van het ondernemingsrecht.

Met name van belang is het ambtelijk voorontwerp dat voorafgaand aan het formele wetgevingstraject ter consultatie is aangeboden.<sup>147</sup> Hoewel het ambtelijk voorontwerp uiteraard voornamelijk ziet op het BV-recht wordt ook een voorstel gedaan om artikel 2:132 BW te wijzigen. Voorgesteld wordt een nieuw lid toe te voegen aan artikel 2:132 BW waarin een vaste benoemingstermijn (vier jaar) voor bestuurders wordt bepaald en artikel 7:668a BW buiten toepassing wordt verklaard:

“Tenzij bij de benoeming anders is bepaald, worden bestuurders benoemd voor een periode van vier jaren. Na afloop van deze periode kan een bestuurder worden herbenoemd. Artikel 668a van Boek 7 is niet van toepassing. De eerste, tweede en derde zin gelden niet voor bestuurders van een naamloze vennootschap waarvan de statuten uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten en niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven.”

Dit tekstvoorstel is een uitvloeisel van de toezegging van het kabinet dat de in de corporate governance code wenselijk geachte benoemingsperiode van vier jaar zal worden gefaciliteerd.<sup>148</sup> De grondslag voor de uitsluiting van artikel 7:668a BW is blijkens de toelichting op het ambtelijk voorontwerp het voorkomen van de mogelijkheid dat de algemene vergadering van aandeelhouders zich bij de besluitvorming over herbenoeming zou laten leiden door het feit dat herbenoeming zou leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en niet door het functioneren van de bestuurder. Dit is een variant op de overweging die ten grondslag ligt aan de invoering van het matigingsrecht in 1929: het moet te allen tijde mogelijk zijn van de bestuurder af te kunnen en hoge kosten (zoals een schadeloosstelling of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die moet worden beëindigd) staan daaraan in de weg.

In het uiteindelijke wetsvoorstel is deze tekst niet meer opgenomen omdat ten tijde van het indienen van het wetsvoorstel inmiddels ook het wetsvoorstel *Aanpassing bestuur en toezicht in voorbereiding* is (zie hieronder).<sup>149</sup>

### 2.3.6.2 *Wet Aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen*<sup>150</sup>

De meest opvallende recente wijziging van de rechtspositie van de bestuurder is de toevoeging van een derde lid aan artikel 2:132 BW per 1 januari 2013 door de *Wet aanpassing bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen*.<sup>151</sup> Dit derde lid bepaalt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap geen arbeidsovereenkomst is. De totstandkoming van deze bepaling is opmerkelijk. Het ambtelijk voorontwerp van de wet bevat een

147 Het voorontwerp bestaat uit drie tranches. Voor dit onderzoek is de eerste tranche van belang: *Organestructuur en bevoegdheden, aandelen en certificaten*. Het voorontwerp is gepubliceerd op [www.ez.nl](http://www.ez.nl).

148 Brief van 1 maart 2004, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 449, nr. 1.

149 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 11.

150 Wetsvoorstel *Bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen*, (parlementaire behandeling: *Kamerstukken 31 948*).

151 Wet van 6 juni 2011, *Stb 2011*, 275, inwerkingtreding 1 januari 2013.

verdergaande wijziging, in lijn met het eerdere voorstel in het ambtelijk voorontwerp Flexibilisering BV-recht.<sup>152</sup> Voorgesteld wordt zowel voor de BV als de NV te bepalen dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap niet wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Ook wordt voorgesteld de benoeming voor bepaalde tijd dwingendrechtelijk voor te schrijven.

