



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 4

Benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst

4.1 Inleiding

Tot de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht,¹ is de contractuele verhouding tussen elke bestuurder en zijn vennootschap doorgaans een arbeidsovereenkomst (zie ook hoofdstuk 1 paragraaf 1.3.1. De Wet bestuur en toezicht voegt aan artikel 2:132 BW een derde lid toe waarin is opgenomen dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap en die vennootschap niet als arbeidsovereenkomst kwalificeert.² De beursgenoteerde bestuurder, met uitzondering van bestuurders die onder het overgangsrecht vallen, verricht zijn werkzaamheden op basis van een opdrachtovereenkomst, net als de arbeidsovereenkomst een benoemde duurovereenkomst, geregeld in Boek 7 BW.

In dit hoofdstuk wordt het samenspel tussen de benoeming en het aangaan van de contractuele relatie nader bestudeerd. Uitgangspunt is daarbij dat een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Waar relevant zal worden stilgestaan bij de opdrachtovereenkomst en de positie van de beursgenoteerde bestuurder.

Zowel in jurisprudentie als in literatuur gaat de meeste aandacht uit naar de verhouding vennootschapsrecht-arbeidsrecht in ontslagsituaties. In de afgelopen jaren is ook de belangstelling voor de beloning/bezoldiging toegenomen, met name waar het gaat om de hoogte van de beloningen. De start van de verhouding tussen partijen, de benoeming en het aangaan van de (arbeids)overeenkomst, komt beduidend minder aan bod. Als de benoeming al aan de orde komt, is dat in het kader van een ontslag waarbij de bestuurder zich op het standpunt stelt nimmer bestuurder geweest te zijn

1 Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 2). Inwerkingtreding 1 januari 2013.

2 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.6 over de totstandkoming van dit nieuwe lid. Zie verder o.m.: Dortmond, Kroeze & Nowak 2010, p. 57-58, Nicolai & Koster 2010, Heerma van Voss 2010, Van Marwijk Kooij 2010.

omdat een geldig benoemingsbesluit ontbreekt en langs die weg meer ontslagbescherming probeert te realiseren. De inzet is dan veelal een bevoegdheidskwestie,³ of de toepasselijkheid van artikel 6 BBA.⁴ Een enkele keer komt de benoemingskwestie aan de orde in procedures over het doorhalen van een registratie in het handelsregister.⁵ Ook kan de vraag naar de benoeming aan de orde komen indien een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld op grond van Boek 2 BW.⁶ De vraag wat de gevolgen van gebreken in het benoemingsbesluit zijn voor (het bestaan van) de arbeidsovereenkomst is nimmer in de jurisprudentie aan de orde geweest. Ook in de in de literatuur ontwikkelde theorieën over de duiding van de dubbele band tussen de vennootschap en haar bestuurder/werknemer wordt weinig (fundamentele) aandacht besteed aan het ontstaan van de relatie.⁷

Dit hoofdstuk tracht deze leemte op te vullen en poogt een antwoord te geven op de vraag welke juridische verhoudingen tot stand komen door welke (rechts) handelingen en hoe die zich tot elkaar verhouden. Eerst wordt in paragraaf 4.2 kort stilgestaan bij de benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst in het algemeen. In paragraaf 4.3 komt de spanning tussen beide rechtshandelingen aan de orde. Na een overzicht van de opvattingen in de literatuur over de verhouding benoeming/aangaan arbeidsovereenkomst (4.3.1) wordt stilgestaan bij mogelijke gebreken in de benoeming of het sluiten van de arbeidsovereenkomst en bij de vraag of eventuele problemen kunnen of zouden moeten worden opgelost aan de hand van het samenloopleerstuk of het leerstuk van de gemengde overeenkomst (4.3.2).

4.2 De benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst

4.2.1 De benoeming

Zonder benoeming geen bestuurderschap. Benoeming kan alleen geschieden op de door de wet limitatief voorgeschreven wijzen.⁸ Een bestuurder kan op drie manieren worden benoemd: in de akte van oprichting, door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure en door een besluit van het bevoegde orgaan (de

3 Zie: Hof Amsterdam 29 maart 1990, *NJ* 1991, 81 (*Anholt/Fast Foto*); Ktr. Haarlem 29 september 1995, *JAR* 1995/240 (*Van Wel/Klavervier*); Ktr. Enschede, 3 juli 1998, *JAR* 1998/179 en *JOR* 1999/2 (*Huls/Fibex*); Hof Den Haag, 8 juli 1999, *JAR* 1999/177 (*Van den Meerendonk/Breur*) Rb. Oost-Nederland 20 maart 2013, *JAR* 2013/132 (*Sensient/Broekhuis*); Rb. Roermond (ktr.) 5 februari 2008, *JAR* 2008/85 m.nt. Beltzer (*Verstraaten/Flextronics*); Rb. Zutphen (ktr.) 28 februari 2008, *JAR* 2008/177 (*Fassin*); Ktr Rotterdam (vzr.) 9 januari 2014, *JAR* 2014/96 (*Van Keulen/Q-Shipping*).

4 Zie: Hof Amsterdam 23 oktober 2003, *JOR* 2004/7 en *JAR* 2003/277 (*Volgers/Invensys*); Rb. Arnhem (vzr.), 6 april 2007, *JIN* 2007/299 (*Wavrega*).

5 Zie: HR 2 juni 1977, *NJ* 1978, 238 m.nt. Ma (*Jacobus Recourt*); HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 109 m.nt. Ma, *JOR* 2001/1 m.nt. Van den Ingh (*Van Ekelenburg/Squamish*).

6 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 6 juli 2004, *JOR* 2006/173 m.nt. Dings (*Lammers/Curator*).

7 Zie hoofdstuk 1 paragraaf 1.4 en de literatuurverwijzingen aldaar.

8 De artt. 2:132, 162, 242, 272 en 356 BW waarin de benoeming van bestuurders van vennootschappen is geregeld zijn conform artikel 2:25 BW van dwingend recht.

algemene vergadering of de raad van commissarissen). De drie vormen worden hieronder besproken. De benoeming bij besluit is de meest voorkomende vorm van benoeming. Daar wordt in dit hoofdstuk dan ook de meeste aandacht aan besteed.

4.2.1.1 Benoeming bij besluit

Inleiding

Een bestuurder kan ingeschreven staan in het handelsregister als bestuurder en al jarenlang optreden als bestuurder, als er geen benoemingsbesluit is, is hij géén bestuurder geweest. Dat zonder benoemingsbesluit geen benoeming tot stand is gekomen is door de Hoge Raad al in 1977 uitgemaakt in de *Jacobus Recourt*-zaak.⁹ De Hoge Raad overweegt in dat arrest dat het feit dat de secretaris-penningmeester ingeschreven heeft gestaan in het handelsregister en zonder protest van de leden zijn functie heeft uitgeoefend, een benoemingsbesluit niet kon vervangen. Dit oordeel is in 2000 door de Hoge Raad geëxpliciteerd:¹⁰

“De aard van de regel dat de benoeming van een bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap geschiedt door de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij de benoeming geschiedt door de raad van commissarissen (artikel 2:132 en 2:242 BW), brengt mee dat niet kan worden aanvaard dat degene die, ondanks het ontbreken van een dergelijk besluit, op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd, als bestuurder van de vennootschap moet worden aangemerkt. De aard van de genoemde bepalingen verzetten zich evenzeer ertegen dat wordt aangenomen dat de vennootschap het recht kan verwerken zich ertegen te verzetten dat degene die, ondanks het ontbreken van een benoemingsbesluit, meent dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd als zodanig moet worden aangemerkt.”

Kortom, geen ‘wezen voor schijn’.

Er zijn geen vormvereisten voor het benoemingsbesluit, tenzij de statuten dat bepalen of er bijzonder wettelijke vereisten zijn. Het benoemingsbesluit hoeft dus niet schriftelijk te zijn, hoewel dat natuurlijk wel aan te raden is om misverstanden te voorkomen.¹¹ Is sprake van besluitvorming buiten vergadering, dan is het besluit

⁹ HR 2 juni 1977, *NJ* 1978, 238 m.nt. Ma (*Jacobus Recourt*). Deze zaak ging om een coöperatieve vereniging, maar de overwegingen met betrekking tot de besluitvorming en de benoeming is evenzeer toepasbaar op vennootschappen.

¹⁰ HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 109, m.nt. Ma en *JOR* 2001/1 (*Van Ekelenburg/Squamish*). Vgl. HR 6 januari 2012, *NJ* 2012, 336 m.nt. Van Schilfgaarde (*Imeko/Breesch*), waarin is uitgemaakt dat een commissaris die voor zekere tijd bestuurswerkzaamheden verricht geen bestuurder is. Daarvoor is een benoemingsbesluit nodig. Zie ook HR 9 januari 2015, *JAR* 2015/35 (*Hato/ACU*). In deze Curaçaose zaak is sprake van een titulair directeur die niet kan worden aangemerkt als ‘uitvoerend bestuurder’ in de zin van het BW. Daarom valt hij ook niet onder de, ook op Curaçao bestaande, uitzondering op het algemeen opzegverbod.

¹¹ Vgl. Hof Amsterdam 23 oktober 2003, *JAR* 2003/277 en *JOR* 2004/7 (*Volgers/Invensys*) waarin wordt geoordeeld dat het benoemingsbesluit niet schriftelijk hoeft te zijn, maar de vennootschap wel moet kunnen aantonen dat het besluit is genomen. De enkele inschrijving in het handelsregister is daar doorgaans onvoldoende voor.

alleen geldig indien schriftelijk gestemd is (artikel 2:128 en 238 BW).¹² Het bestaan van het benoemingsbesluit kan worden bewezen door verschillende feiten en omstandigheden. De scheidslijn tussen 'wezen voor schijn' en feiten en omstandigheden die bewijzen dat er een benoemingsbesluit is, is soms dun. De volgende omstandigheden spelen blijkens lagere jurisprudentie al dan niet een rol:¹³

- Dat partijen in de arbeidsovereenkomst hebben opgenomen dat de werknemer zal worden benoemd, is niet voldoende bewijs dat een benoemingsbesluit is genomen.¹⁴ Omgekeerd wijst het feit dat de werknemer een arbeidsovereenkomst waarin zijn functie 'statutair bestuurder' staat, weigert te tekenen een aanwijzing op dat géén benoemingsbesluit bestaat.¹⁵
- Verwijzingen naar het benoemingsbesluit in andere documenten, zoals e-mailcorrespondentie, levert een aanwijzing op dat het benoemingsbesluit bestaat.¹⁶ Een schriftelijk vastlegging van het besluit in een notariële akte is niet voldoende. Het gaat in de betreffende zaak om een besluit dat buiten vergadering is genomen. Van een schriftelijk uitbrengen van de stemmen is in deze zaak niet gebleken. Het vastleggen van het besluit in de notariële akte kan de schriftelijke stemmen niet vervangen. Dat kan alleen als er slechts één aandeelhouder is.¹⁷
- Een enkele inschrijving in het handelsregister levert geen bewijs dat er een benoemingsbesluit is.¹⁸ Hebben echter alle aandeelhouders de inschrijving ondertekend dan is het inschrijfformulier gelijk te stellen aan een aandeelhoudersbesluit.¹⁹
- Een aparte categorie omstandigheden wordt gevormd door de gedragingen van de bestuurder. In een tweetal lagere uitspraken is waarde gehecht aan de omstandigheid dat de bestuurder zich heeft gedragen als bestuurder, bijvoorbeeld door in- en uitschrijvingen in het handelsregister als bestuurder te verrichten, volmachten af te geven en jaarrekeningen en andere vennootschapsrechtelijke stukken te ondertekenen als bestuurder.²⁰ Hier lijkt de lijn met 'wezen voor schijn' dun, maar dat valt bij nader beschouwing mee. In het hierboven geciteerde *Jacobus Recourt*-arrest ging het om iemand die zich op het standpunt stelde dat

12 Uit het arrest *Jansen Pers*, HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 m.nt. Ma, blijkt dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan als er slechts één aandeelhouder is die zijn besluit heeft vastgelegd (bijvoorbeeld door ondertekening van een inschrijving in het handelsregister).

13 Een enkele keer wordt niet uitdrukkelijk stilgestaan bij de omstandigheden: Rb. Zutphen (ktr.) 28 februari 2008, JAR 2008/177 (*Fassin*).

14 Hof Amsterdam 29 maart 1990, NJ 1991, 81 (*Anholt/Fast Foto*).

15 Hof Den Haag 8 juli 1999, JAR 1999/177 (*Van den Meerendonk/Breur*).

16 Hof Amsterdam 23 oktober 2003, JAR 2003/277 en JOR 2004/7 (*Volgers/Invensys*).

17 Hof Arnhem 6 juli 2004, JOR 2006/173 m.nt. Dings (*Lammers/Curator*). Vgl over dit laatste punt ook HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 (*Jansen Pers*).

18 Hof Den Haag 28 september 1999, JOR 1999/252 (*Mefigro/Curator*) en Hof Amsterdam 23 oktober 2003, JAR 2003/277 en JOR 2004/7 (*Volgers/Invensys*).

19 Ktr. Haarlem 29 september 1995, JAR 1995/240 (*Van Wel/Klavervier*); Rb. Rotterdam (ktr. vzr.) 9 januari 2014, JAR 2014/96 (*Van Keulen/Q-Shipping*). De kantonrechter Enschede formuleert het in het geval er één aandeelhouder is, geparafraseerd, als volgt. De wil van de aandeelhouder blijkt uit de ondertekening door de aandeelhouder. Formele vereisten die wellicht kleven aan besluitvorming buiten vergadering spelen bij een vennootschap met slechts één aandeelhouder geen rol.

20 Hof Amsterdam 23 oktober 2003, JAR 2003/277 (*Volgers/Invensys*) en JOR 2004/7; Rb. Rotterdam (ktr. vzr.) 9 januari 2014, JAR 2014/96 (*Van Keulen/Q-Shipping*).

hij bestuurder was en dat hij dat had mogen aannemen op grond van de gedragingen van de vennootschap. In de aangehaalde lagere jurisprudentie gaat het om werknemers die zich in het licht van hun ontslag 'opeens' op het standpunt stellen dat zij nooit zijn benoemd. De omstandigheid dat zij zich wel jarenlang hebben gedragen als statutair bestuurder, dragen bij aan de aannemelijkheid dat er wel degelijk een benoemingsbesluit was (en dat zij dat benoemingsbesluit hadden geaccepteerd). Overigens zijn die omstandigheden niet altijd bepalend, vgl. de Venlose uitspraak waarin de omstandigheid dat de werknemer 'bestuurstaken deed', terzijde wordt geschoven.²¹

Doorgaans zijn het de feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang die kunnen dienen tot bewijs van het bestaan van een benoemingsbesluit. Een voorbeeld van een casus waarin geen schriftelijk benoemingsbesluit bestaat, maar toch door de rechter is aangenomen dat de bestuurder rechtsgeldig is benoemd, is te kennen uit een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 2007.²² Het hof vindt de volgende omstandigheden in samenhang doorslaggevend: de bestuurder was aanwezig bij de aandeelhoudersvergadering waarin hij is voorgesteld als bestuurder, onbestreden was dat alle aandeelhouders aanwezig waren en op grond van de statuten geldige besluiten kunnen worden genomen met algemene stemmen, de aanwezigheid van de bestuurder bij die vergadering maakt voorts dat hij heeft ingestemd met de benoeming en ten slotte is er ook een door de bestuurder zelf ondertekende inschrijving bij het handelsregister.

Een stilzwijgende benoeming ten slotte is niet mogelijk.²³

Aanvaarding door de bestuurder

Is eenmaal vastgesteld dat er een benoemingsbesluit is, dan zal de bestuurder wel met zijn benoeming moeten instemmen om de benoeming tot stand te laten komen.

Een besluit van een orgaan van de vennootschap heeft primair interne werking en vestigt, wijzigt of doet teniet een rechtsbetrekking binnen het verband van de vennootschap.²⁴ Dit is anders voor (in)directe *extern* werkende besluiten. Deze besluiten kunnen worden gezien als een rechtstreeks tot een wederpartij gerichte rechtshandeling van de rechtspersoon. De wederpartij moet daarvan wel in kennis gesteld worden, artikel 3:37 lid 3 BW; de mededeling is geen rechtshandeling.²⁵ Een besluit met *indirect* externe werking is een besluit dat niet zelf tot een wederpartij is gericht. Wel is (het nemen van) dat besluit een vereiste voor een zodanige rechtshandeling.²⁶

21 Rb. Roermond (ktr.) 5 februari 2008, JAR 2008/85 m.nt. Beltzer (*Verstraaten/Flextronics*).

22 Hof Amsterdam 1 maart 2007, JAR 2007/106 (*Metier Plancon*). Zie bijvoorbeeld ook Rb. Oost-Nederland 20 maart 2013, JAR 2013/132 m.nt. Wiersma (*Sensient/Broekhuis*).

23 Handboek 2013 nr. 247 en, gemotiveerd, Van den Ingh in zijn noot onder HR 15 december 2000, JOR 2001/1 (*Van Ekelenburg/Squamish*).

24 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 98, p. 315. Zie hierover ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3.

25 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 149. In gelijke zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 322.

26 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 125.

Een *direct* extern werkend besluit is wel rechtstreeks tot een wederpartij gericht en kent zowel een 'besluitaspect' als een 'vertegenwoordigingsaspect'.²⁷

Voor de bestuurder is het direct extern werkende besluit van belang omdat de besluiten van de vennootschap die zijn rechtspositie betreffen veelal direct extern werkende besluiten zijn en een bijzondere vorm van vertegenwoordiging (van de vennootschap) vormen. Wat het benoemingsbesluit betreft, volgt dat met zoveel woorden uit artikel 2:16 lid 2 BW. Een vergelijkbare aanwijzing in de wet met betrekking tot het ontslag of de schorsing van de bestuurder is er niet. Toch wordt in de literatuur aangenomen dat ook die besluiten direct externe werking hebben²⁸ en hier valt in de jurisprudentie over ontslag zeker steun voor te ontleen.²⁹ Het aspect 'externe' werking duidt op werking jegens een derde, buiten de organisatie van de vennootschap. Dat een bestuurder die voor de eerste maal benoemd wordt een derde is, is logisch. Hij maakt dan immers nog geen deel uit van de vennootschapsrechtelijke rechtsorde en is dus in alle opzichten een derde. Door ook een ontslagbesluit te kwalificeren als extern werkend, wordt benadrukt dat de bestuurder ook indien hij inmiddels onderdeel van de vennootschapsrechtelijke organisatie is geworden door zijn benoeming te aanvaarden, de hoedanigheid van derde blijft behouden als het gaat om zijn eigen rechtspositie. Het bezoldigingsbesluit wordt in de literatuur niet vaak genoemd als voorbeeld van een direct extern werkend besluit.³⁰ Uit de tekst van artikel 2:135 BW volgt in ieder geval dat de bepaling omtrent de vaststelling van de individuele bezoldiging een vertegenwoordigingsbepaling is (lid 4 laatste volzin).³¹ Ook een besluit van de algemene vergadering tot het verlenen van décharge is een besluit met direct externe werking.³²

27 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 98, p. 315. Dat een besluit externe werking kan hebben, werd voorheen wel betwist, maar is thans de heersende leer, zie Koppert-Van Beek 2006 en de daar in noot 3 genoemde literatuur. Recent is alleen Slagter nog de opvatting toegedaan dat een besluit een rechtshandeling van eigen aard is, die gestalte geeft aan de interne wilsvorming binnen een rechtspersoon. Pas door de uitvoering van het besluit gaat het extern werken. Dit geldt in zijn visie evenzeer voor een benoemingsbesluit. Ook dat besluit moet worden uitgevoerd omdat de benoemde eerst van het benoemingsbesluit in kennis moet worden gesteld en zolang dat niet is gebeurd, kan de benoeming ongedaan worden gemaakt. Is de te benoemen persoon aanwezig bij de besluitvorming, dan vallen de interne en externe werking samen in tijd, maar niet in wezen. Dat de wetgever daar blijkens artikel 2:16 lid 2 BW anders over denkt, erkent Slagter ook: Slagter 1992, p. 3 l.k.

28 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 44, p. 170; Gepken-Jager 2000, p. 275; *Losbladige Rechtspersonen*, Huizink, aant. 2.6 artikel 2:134 BW; Huizink 1989, p. 66; Lennarts 2013 (*T&C BW*), art. 2:134 BW, aant. 3; Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 109 en in gelijke zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 322.

29 HR 20 maart 1941, *NJ* 1941, 524 m.nt. EEM (*Paanakker's Schoenhandel*) en HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartech*). Zie ook Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 149 en in gelijke zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 322.

30 Meijer-Wagenaar neemt de direct externe werking aan, Meijer-Wagenaar 2006, p. 682 r.k. Zaal en Van Slooten stellen ook dat het bezoldigingsbesluit direct externe werking heeft, Zaal/Van Slooten 2008, p. 299, l.k., maar spreken ook over het "aangaan van de overeenkomst als uitvoering van het bezoldigingsbesluit", p. 298, l.k.

31 Deze bepaling ziet op de naamloze vennootschap; niet valt in te zien dat voor artikel 2:245 BW, dat geen vergelijkbaar lid 4 kent, iets anders zou gelden.

32 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 98, p. 315.

Het benoemingsbesluit is dus een eenzijdige rechtshandeling van de rechtspersoon.³³ Hierin is de kern gelegen van de problemen die kunnen ontstaan als de bestuurder en de vennootschap tevens een contractuele relatie hebben. Het aangaan van de arbeids- of opdrachtovereenkomst (inclusief het afspreken van de arbeidsvoorwaarden) is een tweezijdige rechtshandeling en het wijzigen van die overeenkomst en voorwaarden in beginsel ook. Eenzijdige wijziging van een (arbeids)overeenkomst is onder omstandigheden weliswaar mogelijk, maar niet zonder meer,³⁴ terwijl de vennootschap op grond van Boek 2 BW wel degelijk gerechtigd is een eenzijdig bezoldigingsbesluit te nemen. Niemand kan echter tegen zijn zin worden benoemd (en niemand kan worden benoemd tegen een beloning waar hij het niet mee eens is; dan wordt de benoeming immers niet aanvaard).

Hoewel aanvaarding van de benoeming geen constitutief vereiste is voor een rechtsgeldig benoemingsbesluit, is dat het wel voor de totstandbrenging van het bestuurderschap. De direct externe werking betekent slechts dat de *vennootschap* geen extra rechtshandeling hoeft te verrichten om de benoeming te realiseren en om gebonden te zijn jegens de bestuurder. Het bestuurderschap komt vervolgens tot stand door de aanvaarding *door de bestuurder*. In contractuele termen: het benoemingsbesluit is een aanbod aan de beoogde bestuurder. Aanvaardt de bestuurder het aanbod, dan komt de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking tot stand. Het benoemingsbesluit is dus eenzijdig, werkt direct jegens de beoogde bestuurder, maar de benoeming – de rechtsverhouding – komt pas tot stand door de aanvaarding.³⁵ Aanvaardt de bestuurder zijn benoeming niet, dan is het benoemingsbesluit desalniettemin rechtsgeldig tot stand gekomen. Het enige rechtsgevolg van dat benoemingsbesluit is dat bij acceptatie door de bestuurder het bestuurderschap ontstaat. De vennootschap kan de bestuurder niet verplichten te gaan besturen door een benoemingsbesluit te nemen. Wel kan de bestuurder de vennootschap aan een eenmaal genomen benoemingsbesluit houden door het te accepteren. De benoeming is in die zin vergelijkbaar met de ambtelijke aanstelling.

De bestuurder die wordt ontslagen, stelt zich met regelmaat op het standpunt dat er geen benoeming is omdat een benoemingsbesluit ontbreekt, zo is aan het begin van deze paragraaf beschreven. Een enkele keer, als het bestaan van het benoemingsbesluit niet in het geding is, of als subsidiaire stelling, brengt de bestuurder naar voren dat hij de benoeming niet heeft aanvaard. In een ontbindingszaak³⁶ (een werknemersverzoek) oordeelt de kantonrechter dat de werknemer in een vergadering van de

33 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3 en de verwijzing aldaar naar Dumoulin 1999, p. 287.

34 Zie over de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.2.

35 Zie in iets andere zin Blanco Fernández 2000, p. 474. Zie over de benoeming en de aanvaarding ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3. Zie ook Brink & Martis 2013, p. 2 l.k.

36 Ktr. Utrecht 23 november 1992, JAR 1993/36 (*Oracle*). Ook de kantonrechter Enschede oordeelt dat de instemming van de bestuurder blijkt uit de ondertekening van het inschrijfformulier (Ktr. Enschede 3 juli 1998, JAR 1998/179 (*Huls/Fibex*)). De ondertekening door de bestuurder helpt niet als niet eerst is vast komen te staan dat er een benoemingsbesluit is, Hof Den Haag 8 juli 1999, JAR 1999/177 (*Van den Meerendonk/Breur*).

enige aandeelhouder weliswaar tot managing director is benoemd, maar nu de werknemer daar niet in is gekend noch van dat besluit op de hoogte is gesteld en evenmin gebleken is dat hij daarmee heeft ingestemd, is niet komen vast te staan dat de werknemer ook daadwerkelijk bestuurder is. Aan de technische duiding (non-existent besluit, nietig besluit, etc) wordt in de beschikking geen aandacht besteed. De voorzieningenrechter te Arnhem³⁷ honoreert een soortgelijke redenering van de bestuurder niet. De bestuurder voert aan dat het benoemingsbesluit is genomen voordat de arbeidsovereenkomst werd gesloten en hij dus nog niet in dienst van de vennootschap was. De voorzieningenrechter overweegt – terecht – dat het benoemingsbesluit geldig is genomen (er is ook een schriftelijk besluit); voor een rechtsgeldige benoeming is immers niet nodig dat er een arbeidsovereenkomst is. Uit de feiten en omstandigheden leidt de voorzieningenrechter vervolgens af dat de bestuurder stilzwijgend heeft ingestemd met de benoeming. Hij heeft zich gepresenteerd als bestuurder, het inschrijvingsformulier voor het handelsregister zelf ondertekend en bovendien in de algemene vergadering waarin zijn ontslag op de agenda stond geen woord gewijd aan het al dan niet zijn van bestuurder. Ook de Amsterdamse voorzieningenrechter³⁸ leidt uit de feiten en omstandigheden af dat de bestuurder met zijn benoeming heeft ingestemd. Dat er een benoemingsbesluit is, neemt de rechter aan, ondanks dat het schriftelijke benoemingsbesluit ongedateerd is en slechts door één persoon is ondertekend terwijl er twee ondertekenaars worden genoemd.³⁹ De bestuurder Potgiesser stelt zich in deze zaak op het standpunt dat hij op geen enkel moment bewust heeft ingestemd met zijn benoeming als bestuurder, zich nooit bewust is geweest van zijn positie als bestuurder en daar ook nooit naar heeft gehandeld. De voorzieningenrechter vindt deze stelling niet overtuigend omdat Potgiesser zelf het formulier heeft ondertekend waarmee hij *als bestuurder* wordt ingeschreven in het handelsregister, zelf *als bestuurder* de wijzigingen van de activiteiten van de vennootschap heeft doorgegeven aan de Kamer van Koophandel en in ieder geval één jaarrekening als bestuurder heeft mede-ondertekend. Ook heeft hij een offerte aangevraagd voor een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen en blijkt uit correspondentie dat hij bekend was met de (aansprakelijkheids)risico's van het bestuurderschap. De formulering van de voorzieningenrechter is echter wat ongelukkig: “*Aan Potgiesser kan worden toegegeven dat een exacte datum [op het benoemingsbesluit, HB] ontbreekt en dat het besluit maar door één persoon is ondertekend, hoewel er twee ondertekenaars worden genoemd, maar er zijn meer aanwijzingen dat Potgiesser bestuurder van MGA is geweest. Zo heeft hij het formulier ter registratie van zijn benoeming als bestuurder van MGA zelf ondertekend, [etc].*” Deze bewoordingen zetten de lezer op het verkeerde been, het lijkt alsof de voorzieningenrechter *het bestuurderschap* afleidt uit

37 Rb. Arnhem (vzr.) 6 april 2007, *JIN* 2007/299 (*Wavrega*).

38 Rb. Amsterdam (vzr.) 7 maart 2014, *JAR* 2014/98 (*Potgiesser/MGA*).

39 Wiersma wijst er in zijn annotatie op dat de rechter wellicht iets te gemakkelijk aanneemt dat er een benoemingsbesluit is. Ik deel op zichzelf zijn observatie, maar het karakter van de procedure (een kort geding) brengt met zich mee dat de rechter niet over hard bewijs hoeft te beschikken dat er een benoemingsbesluit is, maar kan volstaan met het oordeel dat het aannemelijk is dat in de bodemprocedure komt vast te staan dat er een benoemingsbesluit is genomen.

de feiten en omstandigheden, maar de voorzieningenrechter bespreekt slechts de stelling van Potgiesser dat hij niet heeft ingestemd met de benoeming. Het Hof Amsterdam laat het oordeel van de voorzieningenrechter in stand en overweegt dat Potgiesser de benoeming heeft aanvaard, hetgeen blijkt uit de omstandigheden die de voorzieningenrechter heeft betrokken in zijn oordeel.⁴⁰

Bevoegd orgaan

In een bestaande gewone vennootschap is de algemene vergadering het bevoegde orgaan om bestuurders te benoemen (artikel 2:132 (242) BW). Deze bepalingen zijn van dwingend recht, hiervan kan niet in de statuten worden afgeweken (artikel 2:25 BW).⁴¹ Hierop bestaat sinds de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht een uitzondering. Sindsdien bepaalt artikel 2:242 lid 1 BW dat de statuten van een BV kunnen bepalen dat benoeming geschiedt door houders van een bepaald soort aandelen. Voorwaarde is wel dat iedere aandeelhouder met stemrecht kan deelnemen aan de besluitvorming omtrent de benoeming van ten minste één bestuurder.⁴² Achtergrond is dat in joint venture-verhoudingen de joint venture-partners op deze wijze makkelijker hun eigen bestuurders kunnen benoemen.