Beide voorstellen zijn niet teruggekeerd in het uiteindelijk wetsontwerp dat op 6 november 2009 is ingediend.<sup>153</sup> Reden voor het vervallen van de voorstellen is volgens de Minister van Justitie dat de respondenten ofwel de gevolgen onvoldoende kunnen overzien ofwel tegen het voorstel zijn omdat het de positie van statutair bestuurders teveel aantast.<sup>154</sup> Wel kondigt de Minister van Justitie aan het voorstel de relatie van de bestuurder met de vennootschap niet langer als een arbeidsovereenkomst aan te merken afzonderlijk nader te bespreken. Het voorstel de benoeming voor bepaalde tijd dwingendrechtelijk voor te schrijven is geheel van de baan.<sup>155</sup> De nadere afzonderlijke bespreking komt in de parlementaire geschiedenis niet meer terug. Wel wordt een deel van de voorgestelde wijziging alsnog in de wet opgenomen via een op de valreep ingediend amendement.<sup>156</sup> Hieronder worden de overwegingen van de regering en de indieners van het amendement weergegeven.

#### *Voorontwerp*

De algemene doelstelling van het voorontwerp is het verschaffen van een wettelijke basis aan een monistisch bestuursmodel om de (internationale) bruikbaarheid van de NV en BV als rechtsvorm te vergroten. Met betrekking tot de rechtspositie van de bestuurder worden twee aanbevelingen van de Commissie Tabaksblat overgenomen: de benoeming voor bepaalde tijd wordt dwingendrechtelijk voorgeschreven (artikel 2:132/242 lid 1 BW) en de bestuurder valt niet meer onder het arbeidsrecht (artikel 2:132/242 lid 3 BW). Beide wijzigingen zijn bedoeld voor *alle* vennootschappen, niet uitsluitend voor beursgenoteerde vennootschappen. Ratio van de verplichte benoeming voor bepaalde tijd (vier jaar, tenzij statutair anders bepaald) is dat het van belang is dat de positie en het functioneren van de bestuurder eens in de zoveel tijd automatisch op de agenda komen. Ratio voor de afschaffing van de arbeidsovereenkomst voor bestuurders is blijkens de concept-memorie van toelichting het opheffen van de nadelen die de arbeidsovereenkomst met zich brengt, meer in het bijzonder de volgende drie nadelen:

- i. wettelijke opzegverboden staan in de weg aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst;
- ii. het afsluiten van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is begrensd door artikel 7:668a BW;

152 Het ambtelijk voorontwerp en de bijbehorende memorie van toelichting d.d. 13 maart 2008 zijn vinden op [www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/aanpassing-bestuur-en-toezicht-in-nv-en-bv](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/aanpassing-bestuur-en-toezicht-in-nv-en-bv).

153 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 2 en 3.

154 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 6.

155 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7.

156 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 10, amendement leden Weekers en Van Vroonhoven-Kok.

- iii. de corporate governance-norm met betrekking tot de maximale hoogte van een ontslagvergoeding kan onder het arbeidsrecht niet worden afgedwongen.

Zou aan de aanbevelingen van de Commissie Tabaksblat tegemoet worden gekomen (door het wegnemen van de 'nadelen' (ii) en (iii)), dan wordt de arbeidsrechtelijke bescherming van de bestuurder – verder – uitgehold. Het is de vraag wat de meerwaarde van het arbeidsrecht nog is, aldus de concept-memorie van toelichting. Uit dat concept blijkt voorts dat het wel mogelijk moet blijven dat in concernverhoudingen de bestuurder van de dochter een arbeidsovereenkomst met de moeder-vennootschap heeft. De uitgesproken ratio is aldus – kort gezegd – het vergroten van de mogelijkheid de Code Tabaksblat na te leven.