Als de vennootschap op grond van artikel 2:153 (263) BW een structuurvennootschap is of op grond van artikel 2:157 (267) BW heeft gekozen voor vrijwillige toepassing van het structuurregime is de raad van commissarissen bevoegd tot benoeming (artikel 2:132 (242) lid 1 na de komma j^o artikel 2:162 (272) BW). Bij vrijwillige toepassing van het structuurregime kan de vennootschap ervoor kiezen artikel 2:162 (272) BW buiten toepassing te laten. De algemene vergadering blijft in dat geval het bevoegde orgaan (artikel 2:157 (267) lid 1 BW). De algemene vergadering van aandeelhouders blijft eveneens bevoegd tot benoeming als sprake is van een verzwakt regime (artikel 2:155 (265) BW of artikel 2:155a (265a) BW). Is sprake van een zogenoemde one tier board⁴³ dan bepaalt de algemene vergadering

40 Hof Amsterdam 9 december 2014, JAR 2015/49 (*Potgiesser/MGA Entertainment*). Overigens heeft MGA in de appèlprocedure een afschrift van het benoemingsbesluit weten te produceren. Potgiesser heeft volhard in het standpunt dat hij de benoeming niet heeft aanvaard.

41 Tot de inwerkingtreding van de Invoeringswet Boek 2 BW op 26 juli 1976 (wet van 22 juli 1976, Stb. 395) heeft enige verwarring bestaan over de vraag of de statuten – zonder meer – kunnen bepalen dat de bestuurders door de raad van commissarissen worden benoemd. Bij de inwerkingtreding van de structuurregeling (wet van 6 mei 1971, Stb. 289) luidde artikel 48 WvK (thans 2:132 BW) als volgt: “*De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij akte van oprichting en later door de algemeene vergadering van aandeelhouders, tenzij zij krachtens de wet of de akte van oprichting door de raad van commissarissen geschiedt.*” (onderstreping JHB). Uit deze formulering zou kunnen worden afgeleid dat in de statuten kan worden bepaald dat de RvC de bestuurders benoemt, los van een structuurregime. Deze interpretatie is niet de bedoeling geweest, vgl. *losbladige Rechtspersonen*, aant. 2 bij artikel 2:157 BW en de daarbij genoemde literatuur. Met de Invoeringswet Boek 2 BW is dit dan ook rechtgetrokken door de tekst na de komma te vervangen door: “*tenzij zij overeenkomstig artikel 162 van dit Boek door de raad van commissarissen geschiedt.*” Anders: Slagter 2005, p. 365. Hij stelt dat ook in de statuten van een gewone vennootschap kan worden bepaald dat de RvC het bevoegde orgaan is om bestuurders te benoemen.

42 Wet van 18 juni 2012, Stb. 2012, 299, in werking getreden op 1 oktober 2012. Zie over het wetsvoorstel 31 058 onder meer Nowak en Van den Ingh 2007 en Portengen 2007.

43 Bij wet van 6 juni 2011, Stb. 2011, 275 (Wet bestuur en toezicht) is de mogelijkheid geopend om een one tier board in te stellen. De artikelen 2:129a en 239a BW bepalen dat er uitvoerende bestuurders en toezichthoudende bestuurders kunnen zijn.

ook of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder of niet-uitvoerende bestuurder. Is sprake van een structuurregime en een one tier board, dan moet voor commissarissen gelezen worden niet uitvoerend bestuurder (artikel 2:164a en 274a BW).

In het najaar van 2007 is de Wet openbaar overnamebod in werking getreden.⁴⁴ In het bij die wet ingevoerde artikel 2:359b lid 2 BW is een doorbraakregeling opgenomen. Daarin is bepaald dat in de statuten van de vennootschap kan worden opgenomen dat de aandeelhouder die als gevolg van een openbaar bod ten minste 75% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen kan roepen waarin bijzondere statutaire rechten voor de aandeelhouders met betrekking tot benoeming of ontslag van een bestuurder (of commissaris) niet gelden. Het gaat dan bijvoorbeeld om het recht bindende voordrachten te doen. Gevolg is dat de bieder die 75% van de aandelen in handen krijgt ook daadwerkelijk doorslaggevend invloed op de vennootschap kan krijgen. De aandeelhouder heeft dan immers mogelijkheid de bestuurders en commissarissen te ontslaan en te benoemen, zonder dat hem statutaire bepalingen kunnen worden tegengeworpen. Het moet dan wel gaan om *statutaire* rechten van aandeelhouders. Statutaire of contractuele stemrechtbeperkingen gelden niet. Een vennootschap waarop het structuurregime van toepassing is, kan deze doorbraakregeling niet opnemen in de statuten. Dit vanwege de dwingendrechtelijke regels voor benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was een volledige ontslagbevoegdheid voor de nieuwe aandeelhouder opgenomen; na kritiek⁴⁵ hierop is de invloed van de nieuwe aandeelhouder beperkt tot de boven beschreven doorbraakregeling.

Indien de algemene vergadering het tot benoeming bevoegde orgaan is, bepaalt artikel 2:133 (243) BW dat bij de statuten kan worden bepaald dat de benoeming zal geschieden uit een voordracht. Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht is het vereiste dat de voordracht uit minimaal 2 personen bestaat geschrapt en kan een voordracht ook uit één persoon bestaan. Dit voordrachtsrecht kan worden gegeven aan een orgaan van de vennootschap, of aan personen (bijvoorbeeld houders van prioriteitsaandelen) of aan buitenstaanders (de Staat bijvoorbeeld). Artikel 2:133 (243) lid 2 BW bepaalt dat het bindende karakter aan de voordracht kan worden ontnomen bij besluit van de algemene vergadering genomen met twee derde van de uitgebrachte stemmen, die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Vindt de benoeming plaats met voorbijgaan aan de bindende voordracht, anders dan op de wijze als bepaald in lid 2, dan is de benoeming nietig. Bekrachtiging op grond van artikel 14 lid 2 BW is mogelijk. Wordt geen voordracht gedaan, dan is de algemene vergadering vrij in het benoemen.⁴⁶ Indien de benoemingsbevoegdheid bij de raad van commissarissen berust, is geen bindende voordracht mogelijk.

44 Wet van 24 mei 2007, *Stb.* 2007, 202, in werking getreden op 28 oktober 2007 (Besluit van 16 oktober 2007, *Stb.* 2007, 390).

45 Zie bijvoorbeeld Nieuwe Weme & Van Solinge 2006; Doorman 2006.

46 HR 19 maart 1976, *NJ* 1978, 52 m.nt. B.W. (*Smits/Scheepsbouwverf*).

Het is ook mogelijk in de statuten de kring van benoembare personen te beperken tot die personen die aan bepaalde eisen voldoen, bijvoorbeeld houder zijn van een bepaald aantal aandelen of Nederlands ingezetene zijn (artikel 2:132 (242) lid 2 BW). Net als de bindende voordracht kunnen deze kwaliteitseisen worden doorbroken als de algemene vergadering een besluit neemt met twee derde van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Ook als de bevoegdheid tot benoeming aan de raad van commissarissen is toegekend, zijn de gestelde kwaliteitseisen geldig. Indien de bestuurder de kwaliteiten gaandeweg het bestuurderschap verliest (bijvoorbeeld door zijn aandelen te verkopen) tast dat het bestuurderschap niet aan. Wel kan het een reden voor ontslag zijn.⁴⁷ Dat kwaliteitseisen kunnen worden gesteld, zegt overigens niets over de geschiktheid van de te benoemen bestuurder. Het bevoegd orgaan mag benoemen wie hij wil (met inachtneming van de hierboven beschreven regels). Een besluit een bestuurder te benoemen die ongeschikt is, is gewoon geldig.⁴⁸

Rol ondernemingsraad

Bij de benoeming van een bestuurder heeft de ondernemingsraad een rol. Op grond van artikel 30 WOR bestaat een adviesrecht en op grond van artikel 2:143a BW heeft de ondernemingsraad een standpuntbepalingsrecht. Dit laatste artikel geldt alleen voor de naamloze vennootschap. Het adviesrecht speelt ook een rol bij het ontslag net als het standpuntbepalingsrecht dat overigens ook een rol speelt bij het beloningsbeleid. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij beide rechten. Met name relevant is welke gevolgen schending van deze rechten al dan niet heeft voor de rechtspositie van de bestuurder. Bij wijze van intermezzo wordt kort stilgestaan bij het begrip bestuurder in de zin van de WOR.

Bestuurder in de zin van de WOR

Hoewel Boek 2 BW en de WOR allebei de verhoudingen binnen een organisatie regelen, kennen zij een verschillende invalshoek en daarmee een verschillend begrippenkader. In Boek 2 BW gaat het over de rechtspersoon, de vennootschap, de organen van de vennootschap, het bestuur, de algemene vergadering van aandeelhouders, etc. De WOR gaat daarentegen over ondernemingen, ondernemers en bestuurders. 'Onderneming' valt niet samen met 'vennootschap', 'ondernemer' kan een natuurlijke of rechtspersoon zijn en 'bestuurder' betekent in beide wetten iets anders.

De onderneming is volgens de WOR een "*in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht*" (artikel 1 lid 1 sub c WOR). De onderneming hoeft geen eigen rechtsvorm of juridische zelfstandigheid te hebben. Een filiaal

⁴⁷ *Losbladige Rechtspersonen*, Huizink, aantekening 5.4 bij art. 2:132 BW.

⁴⁸ Pas als met opzet én met het doel om zichzelf of anderen onbillijk te bevoordelen of de vennootschap of een derde te schaden een bestuurder "*die ten eenenmale de geschiktheid mist om als directeur op te treden*" is benoemd door een meerderheid, dan zou sprake kunnen zijn van een ongeldig besluit vanwege misbruik van meerderheidsmacht: HR 13 februari 1942, NJ 1942, 360 (*Baus/De Koedoe I*).

kan een onderneming zijn, een divisie van een concern net zo goed. De ondernemer is “*de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt*” (artikel 1 lid 1 sub d WOR). Is de ondernemer een vennootschap, dan is er in ieder geval een statutair bestuurder in het spel. Of die ook bestuurder in de zin van de WOR is, valt te bezien. Dat hangt af van de wijze waarop de onderneming is georganiseerd. Ook de term bestuurder heeft in beide wetten een verschillende betekenis.

De bestuurder in Boek 2 BW is de (rechts)persoon die als zodanig is benoemd door het daartoe bevoegde orgaan. De WOR-bestuurder is altijd een natuurlijke persoon en ‘*oefent, alleen of met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogte zeggenschap bij de leiding van de arbeid uit*’ (artikel 1 lid 1 sub e WOR). Een statutair bestuurder is niet altijd een bestuurder in de zin van de WOR en een bestuurder in de zin van de WOR hoeft geen statutair bestuurder te zijn.⁴⁹

In de parlementaire geschiedenis van de WOR is weinig terug te vinden over de definitie van de bestuurder.⁵⁰ Van belang is dat de regering heeft opgemerkt dat het zeker denkbaar is dat er bestuurders zijn die zelf niet rechtstreeks bij de arbeid zijn betrokken, maar dat het niet de bedoeling is die te betrekken bij de uitvoering van de WOR.⁵¹ Dit heeft geleid tot discussie over de twee vereisten voor het bestuurderschap: ‘rechtstreekse zeggenschap’ en ‘hoogste zeggenschap’.⁵² Kern van de discussie is de vraag of ‘rechtstreeks’ en ‘hoogste’ wel samengaan. Ander twistpunt is of de zinsnede ‘bij de leiding van de arbeid’ wel of geen zelfstandige betekenis heeft.

49 Van der Grinten omschrijft het in 1980 als volgt: ‘*Indien een rechtspersoon een aantal ondernemingen in stand houdt, zal vermoedelijk geen van de bestuurders van de rechtspersoon bestuurder van een onderneming zijn. Heeft de rechtspersoon slechts één onderneming dan kan het zeer wel zijn, dat niet alle bestuurders van de rechtspersoon als bestuurder van de onderneming worden aangemerkt.*’ Van der Grinten 1980, p. 84.

50 In de oorspronkelijke wet op de ondernemingsraden van 1950 is komt de term ‘bestuurder’ wel voor, maar is nog niet gedefinieerd. De wet van 4 mei 1950 (*Stb.* 1950, K174) kent slechts een drietal definities: ‘onze Minister’, ‘de Raad’ en ‘bedrijfscommissie’. De term bestuurder kwam in die wet vooral voor op plaatsen waar tegenwoordig van ondernemer gesproken zou worden. Zie hierover Van Vliet 1982a. Van Vliet wijst op de parlementaire geschiedenis van artikel 9 WOR 1950. In dat artikel wordt bepaald dat de voorzitter van de ondernemingsraad is het hoofd of de bestuurder van de ondernemer “*dan wel één der hoofden of bestuurders*”. Uit de memorie van toelichting blijkt volgens Van Vliet dat met de laatste zinsnede wordt bedoeld op een uit meer leden bestaande leiding of directie, waarmee dus eigenlijk wordt bedoeld op het bestuur van de ondernemer, een vennootschap. Pas in de wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54 wordt ‘bestuurder’ gedefinieerd.

51 Vgl. Bundel NV en BV p. IXd-art. 1-5. Van Vliet is kritisch over dit antwoord. Naar zijn idee past een dergelijke enge uitleg beter bij de WOR van 1950 waarin de ondernemingsraad nog slechts bevoegd was om te spreken over secundaire arbeidsvoorwaarden en niet bij de uitgebreidere bevoegdheden zoals die bestaan vanaf 1971 waarbij de ondernemingsraad ook betrokken moet worden bij aangelegenheden die de ondernemer betreffen. Ik denk dat Van Vliet hiermee over het hoofd ziet dat zowel instemmingsplichtige als adviesplichtige besluiten, besluiten van de ondernemer zijn, en niet van de bestuurder. De bestuurder fungeert als overlegpartner van de ondernemingsraad en hoeft niet de besluitvormer zelf te zijn en is dat ook niet altijd, Van Vliet 1982a, p. 65, l.k.