De onuitgesproken ratio gaat verder. Het voorstel beoogt immers alle arbeidsrechtelijke belemmeringen om bestuurders te ontslaan voor alle vennootschappen weg te nemen. Dit gaat verder dan de Code Tabaksblat aanbeveelt. Kennelijk is de achterliggende gedachte dat de vennootschapsrechtelijke regel dat de bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen in het huidige stelsel te veel hinder ondervindt van de beschermende bepalingen in het arbeidsrecht. Hinder die verder gaat dan het niet kunnen implementeren van de Code Tabaksblat. Dat de bestuurder te allen tijde moet kunnen worden ontslagen, vloeit voort uit de rolverdeling binnen de vennootschap. De bestuurder heeft een vergaande invloed op het reilen en zeilen van vennootschap. Ingeval de eigenaren van de vennootschap – de aandeelhouders – daarover niet tevreden zijn, moeten zij niet noodgedwongen aan de bestuurder vastzitten, maar moeten zij op korte termijn het roer kunnen overgeven. De bestaande arbeidsrechtelijke bescherming maakt dat op zich niet onmogelijk, maar kan de (transactie)kosten van een ontslag wel opdrijven. Het vennootschapsrechtelijke ontslag kan immers altijd worden gegeven, waarmee het vervangen van de bestuurder juridisch-technisch op elk gewenst moment kan. Indien echter bij dat ontslag arbeidsrechtelijke normen worden geschonden, is het risico groot dat de beëindigingsvergoeding (door de rechter vastgesteld of in onderling overleg overeengekomen) hoger uitvalt. Hier gaat wellicht niet alleen een kostenverhogende, maar ook een belemmerende werking van uit. Een soepele ontslagmogelijkheid voor de vennootschap is dus zeker wenselijk voor de vennootschap (of misschien beter gezegd: voor haar aandeelhouders).

De onuitgesproken afweging die aan dit voorontwerp ten grondslag ligt, is dat dit vennootschappelijke belang zwaarder weegt dan het belang dat statutair bestuurders hebben bij arbeidsrechtelijke bescherming. De bestuurder kan wel voor zichzelf zorgen en heeft geen recht op/behoefte aan arbeidsrechtelijke bescherming, dat lijkt het stilzwijgende uitgangspunt van dit voorstel te zijn. Bij de bespreking van het amendement Weekers/Van Vroonhoven-Kok (zie hierna) is dit uitgangspunt ook uitgesproken door de regering, zie hierna.

Het valt op dat voor deze afweging met vergaande consequenties enige motivering ontbreekt. Dit is opvallend omdat bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst juist zo expliciet is overwogen dat ook de bestuurder belang heeft bij

arbeidsrechtelijke bescherming. Uiteraard is er iets voor te zeggen dat overwegingen van ruim honderd jaar oud niet meer passen bij de huidige maatschappelijke denkbeelden of rechtsopvattingen. Bij een zo ingrijpende (voorgenomen) wijziging van het uitgangspunt van het arbeidsovereenkomstenrecht zou verwacht mogen worden dat de regering duidelijk uiteenzet welke wijzigingen in de maatschappij of rechtsopvatting tot deze aanpassing hebben geleid. Het voorontwerp schiet hierin tekort. Er zijn immers meer (categorieën) werknemers die een goede tot zeer goede onderhandelingspositie op de arbeidsmarkt hebben en/of zeer hoge salarissen verdienen.

Als gezegd keren de voorstellen niet terug in het wetsvoorstel, maar brengt een amendement wel een wijziging aan in de positie van de bestuurder.

*Amendement 31 763, nr. 10, (Weekers/Van Vroonhoven-Kok)<sup>157</sup>*

Het amendement Weekers/Van Vroonhoven-Kok bewerkstelligt dat bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen geen arbeidsovereenkomst hebben. Het is daarmee beperkter dan het voorontwerp. De toelichting op het amendement is summier: de indieners willen de aanbevelingen van de Commissie Tabaksblat uitvoeren en voorkomen dat (falende) bestuurders met een beroep op hun arbeidsovereenkomst bij de rechter een hogere ontslagvergoeding kunnen bepleiten. Met het amendement wordt beoogd te breken met de praktijk dat falende bestuurders beloond kunnen worden. Voorts wordt verwezen naar het recht in onder meer België, Duitsland en Frankrijk waar de rechtsverhouding tussen bestuurder en vennootschap niet als arbeidsovereenkomst wordt beschouwd. Op basis van deze (zeer magere) overwegingen, heeft de wetgever dus besloten te breken met de gedachte van een uniforme regeling van de arbeidsovereenkomst. De regering verwoordt het in haar debat met Eerste Kamer als volgt:

“Het amendement dat in het kader van dit wetsvoorstel is aanvaard, plaats de bestuurders van beursvennootschappen buiten het arbeidsovereenkomstenrecht en heeft dus een wijdere strekking dan alleen het voorkomen van hoge vergoedingen. De arbeidsrechtelijke bescherming wordt voor dergelijke bestuurders niet noodzakelijk geacht vanwege hun onderhandelingspositie in de praktijk.”<sup>158</sup>

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is door de VVD-fractie aan de minister gevraagd of de bezwaren die bestonden tegen de regeling in het voorontwerp bij het amendement niet meer bestonden. De minister is er in de beantwoording van de vragen niet op teruggekomen.<sup>159</sup> Wel heeft de minister bevestigd dat een bestuurder van een beursvennootschap nog steeds een arbeidsovereenkomst met een dochtervennootschap kan hebben.<sup>160</sup>

157 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 10.

158 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 14.

159 *Handelingen I* 24 mei 2011, p. 6 l.k.

160 *Kamerstukken I* 2010-2011 31 763, C, p. 12.

Blijkens de toelichting op het amendement gaat het dus vooral om het voorkomen van te hoge ontslagvergoedingen. Als dat het enige is, dan had een maximum ontslagvergoeding voor beursgenoteerde bestuurders kunnen volstaan en is afschaffing van het arbeidsovereenkomstenrecht een te vergaande maatregel. Paradoxaal genoeg is de bij de Wwz ingevoerde maximumvergoeding van € 75.000 of een jaar-salaris als dat hoger ligt dan € 75.000 niet van toepassing op de beursbestuurder, die immers geen arbeidsovereenkomst meer heeft, maar een opdrachtovereenkomst.

### **2.3.7 Conclusie**

Voor 1929 is de dubbele rechtspositie van de bestuurder voor de vennootschapsrechtelijke wetgever begrijpelijkerwijs geen issue geweest: het arbeidsrecht was nauwelijks tot ontwikkeling gekomen ten tijde van de invoering van het WvK 1838. De wetgever uit 1929 erkent de mogelijkheid dat tussen de bestuurder en de vennootschap een arbeidsovereenkomst bestaat en gaat niet uit van een principieel verschil tussen de bestuurder-werknemer en de andere werknemers, zo is geconcludeerd in paragraaf 2.3.4.4. In de jaren '70 lijkt dit standpunt wat te gaan schuiven nu de arbeidsrechtelijke sanctie 'herstel van de dienstbetrekking' expliciet niet van toepassing wordt verklaard op bestuurders. De uitzonderingspositie voor bestuurders wordt niet opgenomen in het arbeidsrecht, maar in het vennootschapsrecht. Arbeidsrechtelijke overwegingen spelen geen rol.

In de meeste recente wetgevingstrajecten lijkt de wetgever omgegaan: de intentie is de bestuurder uit het arbeidsrecht te halen. Uiteindelijk is dit alleen doorgevoerd voor de bestuurder van beursgenoteerde vennootschappen. Opvallend is dat deze wijziging en de eerdere andere voorgestelde wijzigingen nauwelijks gemotiveerd zijn. Veel verder dan dat het arbeidsrecht het vennootschapsrecht hindert en niet voldaan kan worden aan de Corporate governance code lijkt de discussie niet te gaan. Met de invoering van artikel 2:132 lid 3 BW waarin nu is bepaald dat de bestuurder van beursgenoteerde vennootschappen geen arbeidsovereenkomst heeft, lijkt de discussie – hoe mager ook – beslecht. Hoewel dogmatisch gezien het uitzonderen van één type bestuurder eenzelfde inbreuk op de gedachte van een uniforme regeling van de arbeidsovereenkomst is, betreft het wel een uitzondering waar – ook bij tegenstanders van het uitzonderen van de bestuurder van het arbeidsrecht – het meeste begrip voor is. Dogmatisch gezien valt echter heel wat af te dingen op de nieuwe wet en de wijze waarop deze is ingevoerd. De onderhandelingspositie van de bestuurder is het enige argument dat is aangevoerd waarom de afweging van het belang van de bestuurder bij bescherming tegen het belang van de vennootschap bij een soepele ontslagmogelijkheid uitvalt in het voordeel van de vennootschap.