52 Honée 1981, p. 19, Van Vliet 1982a, Van Vliet 1982b, Van Solinge 1982, p. 55, Slagter 1981, M.G. Rood, *Wet op de ondernemingsraden*, (losbl. oud), aant. bij art. 1. lid 1 onder e; Rood & Verburg 2013, art. 1 lid onder e, aant. 3; Rood, 1993, p. 223; P.F. van der Heijden, ‘De Ondernemingsraad’ (losbladig), art. 1, aant. 6), Sprengers 1999, p. 201.

Mijns inziens gaat er bij het aanwijzen van de WOR-bestuurder om dat (i) de bestuurder voldoende mandaat heeft van de ondernemer om de ondernemingsraad te kunnen voorlichten en gesprekspartner te zijn en (ii) de bestuurder door de werknemers als de hoogste leidinggevende wordt ervaren. Niet iedere statutair bestuurder is bestuurder in de zin van de WOR. In de eerste plaats niet als het statutair bestuur zich niet bemoeit met de dagelijkse gang van zaken in de onderneming, maar dat overgelaten heeft aan een titulaire directeur of directie. In dat geval is de WOR-bestuurder conform de definitie (één van) de titulair directeur(en). Dat deze WOR-bestuurder onderworpen is aan aanwijzingen van derden (in dit geval het statutair bestuur van de ondernemer) doet daaraan volgens de heersende leer niets af⁵³ en dit past ook in het systeem dat de WOR-bestuurder de ondernemer vertegenwoordigt.

In geval het statutaire bestuur van de ondernemer-vennootschap geen directie heeft aangesteld, maar zelf de onderneming voert, is tevens sprake van bestuurderschap in de zin van de WOR. Is sprake van een meerhoofdig bestuur, dan zijn in beginsel alle bestuurders bestuurder in de zin van de WOR. Dit is anders indien een lid van een dergelijke raad van bestuur zich niet bezighoudt met het leiden van de onderneming. Het bekende voorbeeld is een bestuurslid dat zich uitsluitend bezighoudt met het aansturen van buitenlandse vestigingen. Gedacht kan ook nog worden aan de situatie waarin sprake is van een one tier board (al dan niet formeel) en dus in het bestuur zowel uitvoerende als toezichthoudende bestuurders zitten. Toezichthoudende bestuurders zijn geen bestuurders in de zin van de WOR.

Is van deze uitzonderingen geen sprake, dan zijn de statutair bestuurders, bestuurders in de zin van de WOR. Er laat zich moeilijk een portefeuillevdeling, anders dan de bovengenoemde voorbeelden, denken waarbij een bestuurder geen leiding geeft aan de onderneming en WOR-bestuurder is.⁵⁴ Hoewel het de ondernemer is die bepaalt wie de bestuurder is, zijn het – indien er meerdere WOR-bestuurders zijn – de WOR-bestuurders onderling die uitmaken wie het overleg pleegt met de ondernemingsraad (artikel 23 lid 4 WOR). In de meerderheid van de gevallen zal de statutair bestuurder bestuurder zijn in de zin van de WOR.⁵⁵

53 Vgl. P.F. van der Heijden, *De Ondernemingsraad* (losbl.), art. 1, aant. 6.

54 P.F. van der Heijden, *Ondernemingsraad*, (losbl.) art. 30 aant. 1 noemt een niet gepubliceerde uitspraak van de kantonrechter te Utrecht van 1 september 1997 waarin is beslist dat twee directeuren die in hoge mate ondergeschikt zijn aan de directievoorzitter niet als bestuurders in de zin van de WOR moeten worden beschouwd omdat geen sprake is van de *hoogste* zeggenschap bij die bestuurders. Als de ondernemer een vennootschap is, kan de bevoegdheidsverdeling binnen het bestuur in de statuten zo geregeld zijn dat één der bestuurders altijd een doorslaggevende stem heeft en de andere bestuurders geen zelfstandige beslissingen kunnen nemen. Slagter noemt nog het voorbeeld waarbij een bestuurder die uitsluitend is belast met externe relaties en intern geen enkele zeggenschap heeft bij de leiding van de arbeid: Slagter 1981.

55 Vlg. Verburg in zijn noot onder Rb. Zutphen (ktr. vzr.) 20 juni 2008, *JOR* 2008/226, m.nt. Verburg, (*COR Wegener/Wegener*). In de memorie van toelichting bij de wet invoering standpuntbepalingsrecht OR merkt de minister overigens zonder enige verdere toelichting op dat de bestuurder in de zin van artikel 30 WOR veelal niet de bestuurder in vennootschapsrechtelijke zin is (*Kamerstukken II* 2009/09, 31 877, nr. 3, p. 8). Dit lijkt een misslag te zijn. Voor deze mening valt nergens in de literatuur of jurisprudentie enige ondersteuning te vinden.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat ook functionarissen die geen statutair bestuurder zijn, bestuurder in de zin van de WOR kunnen zijn. Denk aan filiaalhouders, titulair directeurs of het hoofd van een divisie of afdeling.

Een vraag die enige tijd de literatuur heeft beziggehouden is wie als bestuurder in de zin van de WOR moet worden aangemerkt als sprake is van een centrale ondernemingsraad. Deze centrale ondernemingsraad zal meestal zijn ingesteld op holdingniveau, ten behoeve van de ondernemingen die door de dochtervennootschappen in stand worden gehouden. Zijn nu de (statutair) bestuurders van de holding bestuurder in de zin van de WOR en bestaat er dientengevolge een adviesrecht op grond van artikel 30 WOR? Het hierboven besproken criterium "*rechtstreeks de hoogste zeggenschap bij de leiding van de arbeid*" biedt weinig hulp. Concernbestuurders zullen in de regel geen rechtstreekse zeggenschap uitoefenen over de leiding van de arbeid in de dochterondernemingen.⁵⁶ Is er geen centrale ondernemingsraad ingesteld, dan zijn de bestuurders van de holdingvennootschap geen bestuurders in de zin van de WOR en is er dus ook geen adviesrecht bij hun benoeming of ontslag op grond van artikel 30 WOR.⁵⁷ Is er wel een centrale ondernemingsraad ingesteld, dan ligt de zaak eenvoudiger. De discussie in de literatuur in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw wordt vooral gedomineerd door het dilemma dat aan de centrale ondernemingsraad geen 'eigen' bevoegdheden, los van de bevoegdheden van de individuele ondernemingsraden, toekomen. Een adviesrecht ex artikel 30 WOR met betrekking tot de statutair bestuurder van de holding (wel de gesprekspartner van de centrale ondernemingsraad) is dan lastig te construeren. De afzonderlijke ondernemingsraden hebben die bevoegdheid immers niet.⁵⁸ Inmiddels is in artikel 35 lid 1 WOR opgenomen dat de centrale ondernemingsraad aangelegenheden behandelt die van gemeenschappelijk belang zijn, *ongeacht of ten aanzien van die aangelegenheden bevoegdheden toekomen aan de afzonderlijke ondernemingsraden*.⁵⁹ Hiermee lijkt de discussie beslecht en dient ook bij benoeming of ontslag van de bestuurder van de holding advies ex artikel 30 WOR aan de centrale ondernemingsraad gevraagd te worden.

Adviesrecht ex artikel 30 WOR

De ondernemingsraad heeft ex artikel 30 WOR een adviesrecht bij de benoeming (en het ontslag) van de bestuurder. Van belang is dat het niet vragen van advies niet via de WOR kan leiden tot aantastbaarheid van het benoemingsbesluit. Artikel 30 WOR kent, anders dan artikel 25 WOR, immers geen beroepsrecht voor de ondernemingsraad. De bestuurder kan evenmin zijn voordeel doen met een schending van artikel 30 WOR. De bestuurder wordt niet gezien als belanghebbende. Artikel 30 WOR geldt voor alle bestuurders in de zin van de WOR.

56 Bartman/Dorresteyn 2013, p. 168.

57 Rood 1993a; Verburg 2007, p. 102.

58 Er wordt overigens door sommige schrijvers dan al betoogd dat toch een adviesrecht ex art. 30 WOR bestaat. Rood 1993a; Koning 1993, p. 238. Anders: Van der Grinten 1980, p. 84-86.

59 De cursieve toevoeging is ingevoerd bij wet van 4 maart 1998, *Stb.* 1998, 107.

In de WOR van 1971⁶⁰ is artikel 31 geïntroduceerd. Daarin werd de ondernemingsraad in geval van een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder een recht op informatie vooraf toegekend tenzij, naar het oordeel van de ondernemer, sprake was van zwaarwichtige belangen van de ondernemer, de onderneming of betrokkene zelf. Ook werd de ondernemer verplicht achteraf melding te maken van een benoeming of ontslag van een bestuurder, zonder de zwaarwegende belangenclausule. In 1979⁶¹ is dit informatierecht vervangen door het adviesrecht zoals dat nu in artikel 30 WOR is opgenomen.

Allereerst moet het gaan om een voorgenomen besluit *van de ondernemer*. Indien een derde benoemings- en ontslagbevoegdheden heeft met betrekking tot een statutair bestuurder valt dit niet onder artikel 30 WOR; de ondernemer neemt immers geen besluit en er is dus ook geen sprake van een voorgenomen besluit. Een besluit van de bestuurder zelf om zijn rechtsbetrekking met de onderneming te beëindigen is evenmin adviesplichtig. Ook daar geldt dat geen sprake is van een besluit van de ondernemer.

Wanneer is nu sprake van een besluit tot *benoeming*? Een benoeming in de zin van artikel 30 WOR is niet alleen aan de orde als er een benoemingsbesluit in de zin van Boek 2 BW wordt genomen. Het aanwijzen van een filiaalhouder kan ook een benoeming zijn, zelfs als de filiaalhouder al in dienst van de ondernemer is. Door de aanwijzing wordt hij immers WOR-bestuurder en dus 'benoemd'. Beperk ik mij tot de statutair bestuurder die WOR-bestuurder is of wordt, dan geldt het volgende. Uitzonderingen daargelaten (zie hierboven), is de statutair bestuurder van een vennootschap die als ondernemer een onderneming in stand houdt, ook bestuurder in de zin van de WOR. Een Boek 2-benoeming is in dat geval adviesplichtig. Dit geldt ook als sprake is van een herbenoeming na een aflopende termijn. Het advies van de ondernemingsraad voor de eerdere termijn zal immers slechts hebben gezien op de periode waarvoor de bestuurder in eerste instantie werd benoemd.

Hoe nu als er meerdere statutair bestuurders zijn die allen kwalificeren als WOR-bestuurder? In dat geval bepalen zij onderling wie het overleg met de ondernemingsraad voert. Het 'aanwijzen van de overlegpartner' is in dat geval dus geen besluit van de ondernemer en daarmee ook geen aan artikel 30 WOR onderworpen besluit. Een voorbeeld: stel dat een ondernemer-vennootschap een tweehoofdig bestuur heeft, slechts één onderneming in stand houdt en geen titulaire directie heeft aangesteld. Een CEO en een CFO vormen samen dit statutair bestuur. Beiden zijn bestuurder in de zin van de WOR en de CEO voert gewoontegetrouw het overleg met de ondernemingsraad. Stel dat zij onderling besluiten (zonder verder verandering aan te brengen in de portefeuilles) dat de CFO voortaan het overleg met de ondernemingsraad voert. Is dat besluit adviesplichtig op grond van artikel 30 WOR? Ik zou menen van niet. Het betreft immers geen besluit van de ondernemer, maar van de WOR-bestuurder *in die*

60 Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54.

61 Wet van 5 september 1979, *Stb.* 1979, 448.

hoedanigheid. Hiervan moeten worden onderscheiden de besluiten van het statutair bestuur (dat in dit geval ook het WOR-bestuur is) die gelden als besluiten van de ondernemer. Ik licht dit toe. Een besluit tot het invoeren van een bepaald beloningsstelsel zal – in een vennootschap zoals hier omschreven – genomen worden door het statutair bestuur en niet door een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur neemt dat besluit dan in de uitoefening van zijn functie binnen de vennootschap (het besturen van de vennootschap) en dus moet het besluit gezien worden als een besluit van de ondernemer (waarvoor instemming van de ondernemingsraad is vereist). Dit is wezenlijk anders dan het besluit één van hen als gesprekspartner van de ondernemingsraad aan te wijzen. Dat besluit berust op de bevoegdheid die de WOR geeft in artikel 23 lid 4.

Anders ligt dit indien in het hierboven geschetste voorbeeld door de ondernemer besloten wordt een derde statutair bestuurder te benoemen. Dit zal geen bestuursbesluit zijn, maar een besluit van de algemene vergadering of de raad van commissarissen. Dat besluit is adviesplichtig op grond van artikel 30 WOR⁶² omdat deze bestuurder, net als de andere twee bestuurders in de zin van de WOR zal zijn en diens benoeming dus adviesplichtig is, ongeacht de vraag of hij de daadwerkelijke overlegpartner van de ondernemingsraad zal worden. Stel nu dat de CFO en de CEO besluiten toch een titulair directeur aan te stellen, die de onderneming gaat leiden, die ook het overleg met de ondernemingsraad gaat voeren. Is dat besluit adviesplichtig? Ja, enerzijds op grond van artikel 25 lid 1 sub e WOR, een belangrijke wijziging van de bevoegdheden binnen de onderneming, omdat de algemene leiding over de onderneming elders komt te liggen. Anderzijds zal advies gevraagd moeten worden op grond van artikel 30 WOR. Deze nieuwe functionaris wordt immers de WOR-bestuurder in plaats van de huidige twee WOR-bestuurders. Dit geldt niet alleen indien een nieuwe persoon wordt aangenomen, maar ook als dit iemand is die al langer in de organisatie werkzaam is. Er is naar mijn mening niet alleen sprake van een benoeming als er een benoeming in de zin van Boek 2 BW aan de orde is of als een bestuurder van buiten komt. Ook een interne promotie kan een benoeming in de zin van de WOR zijn.

Artikel 30 WOR kent geen beroepsrecht.⁶³ Anders gezegd: artikel 26 WOR is niet van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat er geen maand wachttijd is nadat een van het advies afwijkend besluit is genomen en dat de ondernemingsraad evenmin tegen een van het advies afwijkend besluit in beroep kan komen bij de Ondernemingskamer. Vraagt de ondernemer in het geheel geen advies, dan heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid naleving van de WOR af te dwingen via de geschillenregeling van artikel 36 WOR. Artikel 36 lid 7 WOR biedt de kantonrechter de mogelijkheid de ondernemer de verplichting op te leggen bepaalde handelingen

62 Tenzij, uiteraard, deze nieuwe bestuurder zich uitsluitend bezighoudt met de buitenlandse vestigingen of een toezichthoudende taak heeft.

63 In het oorspronkelijke wetsvoorstel was nog wel een beroepsrecht opgenomen, maar dat is uiteindelijk na een nota van wijziging niet in de wet terecht gekomen. Zie *Kamerstukken II 1976/77*, 13 954, nr. 3 p. 47 en *Kamerstukken II 1977/78*, 13 954, nr. 106 p. 5.

te verrichten of na te laten. Daaronder kan ook worden verstaan het intrekken van een benoemings- of ontslagbesluit. In kort geding kan de ondernemingsraad de president vragen daar een voorschot op nemen.⁶⁴

Verschillend wordt geoordeeld over de vraag of de ondernemingsraad op grond van Boek 2 BW een ontslag- of benoemingsbesluit kan aantasten indien geen advies is gevraagd. De Rechtbank Den Haag oordeelde in 1992⁶⁵ dat de ondernemingsraad van een stichting belanghebbende is in de zin van artikel 2:11 lid 2 BW (oud) (thans artikel 2:15 lid 2 BW) en – omdat er geen rechtsgang via de WOR openstond – kan opkomen tegen een inschalingbesluit met betrekking tot een bestuurder dat volgens de ondernemingsraad in strijd is met de statuten. In casu krijgt de ondernemingsraad inhoudelijk geen gelijk, maar wordt dus wel ontvankelijk geacht. Ten overvloede merkt de rechtbank nog op dat zelfs indien het besluit vernietigd zou zijn, dit nog niet zonder meer hoeft te betekenen dat de vernietiging ook een derde raakt (in dit geval de bestuurder om wiens bezoldiging het ging). Het Hof Amsterdam⁶⁶ oordeelde – indirect – anders over de vraag of een ondernemingsraad een belanghebbende in de zin van Boek 2 BW is en dientengevolge vernietiging van een ontslag- of benoemingsbesluit zou kunnen vorderen. De eisende partij is in deze zaak niet de ondernemingsraad maar de bestuurder die primair vernietiging van de opzegging vordert op grond van artikel 2:14 jo 2:15 BW omdat artikel 30 WOR niet is nageleefd en subsidiair een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Het hof overweegt dat de WOR geschreven is in het belang van de medezeggenschap van de ondernemingsraad. Een beroep op schending van dat belang komt in beginsel slechts toe aan de ondernemingsraad. Hiervoor kent de WOR een eigen sanctiesysteem. In dat systeem past niet de mogelijkheid ex artikel 2:14 en/of 15 BW besluiten aan te tasten met een beroep op een zodanige schending. Deze overweging van het hof ziet dus op de vordering van de *bestuurder*. Zou een beroep van de bestuurder op de vernietigingsmogelijkheid uit Boek 2 gehonoreerd worden, dan leidt dit ertoe dat anderen dan de ondernemingsraad wel een sanctie op overtreding van artikel 30 WOR in handen wordt gegeven. Een sanctie die de ondernemingsraad niet heeft, aldus nog steeds het Hof Amsterdam. Hoewel dit dus niet een procedure betrof waarin een ondernemingsraad partij is, heeft het hof zich toch – negatief – uitgesproken over de vraag of een ondernemingsraad via Boek 2 BW wellicht een verkapt beroepsrecht kan creëren.

64 Vgl. Rb. Haarlem (vzr.) 15 december 1989, *KG* 1990, 58 (*OR Bornholm/Bornholm*). Zie voor een uitgebreide behandeling van sancties op schending van art. 30 WOR Van Mierlo 2013, p. 318 e.v.

65 Rb. Den Haag 27 mei 1992, *JAR* 1992/111 (*Stichting Voorzieningen Gehandicapten Noordelijk Zuid-Holland*).

66 Hof Amsterdam 20 mei 1999, *JAR* 1999/146, *NJ* 2000, 67 (*Broekhoff/Johan Vis*). De Rechtbank Arnhem heeft anders geoordeeld waar het ging om het ontslag van een bestuurder: Rb. Arnhem 20 juli 2005, *JOR* 2005/262 (*Vorstenburg/Heijmans*), r.o. 5.7. Volgens de rechtbank kan het niet vragen van advies ex art. 30 WOR onder omstandigheden in strijd met de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zijn en daarmee vernietigbaar. Ik meen dat de oudere uitspraak van het Hof Amsterdam juist is. De WOR heeft nu eenmaal een eigen sanctiesysteem dat uitdrukkelijk niet is opgenomen in Boek 2 BW. Anders: Van Mierlo 2013, p. 327/328.

Een andere mogelijkheid voor de ondernemingsraad om toch een – inhoudelijk – oordeel te krijgen over een ontslag- of benoemingsbesluit dat afwijkt van het advies bestaat indien de benoeming of het ontslag niet uitsluitend adviesplichtig is op grond van artikel 30 WOR, maar ook op grond van artikel 25 lid 1 sub e WOR. Dat laatste artikel kent immers wel een beroepsrecht. Zie voor een geval waarin de ondernemingsraad met succes die tactiek heeft ingezet een uitspraak van het Hof Amsterdam (OK) uit 1999.⁶⁷ In de eerder aangehaalde uitspraak van het Hof Amsterdam⁶⁸ is terecht overwogen dat de WOR, en daarmee artikel 30, is geschreven ten behoeve van de medezeggenschap. Dit brengt met zich dat artikel 30 WOR niet gezien kan worden als een extra (ontslag)bescherming voor de bestuurder. De bestuurder kan geen vernietiging van het ontslagbesluit vorderen op grond van een schending van artikel 30 WOR. Ook zou in beginsel van een onjuist WOR-traject geen opwaartse werking op een eventuele ontslagvergoeding uit moeten gaan. Een benoemings- of ontslagbesluit is geldig, ook als de procedure ex artikel 30 WOR niet goed is gevolgd.⁶⁹

Dat het voor de ondernemingsraad niet makkelijk is iets te bereiken door een beroep op schending van artikel 30 WOR blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Zutphen.⁷⁰ De centrale ondernemingsraad vordert schorsing van het benoemingsbesluit van de bestuurders wegens schending artikel 30 WOR. De centrale ondernemingsraad heeft zich onthouden van advies en stelt zich op het standpunt dat hij niet kan adviseren omdat niet duidelijk is gemaakt hoe de taken verdeeld worden in de 'nieuwe' raad van bestuur. Daarmee is het naar het oordeel van de ondernemingsraad het niet mogelijk zijn iets zinnigs te zeggen over de geschiktheid van de kandidaten. De kantonrechter gaat hier niet in mee en wijst de vordering af. Meegespeeld heeft dat de centrale ondernemingsraad de betrokken kandidaten wel heeft willen spreken. De centrale ondernemingsraad had kunnen adviseren, ervan uitgaande dat er geen wijziging in de taakverdeling zou komen.

Standpuntbepalingsrecht ondernemingsraad

Met ingang van 1 juli 2010⁷¹ heeft de ondernemingsraad van een NV naast het adviesrecht een standpuntbepalingsrecht met betrekking tot (i) belangrijke bestuursbesluiten (besluiten in de zin van artikel 2:107a BW), (ii) de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders en commissarissen en (iii) het bezoldigingsbeleid. Het standpuntbepalingsrecht ten aanzien van de benoeming is neergelegd in een nieuw ingevoegd artikel 2:134a BW. Het is de bedoeling dat de ondernemingsraad

67 Hof Amsterdam (OK) 15 april 1999, *JOR* 2000/1 m.nt Vonk (*OR Noest/Noest*). Een ander voorbeeld is de uitspraak van het Hof Amsterdam (OK) van 23 januari 2004, *JAR* 2004/47 (*COR CG Holding/KG Holding*). In deze uitspraak is de vraag aan de orde of het benoemen van twee titulair directeurs onder de CEO uitsluitend adviesplichtig is op grond van artikel 30 WOR of ook op grond van artikel 25 lid 1 onder e WOR. De Ondernemingskamer oordeelt dat laatste standpunt juist en komt tot het oordeel dat het besluit kennelijk onredelijk is. De toetsing vindt uitsluitend plaats op grond van artikel 25 en niet op grond van artikel 30 WOR.

68 Hof Amsterdam 20 mei 1999, *JAR* 1999/146, *NJ* 2000, 607 (*Broekhoff/Johan Vis*).

69 In die zin al Van der Grinten 1980.

70 Rb. Zutphen (ktr. vzr.) 20 juni 2008, *JOR* 2008/226 m.nt Verburg (*COR Wegener/Wegener*).

71 Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 250, inwerkingtreding 1 juli 2010, *Stb.* 2010, 251 (parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 31 877).

tijdig voor de datum van oproeping van de algemene vergadering in staat is gesteld een standpunt te bepalen. Het standpunt van de ondernemingsraad wordt tegelijk met het voorstel tot benoeming aangeboden aan de algemene vergadering en mag namens de ondernemingsraad worden toegelicht. Expliciet is bepaald dat het ontbreken van een standpunt van de ondernemingsraad de besluitvorming niet aantast. Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer is uitdrukkelijk gevraagd naar de reikwijdte van deze bepaling: ziet zij alleen op het geval dat de ondernemingsraad wel wordt gevraagd om een standpunt maar dat niet geeft, of ook op de situatie waarin de ondernemingsraad niet om zijn standpunt is gevraagd?⁷² De regering beantwoordt deze vraag als volgt: in beide gevallen kan de besluitvorming niet worden aangetast, ook niet op grond van de redelijkheid en billijkheid. Wel kan de ondernemingsraad via een kort geding afdwingen dat hij zijn standpunt mag geven.⁷³

De toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 30 WOR is beperkt. Alleen in die gevallen dat de te benoemen bestuurder niet geldt als een bestuurder in de zin van de WOR (zie hoofdstuk 4 onder 3.2 en 3.3) voegt de bepaling daadwerkelijk iets toe aan de WOR. In de memorie van toelichting⁷⁴ wordt opgemerkt dat de bestuurder in de zin van artikel 30 WOR veelal niet de bestuurder in vennootschapsrechtelijke zin is. Deze opmerking wordt niet door onderzoek gestaafd, hierboven bij de bespreking van het begrip bestuurder in de zin van de WOR kom ik tot een andere conclusie. Wel is het zo dat het standpuntbepalingsrecht de ondernemingsraad de mogelijkheid geeft in de algemene vergadering zijn standpunt naar voren te brengen. Artikel 30 WOR geeft die mogelijkheid niet.

Corporate Governance

Een bestuurder kan worden benoemd voor bepaalde tijd en voor onbepaalde tijd. De Code Frijns beveelt aan een bestuurder van een beursvennootschap voor maximaal vier jaar te benoemen (aanbeveling II.1.1) en ook herbenoeming altijd voor bepaalde tijd te laten zijn. Een benoeming die afwijkt van hetgeen de Code Frijns voorschrijft is gewoon geldig. Wel moet de vennootschap dit op grond van artikel 2:391 lid 5 BW in haar jaarverslag uit te leggen ('*comply or explain*').

4.2.1.2 *Benoeming bij akte van oprichting*

Zowel voor de gewone vennootschap (artikel 2:132 lid 1 en 2:242 lid 1 BW) als voor de structuurvennootschap (artikel 2:162 en 2:172 BW) geldt dat de eerste bestuurders worden benoemd bij de akte van oprichting. Het niet benoemen van een bestuurder bij de akte van oprichting is geen oprichtingsgebrek in de zin van artikel 2:21 BW op grond waarvan de vennootschap ontbonden kan worden. Zijn geen bestuurders benoemd, dan kunnen de oprichters de vennootschap binden krachtens artikel 2:93 lid 4 BW. Artikel 2:93 (203) BW gaat over rechtshandelingen te verrichten door de

⁷² Kamerstukken I 2009/10, 31 877, B, p. 4.

⁷³ Kamerstukken I 2009/10, 31 877, C, p. 4-6.

⁷⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 877, nr. 3, p. 8.

vennootschap i.o. Het vierde lid bepaalt dat de oprichters de vennootschap slechts kunnen verbinden door een aantal limitatief opgesomde rechtshandelingen. Daaronder valt: '(...) *het aanstellen van bestuurders, het benoemen van commissarissen* (...)'. In de parlementaire geschiedenis van de Wet kapitaal van de besloten vennootschap⁷⁵ is het gebruikte verschil in terminologie (aanstellen versus benoemen) aan de orde geweest. De leden van de D'66-fractie vragen of ook het vaststellen van de beloning van commissarissen en bestuurder valt onder de rechtstreekse binding.⁷⁶ De regering antwoordt daarop het volgende:

"Op de vraag van de leden van de fractie van D'66 deel ik mee dat naar mijn mening de woordkeus 'aanstellen' in artikel 203, lid 2 meebrengt dat ook het vaststellen van de arbeidsvoorwaarden, waaronder de beloning, van bestuurders onder de werking van deze bepaling valt. Niet valt in te zien waarom de beloning van commissarissen er dan niet onder zou vallen. Dat bij de commissarissen het woord aanstellen is vermeden, vindt zijn grond slechts in de omstandigheid dat met commissarissen geen arbeidsovereenkomst wordt gesloten."⁷⁷

Deze overweging laat duidelijk zien dat ook de wetgever niet fundamenteel stilstaat bij de kwalificatie van het aangaan van de rechtsverhouding tussen vennootschap en bestuurder. De term 'aanstellen' duidt er volgens de wetgever op dat een arbeidsovereenkomst wordt gesloten. Hierin valt steun te vinden voor de al in hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3 verdedigde opvatting dat de *benoeming* niet ook tegelijkertijd een contractuele poot doet ontstaan. Dan had immers kunnen worden volstaan met de term benoemen. Het door de regering gemaakte onderscheid met de commissaris is onzinnig. Commissarissen zullen hun werkzaamheden doorgaans ook tegen vergoeding verrichten, maar op basis van een opdrachtovereenkomst, ook daar moet dus een overeenkomst worden gesloten, alleen van een andere aard.⁷⁸

Net als bij de benoeming via een besluit, geldt ook hier dat een bestuurder niet tegen zijn zin kan worden benoemd. Ook een benoeming in de akte van oprichting leidt pas tot een rechtsbetrekking tussen vennootschap en bestuurder als de benoeming is aanvaard.

4.2.1.3 *Benoeming door de Ondernemingskamer*

De enquêteprocedure en de bestuurder

Het enquêterecht is neergelegd in afdeling 2 van titel 8 Boek 2 BW (artikel 2:344-359 BW).⁷⁹ De Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam kan het beleid van en de gang van zaken binnen een rechtspersoon laten onderzoeken. Daarnaast kan de Ondernemingskamer op verzoek (onmiddellijke) voorzieningen treffen om in te grijpen in het

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

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

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

78 Vgl. Huizink 1989 p. 60/61.

79 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 3.5.1 voor de relevante overwegingen uit de totstandkomingsgeschiedenis van afdeling 2.

ondernemingsbeleid. Artikel 2:345 BW bepaalt dat slechts de in de wet aangewezen (rechts)personen de Ondernemingskamer kunnen verzoeken een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Dat betreft – limitatief – aandeelhouders (met een zekere drempel), vakorganisaties en de advocaat-generaal om redenen van openbaar belang.⁸⁰ Daarnaast kan het enquêterecht bij overeenkomst of in de statuten aan anderen worden toegekend. Een bekend voorbeeld is de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging die langs deze weg enquêterecht krijgt.⁸¹

De enquêteprocedure bestaat uit twee fasen. In de eerste fase beoordeelt de Ondernemingskamer, met de meeste spoed, of er aanleiding is een enquête te gelasten. Al bij de behandeling van dat verzoek kan de Ondernemingskamer een onmiddellijke voorziening treffen voor ten hoogste de duur van de procedure (artikel 2:349a lid 2 BW). De wet specificeert niet welke voorzieningen tot de mogelijkheden behoren. Als de Ondernemingskamer van oordeel is dat gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen, wijst zij het verzoek toe. Er wordt dan een rapporteur benoemd om het onderzoek te verrichten (artikel 2:350 en 351 BW). Vervolgens kan de Ondernemingskamer op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers of andere gerechtigden uitspreken dat sprake is van wanbeleid. Is dat het geval, dan kan zij – op verzoek – voorzieningen treffen.⁸² Deze voorzieningen zijn, anders dan de onmiddellijke voorzieningen, wel limitatief opgesomd in artikel 2:356 BW. Het betreft zowel tijdelijke als permanente voorzieningen. De Ondernemingskamer dient de duur van de voorzieningen te bepalen en heeft voorts de bevoegdheid de gevolgen van de voorzieningen te regelen. Het is de rechtspersoon niet toegestaan de getroffen voorziening ongedaan te maken. Een besluit daartoe is nietig (artikel 2:357 leden 1,2 en 3 BW).

Benoeming van een bestuurder kan zowel als onmiddellijke voorziening (artikel 2:349a BW) als bij wege van de voorziening ex artikel 2:356 BW. In beide gevallen is sprake van een tijdelijke voorziening. Een onmiddellijke voorziening is altijd tijdelijk van aard en artikel 2:356 onder c BW geeft uitdrukkelijk slechts de bevoegdheid tot *tijdelijke* aanstelling van een of meer bestuurders (of commissarissen). Uit empirisch onderzoek naar de enquêteprocedure over de jaren 1971 t/m 2007 blijkt dat de tijdelijke aanstelling met schorsing en ontslag de meest voorkomende voorzieningen ex 2:356 BW zijn. Bij de onmiddellijke voorzieningen scoren benoeming en schorsing eveneens hoog.⁸³

80 Met de inwerkingtreding van de wet aanpassing enquêterecht (Wet van 18 juni 2012, *Stb.* 2012, 274, parlementaire behandeling: *Kamerstukken* 32 887) wordt deze bevoegdheid ook toegekend aan de rechtspersoon zelf. Vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.5.1.

81 Zie voor een overzicht van de zaken waarin een medezeggenschapsorgaan succesvol gebruik maakt van een hem toegekend enquêterecht Zaal 2009. Gewezen zij verder op de verplichting voor pensioenfondsen en zorginstellingen om in hun statuten het enquêterecht toe te kennen aan deelnemersraden respectievelijk cliëntenraden.

82 De Ondernemingskamer kan ook volstaan met de uitspraak dat sprake is van wanbeleid zonder voorzieningen te treffen, HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 m.nt. Ma (*OGEM*).

83 Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 66 en 71.

De Ondernemingskamer heeft ook de bevoegdheid besluiten van een orgaan van de rechtspersoon te schorsen of vernietigen (artikel 2:356 sub a BW). Ook dit kan de bestuurder raken: de Ondernemingskamer kan benoemings-, bezoldigings- en ontslagbesluiten schorsen of vernietigen. Een goed voorbeeld is de *Rodamco*-zaak waarin besluiten tot het wijzigen van de voorwaarden van een change-of-control werden vernietigd.⁸⁴ Zie over deze uitspraak ook hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.3.

De wet geeft de Ondernemingskamer de bevoegdheid de gevolgen van een door haar getroffen voorziening te regelen (artikel 2:357 lid 2 BW). De opvatting in de literatuur is dat het regelen van de gevolgen van een voorziening niet zover mag gaan dat de limitatieve opsomming van mogelijke voorzieningen in artikel 2:356 BW wordt doorbroken.⁸⁵ Dat betekent onder meer dat de Ondernemingskamer wel een besluit kan vernietigen maar geen door de vennootschap gesloten overeenkomst kan vernietigen of ontbinden. Voor bestuurders met hun dubbele rechtsbetrekking lijkt dit onderscheid te zijn vervaagd. Ik roep in herinnering dat de bestuurder als contractspartij bij de (arbeids)overeenkomst als derde ten opzichte van de vennootschap moet worden beschouwd, ook na aanvaarding van de benoeming (zie paragraaf 4.2.1.1 van dit hoofdstuk). Hoewel de Ondernemingskamer in de *Rodamco*-zaak niet zelf ingrijpt in de contractuele verhouding, is het verschil de facto verwaarloosbaar. De bestuurder kan door de vernietiging van de besluiten uiteindelijk geen aanspraak meer maken op een beding dat hij rechtsgeldig met de vennootschap is overeengekomen. Zou de vennootschap de overeenkomst eenzijdig hebben willen wijzigen, dan zouden de zwaardere toetsen van artikel 7:611, 613 of 6:248 of 258 BW van toepassing zijn geweest.⁸⁶

De benoeming van bestuurders door de Ondernemingskamer

De door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurder is een statutair bestuurder in de zin van Boek 2 BW. Meestal draagt de Ondernemingskamer hem een specifieke taak op.⁸⁷ Over de vraag of de Ondernemingskamer bij de benoeming gebonden is aan wettelijk en statutaire voorschriften die op benoeming van bestuurders betrekking hebben, is in de parlementaire geschiedenis niets terug te vinden.⁸⁸ Ook de Hoge Raad heeft zich daarover nog niet uitgelaten. Wel heeft de Hoge Raad overwogen dat bij het ontslag van een bestuurder de Ondernemingskamer niet gebonden is aan de wettelijke of statutaire bepalingen.⁸⁹ Het ligt voor de hand dit ook aan te nemen voor

84 Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2002, *JOR* 2002/82 m.nt. Van den Ingh, *ARO* 2002/35 en HR 18 april 2003, *JOR* 2003/110 m.nt. Blanco Fernández (*Rodamco*).

85 *Losbladige Rechtspersonen*, P.G.F.A. Geerts, art. 2:357, aant. 4 en de daar aangehaalde literatuur.

86 Zie over eenzijdige wijziging ook hoofdstuk 5, paragraaf 5.5.2.

87 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 juni 1994 (OK), *TvVS* 1994, p. 277 m.nt. IJsselmuiden (*IIP Holland*), Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2001, *JOR* 2001/35 (*Skytech/Skygate*) en Hof Amsterdam (OK) 7 april 2004, *ARO* 2004/52 (*Adeodat/Clamor*). Het meegeven van de opdracht is gebaseerd op artikel 2:357 lid 2 BW dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid geeft de gevolgen van de voorziening te regelen.

88 *Losbladige Rechtspersonen*, C.A. Boukema, artikel 2:355, aant. 3 en Geerts 2004, p. 294.

89 HR 28 juni 2000, *NJ* 2000, 556 m.nt. Ma en *JOR* 2000/151 (*Hoffman*).

de benoeming.⁹⁰ De Ondernemingskamer gebruikt haar bevoegdheid om de gevolgen van de voorziening te regelen vrijwel altijd om een regeling te geven voor de beloning van de bestuurder (artikel 2:357 lid 4 BW geeft hiertoe uitdrukkelijk de bevoegdheid). De door de Ondernemingskamer aangestelde bestuurder kan niet worden ontslagen door het (normaal gesproken tot ontslag van bestuurders) bevoegde orgaan. Artikel 2:357 lid 3 BW zich hiertegen. Dat de Ondernemingskamer geen advies van de ondernemingsraad ex artikel 30 WOR hoeft te vragen spreekt voor zich. De ondernemingsraad heeft immers alleen adviesrecht over voorgenomen besluiten van de ondernemer. Hetzelfde geldt uiteraard voor het standpuntbepalingsrecht ex artikel 2:134a (244a) BW.

Door de aanstelling door de Ondernemingskamer ontstaat een vennootschapsrechtelijke band tussen de bestuurder en de vennootschap. De bestuurder gaat, net als een bestuurder benoemd door het bevoegd orgaan, deel uitmaken van de vennootschappelijke deelrechtsorde. Grondslag voor de binding met de vennootschap, alsook voor de betaling van de vergoeding, is de beschikking van de Ondernemingskamer en niet enige overeenstemming tussen de vennootschap en de bestuurder, enigszins vergelijkbaar met de door de rechtbank benoemde curator. Er ontstaat geen contractuele band met de vennootschap, maar uitsluitend een vennootschapsrechtelijke verhouding.

De vraag die gesteld kan worden is of, indien de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder zijn werkzaamheden eenmaal aanvangt, de facto een arbeidsovereenkomst kan ontstaan tussen de vennootschap en de bestuurder. Voor de beantwoording van de vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden wordt gekeken naar hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen mochten afleiden.⁹¹ Als blijkt dat partijen zich hebben verbonden, dan is de volgende vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Gekeken moet worden naar wat partijen hebben beoogd en naar hoe zij feitelijk uitvoering en invulling hebben gegeven aan hun arbeidsverhouding.⁹² In de situatie waarin een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder aan de slag gaat bij de vennootschap zal er in aanvang niet snel sprake van zijn dat partijen (de bestuurder en de vennootschap) zich jegens elkaar hebben verbonden. Denkbaar is dat gaandeweg de vennootschap en de bestuurder zich gaan gedragen alsof er een arbeidsovereenkomst is. Mij lijkt het niet waarschijnlijk dat die situatie zich voordoet, gelet op de het karakter van de benoeming door de Ondernemingskamer. Zouden partijen met elkaar door willen, dan ligt het voor de hand dat dat expliciet wordt afgesproken.

Naast de mogelijkheid een bestuurder tijdelijk te benoemen, kan de Ondernemingskamer bij wege van onmiddellijke voorziening ook de beoogde benoeming van een bestuurder tegenhouden. Een voorbeeld hiervan is de *ASMI*-zaak.⁹³ In die zaak had

90 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 806, *Losbladige Rechtspersonen*, P.G.F.A. Geerts, art. 2:356, aant. 8.2.

91 HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 en JAR 2002/100 (*ABN AMRO/Malhi*).

92 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 en JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

93 Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2008, JOR 2008/158 (*ASMI*).

een aantal aandeelhouders onder meer de benoeming van een nieuwe bestuurder op de agenda gezet. De Ondernemingskamer heeft bij wijze van onmiddellijke voorziening verboden daarover een besluit te nemen. Partijen moesten eerst proberen een compromis te sluiten. Hierbij kan een vergelijkbaar probleem spelen als bij het 'gewoon' niet doorgaan van een benoeming omdat de algemene vergadering het besluit niet neemt. Niet valt uit te sluiten dat met de beoogde nieuwe bestuurder al een overeenkomst was gesloten. Verwezen zij naar paragraaf 4.3.2.1 onder b van dit hoofdstuk.

4.2.2 *Het aangaan van de arbeidsovereenkomst*

4.2.2.1 *Algemeen*

De arbeidsovereenkomst is een benoemde overeenkomst en wordt beschouwd als een obligatoire overeenkomst.⁹⁴ Net als andere overeenkomsten komt de arbeidsovereenkomst tot stand door wilsovereenstemming, door aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW) en kan zij worden gekwalificeerd als een meerzijdige rechtshandeling. Hierop zijn de artikelen 3:33-35 en 6:217 e.v. BW van toepassing. Titel 10 Boek 7 BW geeft geen bijzondere regels over het aangaan van de arbeidsovereenkomst.⁹⁵

De arbeidsovereenkomst is in beginsel vormvrij en het aangaan kan dus zowel mondeling als schriftelijk gebeuren.⁹⁶ Wel is de werkgever op grond van artikel 7:655 BW verplicht een aantal gegevens met betrekking tot de arbeidsovereenkomst schriftelijk aan de werknemer te verstrekken. Dit is echter geen constitutief vereiste. Voor bepaalde bedingen is schriftelijkheid wel een constitutief vereiste. Ik wijs op het boetebeding, proeftijdbeding en concurrentiebeding. Hetzelfde geldt voor die wettelijke bepalingen waarvan afwijking slechts is toegestaan indien dat schriftelijk gebeurt. Zo is een tussen partijen overeengekomen opzegtermijn die langer is dan de wettelijke opzegtermijn alleen geldig indien schriftelijk overeengekomen. Een arbeidsovereenkomst kan ook stilzwijgend tot stand komen.⁹⁷ Artikel 7:610a BW

94 Zie Konijn 1999 p. 17-21, voor een beschrijving van (nimmer gangbaar geworden) opvattingen in de literatuur dat de arbeidsovereenkomst geen obligatoir karakter heeft, maar een persoonlijk of sociaal karakter.

95 Vgl. Konijn 1999, p. 70 en over de verhouding tussen het arbeidsrecht en het algemeen vermogensrecht Van der Heiden 1993; Konijn 1999; Van Slooten 1999; Bungener 2008. Verder: Castermans 2001 en Snijders 2001.

96 Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 35; Bakels/Bouwens/Houwerzijl & Roozendaal 2013, p. 75.

97 HR 5 april 2002, NJ 2003, 124, JAR 2002/100 (ABN AMRO/Malhi). In r.o. 3.5. overweegt de Hoge Raad dat om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen partijen zich niet uitdrukkelijk jegens elkaar hoeven te hebben verbonden. Of zij zich jegens elkaar hebben verbonden, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. Als op zichzelf duidelijk is dat partijen een overeenkomst hebben gesloten krachtens welke één der partijen werkzaamheden verricht, maar de kwalificatievraag speelt (meestal: is het een arbeidsovereenkomst of een opdrachtovereenkomst) dan geldt het criterium uit het *Groen/Schoevers*-arrest (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 en JAR 1997/263): hoe hebben partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsverhouding. In het *ABN AMRO/Malhi*-arrest is vervolgens geoordeeld dat een overeenkomst niet stilzwijgend 'van kleur kan verschieten'.

geeft hierbij richting door het rechtsvermoeden: is gedurende drie maanden wekelijks dan wel gedurende 20 uren per maand arbeid verricht, dan wordt vermoed dat deze arbeid krachtens een arbeidsovereenkomst is verricht.

Iedereen, mits handelingsbekwaam,⁹⁸ kan een arbeidsovereenkomst aangaan. Wel dient de werknemer een natuurlijke persoon te zijn, dit ligt besloten in het persoonlijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Een bestuurder kan daarentegen ook een rechtspersoon zijn.

Ook een opdrachtovereenkomst kan vormvrij worden gesloten. Een opdrachtnemer kan, in tegenstelling tot een werknemer, wel een rechtspersoon zijn.

4.2.2.2 De managementovereenkomst

Een managementovereenkomst is niets anders dan een opdrachtovereenkomst. Er zijn ruwweg twee typen managementovereenkomsten te onderscheiden: (i) de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder in persoon en (ii) de overeenkomst tussen de vennootschap en de 'persoonlijke' BV van de bestuurder. Deze laatste variant kan in beginsel niet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst.⁹⁹ Een vennootschap kan immers geen werknemer zijn, een werknemer moet altijd een natuurlijke persoon zijn. Wel kan het zo zijn dat de rechtsverhouding tussen de natuurlijke persoon die uiteindelijk achter de BV zit en de vennootschap als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Zie hierover de hierna te bespreken arresten *Bruijns/Arrow*, *Groen/Schoevers* en *Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*. In de overeenkomst tussen de vennootschap en de BV wordt doorgaans overeengekomen dat de BV de bestuursfunctie zal vervullen en zorg zal dragen dat een bepaalde, met name genoemde persoon (vrijwel altijd de directeur-groootaandeelhouder van de persoonlijke BV) de feitelijke werkzaamheden zal verrichten. De achtergrond van deze constructie is vaak fiscaal van aard. Soms is er geen tussenkomst van een persoonlijke BV. De bestuurder-natuurlijke persoon wordt dan benoemd als bestuurder en is ook contractspartij bij de opdrachtovereenkomst.¹⁰⁰ In dat geval zal een

98 Voor minderjarigen kent het arbeidsrecht een aangepaste bekwaamheidsregeling, artikel 7:612 BW.

99 HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 215 m.nt. PAS (*Bruijns/Arrow*), HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schoevers*) en HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 449 m.nt. Verhulp, *JAR* 2007/231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

100 Honée noemt deze twee typen (overeenkomst met de persoonlijke BV enerzijds en met de bestuurder in persoon anderzijds) respectievelijk de beheersovereenkomst en de bestuursovereenkomst. In de beheersovereenkomst is het doel dat het bestuur van de vennootschap wordt opgedragen aan de persoonlijke BV. Bij een bestuursovereenkomst is slechts sprake van een invulling van het contractuele element van de verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder-natuurlijke persoon, Honée 1991, p. 22. Ik denk dat die laatste constatering niet juist is; er hoeft zoals eerder betoogd (hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3) naast de vennootschapsrechtelijke band geen contractuele band met de(zelfde) vennootschap te zijn. Honée concludeert dat de 'managementovereenkomst' niets anders is dan een bestuurderscontract. Naar mijn oordeel is dit geen juiste omschrijving, maar is – in zijn termen – zowel een beheersovereenkomst als een bestuursovereenkomst een overeenkomst van opdracht, waarin partijen de contractuele relatie die zij naast het bestuurderschap willen creëren, vormgeven.

rechter sneller oordelen dat de relatie tussen de vennootschap en de bestuurder-natuurlijke persoon wordt gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst dan in het geval een persoonlijk BV is tussengeschoven.

Dat een managementovereenkomst met een BV geen arbeidsovereenkomst is, ook niet als de overeenkomst bepaalt dat één bepaalde persoon de arbeid feitelijk dient te verrichten, is door de Hoge Raad nog eens bevestigd in het *Bruijns/Arrow*-arrest.¹⁰¹ Het gaat in deze zaak – onder meer – om de vraag of de in de managementovereenkomsten (het gaat om twee bestuurders) opgenomen concurrentiebedingen hun kracht hebben verloren doordat de overeenkomsten schadeplichtig zijn opgezegd. De bestuurders beroepen zich in dat verband op artikel 7:653 lid 3 BW. De Hoge Raad overweegt, in navolging van A-G Koopmans, dat de persoonlijke BV's bestuurder waren van de vennootschap. Zij (de BV's) kunnen niet worden aangemerkt als werknemers in de zin van het BW omdat een werknemer slechts een natuurlijke persoon kan zijn. Het feit dat de personen achter de BV's op grond van de managementovereenkomsten arbeid voor de vennootschap verrichten maakt dat niet anders, aldus de Hoge Raad in r.o. 3.4. De Hoge Raad overweegt expliciet dat uit de vaststaande dan wel gestelde feiten niet kan worden afgeleid dat zij (de personen achter de BV's) daardoor tot de vennootschap kwamen te staan in een rechtsverhouding die als arbeidsovereenkomst is aan te merken. Uit de formulering van de Hoge Raad valt af te leiden dat de mogelijkheid dat wordt 'doorgeprikt' dus wel bestaat.¹⁰² De arbeidsrechtelijke bepalingen over het concurrentiebeding zijn in deze zaak dus niet van toepassing op de concurrentiebedingen in de managementovereenkomst.¹⁰³

In de casus die ten grondslag ligt aan een later arrest van de Hoge Raad, doen zich wel feiten voor die ruimte geven voor het oordeel dat tussen degene achter de management-BV en de rechtspersoon een arbeidsovereenkomst bestaat, ondanks het feit dat een opdrachtovereenkomst is gesloten tussen de rechtspersoon en de management BV. In het *PGGM*-arrest¹⁰⁴ is sprake van een managementovereenkomst tussen de persoonlijke BV van de directeur en Stichting Thuiszorg Rotterdam. Partijen hebben zich op het standpunt gesteld dat een managementovereenkomst bestaat tussen de stichting en de persoonlijke BV. PGGM, het pensioenfonds van de zorgsector, stelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de directeur in persoon en de stichting en vordert betaling van pensioenpremie door de stichting. De

101 HR 9 juli 1990, NJ 1991, 215 m.nt. PAS (*Bruijns/Arrow*).

102 Ook Van der Kind heeft dit opgemerkt: Van der Kind 2007, pt. 5.

103 Iets anders is dat ook opdrachtovereenkomsten worden geregeerd door de redelijkheid en billijkheid. De derogerende werking daarvan kan met zich brengen dat de opdrachtgever de opdrachtnemer niet aan het concurrentiebeding kan houden. Vgl. Hof Amsterdam 9 augustus 2011, JAR 2011/240 (*Ubachs Wisbrun/Ubachs*) en Rb. Breda (vzr.) 12 december 2012, JAR 2013/48 (*Zantman/Mobilized Media*).

104 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 m.nt. Verhulp, JAR 2007/231 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*). Hoewel deze zaak ziet op een directeur (geen statutair bestuurder) van een stichting en de dubbele binding dus niet speelt, is de uitspraak relevant voor de statutair bestuurder omdat de door partijen gebruikte constructie ook bij bestuurders van vennootschappen voorkomt. Zie over dit arrest onder meer Van den Berg 2007, Van der Kind 2007 en Boot 2008.

Hoge Raad stelt PGGM in het gelijk en overweegt allereerst dat de criteria¹⁰⁵ die gelden voor het bepalen of de tussen partijen bestaande rechtsverhouding een arbeidsovereenkomst betreft zowel van toepassing zijn in het geval partijen zelf twisten over de aard van hun rechtsverhouding als wanneer een derde betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst is te kwalificeren. Het hof heeft in de ogen van de Hoge Raad de betreffende criteria voorts terecht toegepast in een situatie waarin sprake is van een management-BV. Het gaat er om dat *“aan de hand van de in genoemd arrest van 1997 [Groen/Schoevers, JHB] vermelde criteria moet worden beoordeeld of tussen de opdrachtgever en de betrokken arbeidskracht een arbeidsovereenkomst is gesloten”* (r.o. 3.4). Het kan dus zo zijn dat ongeacht de overeenkomst van opdracht die is gesloten tussen de stichting (of vennootschap) en de management-BV, ook een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de stichting (of vennootschap) en de directeur-groootaandeelhouder/natuurlijk persoon van de betreffende management-BV. Opgemerkt moet worden dat de feiten in deze zaak vrij specifiek zijn. De directeur en de stichting willen uitdrukkelijk geen arbeidsovereenkomst sluiten om te vermijden dat de directeur onder de werkingsfeer van PGGM valt, teneinde een pensioenbreuk voor de directeur te voorkomen. Het is echter wel de directeur in persoon die wordt benoemd als directeur, de betalingen worden rechtstreeks door de stichting aan de directeur gedaan, zonder tussenkomst van de management BV en zonder BTW. Ook is de management-BV in feite een pensioen-BV: de doelomschrijving van de BV is *“het doen van periodieke van het leven van de gerechtigde afhankelijke uitkeringen alsmede houdstermaatschappij”*. Geen enkele verwijzing naar de managementactiviteiten dus. Het is niet verwonderlijk dat op basis van deze feiten is geconcludeerd dat door de door partijen opgezette constructie moet worden gekeken.

Voor de vraag wat het PGGM-arrest betekent voor de bestuurder die zijn werkzaamheden via een management-BV verricht is relevant of de natuurlijke persoon achter de BV is benoemd als bestuurder of de management-BV zelf. Dit is van belang voor het bepalen van de graad van ontslagbescherming als, op grond van alle feiten en omstandigheden, moet worden geconcludeerd dat de rechtsverhouding tussen de vennootschap en de natuurlijke persoon een arbeidsovereenkomst is. Is de natuurlijke persoon benoemd als bestuurder en wordt vervolgens geoordeeld dat hij ook in een arbeidsrechtelijke verhouding tot de vennootschap staat, dan zal het vennootschapsrechtelijke ontslag ook de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met zich brengen (tenzij sprake is van een opzegverbod of tenzij anders is overeengekomen), artikel 6 BBA vindt geen toepassing en herstel van de dienstbetrekking is niet mogelijk. Is echter de management-BV benoemd als bestuurder en komt een rechter tot de conclusie dat er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de natuurlijke persoon en de vennootschap, dan geniet de natuurlijke persoon de normale ontslagbescherming. Voor de vennootschapsrechtelijke benoeming telt immers slechts het benoemingsbesluit (zie hierover paragraaf 4.2.1 van dit hoofdstuk) en gaat het niet, zoals in de contractuele verhouding om de bedoeling van partijen en de feitelijk uitvoering

105 Die criteria zijn te kennen uit HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers).

die zij aan hun rechtsverhouding geven. Overigens kan juist de vraag wie is benoemd (de management-BV of de natuurlijke persoon) naar mijn oordeel een doorslaggevend argument bieden voor de stelling dat de constructie moet worden doorgeprikt of juist niet, uiteraard alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen.

Is geen sprake van een constructie die wordt doorgeprikt dan spelen arbeidsrechtelijke regels – vanzelfsprekend – geen rol bij de managementovereenkomst. De president van de Rechtbank Middelburg¹⁰⁶ oordeelde dat artikel 2:244 lid 3 BW (herstel van de dienstbetrekking is niet mogelijk) geen toepassing vindt indien sprake is van een managementcontract. Wel geldt de ratio van dat artikel: indien tussen de bestuurder en de aandeelhouders een onwerkbaar relatie bestaat, dient in beginsel de bestuurder te wijken.

De voorzieningenrechter te Utrecht¹⁰⁷ oordeelde in 2008, in lijn met het arrest *Bruijns/Arrow*, dat arbeidsrechtelijke criteria geen rol spelen bij een managementovereenkomst. Het betreft in deze zaak geen statutair maar titulair directeur die zijn werkzaamheden eerst op basis van een arbeidsovereenkomst verricht. Na enige tijd verwerft zijn persoonlijke BV een belang in de vennootschap en wordt een managementovereenkomst gesloten. De directeur blijft dezelfde werkzaamheden verrichten, als lid van de directie, maar zonder statutair bestuurder te zijn. Als de vennootschap vervolgens de managementovereenkomst met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn opzegt en de directeur ontheft van zijn werkzaamheden gedurende de opzegtermijn, vordert de directeur toelating tot zijn werkzaamheden en grondt zijn vordering mede op artikel 7:611 BW. De voorzieningenrechter maakt hiermee – terecht – korte metten:

“Voor toepassing van arbeidsrechtelijke criteria, ontleend aan de eis van goed werkgeverschap in artikel 7:611 BW, is in casu geen plaats. Hoewel [X] aanvankelijk de werkzaamheden heeft verricht op basis van een arbeidsovereenkomst, is naderhand niet louter om fiscale redenen een managementovereenkomst gesloten. Veeleer is aannemelijk dat het aangaan van een managementovereenkomst ook meer recht deed aan de positie van [X] als directeur (weliswaar niet statutair, maar wel als lid van het directieteam) en van [eiseres][de persoonlijke BV van X, JHB] als aandeelhouder van ClientFirst Beheer. Ook overigens brengt de aard van de managementovereenkomst niet mee, dat arbeidsrechtelijke criteria bij wijze van analogie toepassing dienen te vinden.”

Eveneens in 2008 oordeelt de voorzieningenrechter te Alkmaar dat op grond van de beschikbare feiten niet kan worden vastgesteld of de managementovereenkomst feitelijk als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt en laat het antwoord op die vraag in het midden omdat een kort geding zich niet leent voor verder feitenonderzoek.¹⁰⁸

106 Rb. Middelburg (vzr.) 21 september 1990, NJ 1991, 491 (D/P).

107 Rb. Utrecht (vzr.) 19 maart 2008, JAR 2008/161 (X./Client First). Ook: Rb. Almelo 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BE8776 die met zoveel woorden overweegt dat aan een managementovereenkomst nu eenmaal minder bescherming kan worden ontleend dan aan een arbeidsovereenkomst. Anders: Rb. Arnhem (vzr.) 7 augustus 2007, JAR 2007/224 (Kolwidun/Accon) die een meer arbeidsrechtelijke toetsing aanlegt ook al is sprake van een managementovereenkomst.

108 Rb. Alkmaar (vzr.) 10 juli 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BD6971.

Bijzonder, en naar mijn idee onjuist, is de uitspraak van de voorzieningenrechter te Den Haag uit 2009.¹⁰⁹ Het betrof een geschil tussen twee besloten vennootschappen, Maveron en Copia. Maveron en Copia zijn elk 50% aandeelhouder van Zlink Holding en zijn ook allebei bestuurder van deze vennootschap. Het dagelijks bestuur wordt gevoerd door twee natuurlijke personen, de één directeur-enig aandeelhouder van Copia, de ander van Maveron. (De advocaat van) Maveron stuurt een brief aan Copia waarin hij opzegt als bestuurder. (De advocaat van) Copia aanvaardt het ontslag en Maveron wordt uitgeschreven. Maveron betwist later de rechtsgeldigheid van het ontslag en vordert herstel van zijn bestuurderstatus en inschrijving in het Handelsregister. De voorzieningenrechter wijst deze vordering toe en motiveert dat arbeidsrechtelijk: de werkgever had zich er van moeten vergewissen of de werknemer onvoorwaardelijk ontslag wilde nemen. Dat hier sprake is van een managementovereenkomst leidt niet tot een ander toetsingskader. De vennootschap die bestuurder is wordt immers in de feitelijke uitvoering vertegenwoordigd door de natuurlijke persoon. Dit is niet het juiste toetsingskader: de voorzieningenrechter had net als in *Bruijns/Arrow* moeten oordelen dat arbeidsrechtelijke normen in deze verhouding geen rol spelen. Vervolgens had hij dienen te beoordelen of er feiten en omstandigheden zijn die er toe leiden dat moet worden aangenomen dat tussen Zlink Holding en de natuurlijke persoon een arbeidsovereenkomst bestaat. In dat geval had de opzegging wellicht afkomstig van deze natuurlijke persoon geacht kunnen zijn. Gelet op de casus lijkt het mij niet waarschijnlijk dat de voorzieningenrechter voldoende feiten en omstandigheden had kunnen vinden die maken dat de constructie moet worden doorgeprikt.

De bestuurder van de beursgenoteerde vennootschap heeft niet meer de keuze voor een arbeidsovereenkomst en zal een opdrachtovereenkomst met de vennootschap moeten sluiten. De wet verbiedt niet dat de constructie van de management-BV wordt gekozen. Die constructie ligt misschien juridisch wel, maar feitelijk minder voor de hand. Er zijn wel beursfondsen die bestuurd worden door een rechtspersoon, maar dat zijn uitzonderingen. Doorgaans wordt een persoonlijke verbintenis van de topman of -vrouw verwacht.

4.2.2.3 *Vertegenwoordigingsbevoegd orgaan aangaan arbeidsovereenkomst*

Een in de praktijk regelmatig terugkerende vraag is welk orgaan van de vennootschap bevoegd is de overeenkomst met de bestuurder aan te gaan. De wet bepaalt dwingend welk orgaan bevoegd is tot de vennootschapsrechtelijke benoeming (zie paragraaf 4.2.1.1), maar kent geen vergelijkbare bepaling voor het aangaan van de overeenkomst met de bestuurder. De benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst hebben gemeen dat zij de start van de rechtsrelatie vormen (vennootschapsrechtelijk en contractueel). De (arbeids)overeenkomst regelt echter doorgaans meer: het salaris, het pensioen, de opzegtermijn, eventueel een beëindigingsvergoeding, secundaire arbeidsvoorwaarden zoals een kostenvergoeding of een door de

¹⁰⁹ Rb. Den Haag (vzr.) 24 juli 2009, RO 2009/65 (*Maveron/Copia*).

vennootschap betaalde aansprakelijkheidsverzekering en bijvoorbeeld een concurrentiebeding. Sommige van die onderwerpen vallen onder het begrip bezoldiging (vgl. hoofdstuk 5, paragraaf 5.2). Het orgaan dat tot benoeming is bevoegd, is niet altijd het bevoegde orgaan om de bezoldiging vast te stellen. Dat maakt de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst complex. Een andere complicerende factor is dat in de praktijk meestal het contract wordt uit onderhandeld vóórdat sprake is van een benoemings- dan wel bezoldigingsbesluit. Zie hierover ook paragraaf 4.3.1 van dit hoofdstuk.

Vrijwel alle organen van de vennootschap lijken in meer of mindere mate in aanmerking te komen als vertegenwoordigingsbevoegde partij.

In de eerste plaats kan worden betoogd dat het aangaan van overeenkomsten namens de vennootschap bij uitstek een taak van het bestuur van de vennootschap is. Het bestuur is immers bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen, tenzij de wet anders bepaalt.¹¹⁰ Is sprake van een tegenstrijdig belang, dan is de raad van commissarissen bevoegd. Is die er niet, dan kan de aandeelhouder iemand (waaronder zichzelf of het bestuur met het tegenstrijdig belang) aanwijzen.¹¹¹ Bij de Wet bestuur en toezicht is een nieuwe tegenstrijdigbelangregeling ingevoerd. De nadruk ligt daarbij niet meer op de vertegenwoordiging, maar op de besluitvorming.¹¹² Het nieuwe artikel 2:129 (239) lid 6 BW bepaalt dat de bestuurder niet deelneemt aan de besluitvorming indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Kan het bestuur daardoor geen besluiten nemen, dan besluit de raad van commissarissen en bij gebrek daaraan, de algemene vergadering. Wordt in strijd gehandeld met deze regeling dan is het besluit vernietigbaar (en dus niet nietig) zo blijkt uit de memorie van toelichting. De vernietiging heeft voor de rechtshandeling van de vennootschap en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de betreffende bestuurder geen gevolgen. Die rechtshandeling blijft in stand. Is de derde niet te goeder trouw, dan staat voor de vennootschap een actie op grond van artikel 6:162 BW jegens die derde open wegens het profiteren van wanprestatie, aldus de memorie van toelichting.¹¹³ Hiermee sluit de wetgever enigszins aan bij aanbevelingen in de Corporate Governance Code 2008. Daarin is bepaald dat besluiten waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeven (principle II.3). Verder neemt de individuele bestuurder geen deel aan de discussie en besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij hij een tegenstrijdig belang heeft (best practice II.3.3). Het gaat in de code dus ook om besluitvorming en niet om vertegenwoordiging.

Is er sprake van een tegenstrijdig belang, dan mag het bestuur volgens de huidige regeling dus nog steeds vertegenwoordigen, maar niet besluiten omtrent de aan gelegenheid.

110 Art. 2:130 (240) BW.

111 Van Schilfgaarde 2009, p. 240 en 243.

112 Oranje 2008, p. 91, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.

113 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 p. 13 en 14 en HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 m.nt. JMMM (*Bibolini*).

Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet altijd worden bepaald aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Uit de wet volgt niet dat het bestuur, of de bestuurder zelf, per se een tegenstrijdig belang heeft als het gaat om het sluiten van een overeenkomst met zichzelf of een nieuwe bestuurder. Zonder het uitgangspunt van de concrete toets ter discussie te willen stellen, vind ik dat het veel helderheid zou brengen als vaststond dat het bestuur een tegenstrijdig belang heeft als het gaat om contracteren met leden van dat bestuur. Dat de bestuurder met wie wordt gecontracteerd een tegenstrijdig belang heeft, lijkt mij zonder twijfel.¹¹⁴ De vennootschap heeft bijvoorbeeld belang bij een gematigd salaris en zoveel mogelijk flexibiliteit bij de beëindiging. De bestuurder heeft belang bij een zo hoog mogelijk salaris en zoveel mogelijk bescherming tegen onvrijwillige beëindiging. Het is voorts de vraag of bestuurders uitsluitend het belang van de vennootschap voor ogen hebben als zij contracteren met een toekomstige of al benoemde collega die op zijn beurt weer vertegenwoordigingsbevoegd is als gaat om het aanpassen hun bestaande overeenkomsten. De bestuurder heeft dan belang bij de inhoud van het contract met zijn collega. Niets menselijks is de bestuurder vreemd.¹¹⁵ Tegenstrijdig belang bij contracteren met bestuurders als regel lijkt mij beter bij de realiteit passen dan de omgekeerde variant. Dat er bij uitzondering concrete gevallen zijn waarin geen tegenstrijdig belang is, maakt dit niet anders.

Als het bestuur als vertegenwoordigingsbevoegd orgaan wordt aangemerkt, dan kan het bestuur dus rechtsgeldig de (arbeids)overeenkomst ondertekenen, maar niet besluiten over de inhoud daarvan (zoals ingangsdatum, duur etc). Die bevoegdheid zou dan mijns inziens logischerwijs moeten berusten bij de organen die bevoegd zijn te besluiten over benoeming of bezoldiging.

Een tweede invalshoek is direct aansluiten bij de bevoegdheid een benoemingsbesluit te nemen. Het benoemingsbesluit is immers een direct extern werkend besluit en kent wat de benoeming betreft al een vertegenwoordigingsaspect jegens de bestuurder (vgl. paragraaf 4.2.1.1 van dit hoofdstuk). Niet valt in te zien waarom dat vertegenwoordigingsaspect zich niet ook zou kunnen uitstrekken tot het aangaan van de overeenkomst met de beoogde bestuurder.

Ten derde geldt dat bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst als gezegd niet alleen wordt afgesproken dát de bestuurder arbeid gaat verrichten voor de vennootschap, maar worden ook de voorwaarden waaronder hij dat zal gaan doen afgesproken. Het bevoegd orgaan om de bezoldiging vast te stellen is de algemene vergadering of de raad van commissarissen (zie hoofdstuk 5). Dat hoeft niet gelijk te lopen met het orgaan dat bevoegd is te benoemen. Ook het bezoldigingsbesluit is direct extern

114 Vgl. Rb. Rotterdam 2 juli 2008, *JIN* 2008/702 m.nt. Gepken-Jager die in gelijke zin overweegt. De rechtbank komt tot het oordeel dat de vennootschap niet aan de arbeidsovereenkomst is gebonden die door de bestuurder zelf namens de vennootschap is ondertekend.

115 Zie ook Goes 2004, p. 485, die hetzelfde betoogt ten aanzien van het onderling vrijwaren van bestuurders.

werkend en kent dus een vertegenwoordigingsaspect. Er is iets voor te zeggen het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging te bepalen, ook vertegenwoordigingsbevoegd te laten zijn de arbeidsovereenkomst te ondertekenen.

Hierbij geldt dat het niet in alle gevallen praktisch is de algemene vergadering (meestal het tot benoeming bevoegd orgaan) op te zadelen met de vertegenwoordigingsbevoegdheid de arbeidsovereenkomst aan te gaan. Dit is met name het geval bij open vennootschappen of vennootschappen met veel aandeelhouders. Zeker als de bevoegdheid het bezoldigingsbesluit te nemen bij de raad van commissarissen is gelegd, ligt het eerder voor de hand de raad van commissarissen aan te wijzen als orgaan dat vertegenwoordigingsbevoegd is de arbeidsovereenkomst aan te gaan met de bestuurder. Vooral bij naamloze vennootschappen, al dan niet beursgenoteerd, worden de onderhandelingen vrijwel altijd gevoerd door één of meerdere commissarissen. Is een vennootschap een concernvennootschap of eigendom van een private equity-bedrijf, dan zal doorgaans een vertegenwoordiger van de aandeelhouder de onderhandelingen voeren.

Consequentie is dat altijd het risico blijft bestaan dat na het sluiten van de arbeids- of opdrachtovereenkomst geen benoemingsbesluit wordt genomen. Gevolg is dat de gesloten overeenkomst weer zal moeten worden beëindigd (er kan immers geen inhoud aan worden gegeven), met eventuele kosten van dien. Zie voor een voorbeeld de beschrijving van de *AHOLD*-zaak in paragraaf 4.3.2.1 van dit hoofdstuk en in paragraaf 5.6 van hoofdstuk 5). De vennootschap moet zich dan ook realiseren dat het spreiden van de bevoegdheden – hoe dogmatisch juist wellicht ook – kan leiden tot verschillende wijze van uitoefening van die bevoegdheden.

Samengevat: op het aangaan van een (arbeids)overeenkomst met de bestuurder zijn geen bijzondere regels van toepassing. Als het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd moet worden geacht, dan kan het bestuur in ieder geval niet besluiten over de (inhoud van) de arbeidsovereenkomst in verband met tegenstrijdig belang. Die bevoegdheid zou dan moeten liggen bij de organen die bevoegd zijn het benoemingsbesluit of het bezoldigingsbesluit te nemen.

4.3 Wisselwerking benoeming en arbeidsovereenkomst

4.3.1 Opvattingen in de literatuur

Zoals in de inleiding al is opgemerkt is beduidend minder geschreven over het begin van de relatie bestuurder-vennootschap dan over het einde van de relatie, het ontslag. Huizink gaat er in zijn dissertatie van uit dat de benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst twee rechtsfeiten zijn die in tijd kunnen samenvallen, maar niet hoeven samen te vallen.¹¹⁶ Hij heeft die opvatting in latere publicaties niet

116 Huizink 1989, p. 54 en 61.

verlaten.¹¹⁷ Huizink is van oordeel dat de rechtsbetrekking eerder het karakter van een lidmaatschapsbetrekking vertoont dan van een contractuele betrekking, net zoals dat het geval is voor de aandeelhouders die immers ook zowel deel uitmaken van (een orgaan van) de vennootschappelijke rechtsorde als jegens de vennootschap rechten en verplichtingen hebben. Daarnaast voert Huizink een technisch argument aan: de bevoegdheid te benoemen en de arbeidsovereenkomst aan te gaan berusten niet bij eenzelfde orgaan.¹¹⁸ Kortom, door de benoeming (en de aanvaarding daarvan) komt niet een contractuele band tot stand tussen de vennootschap en de bestuurder. Van Schilfgaarde (en bewerkers)¹¹⁹ stelt daarentegen dat door de benoeming alleen geen juridische relatie tot stand komt maar dat de benoeming moet worden aanvaard. Die aanvaarding leidt ertoe dat een tweeledige rechtsverhouding ontstaat waarin de bestuurder enerzijds deel uitmaakt van de vennootschap als deelrechtsorde en anderzijds tot de vennootschap in een contractuele verhouding staat. Het overheersende element in de contractuele poot van de vennootschapsrechtelijke betrekking is in het algemeen een arbeidsovereenkomst. Als afgesproken is dat een bestuurder niet wordt betaald, dan komt geen arbeidsovereenkomst tot stand. Is de bestuurder in dienst van de moeder en bestuurder bij de dochter, dan is de wederpartij bij de vennootschapsrechtelijke betrekking een ander dan de wederpartij bij de daarvan losgemaakte arbeidsovereenkomst, aldus nog steeds Van Schilfgaarde. Hoe die contractuele band met een andere wederpartij dan tot stand komt (door de benoeming?) wordt niet duidelijk. Raaijmakers¹²⁰ beschouwt de benoeming als het sluitstuk van een selectie- en voordrachtsprocedure. De aanvaarding van de benoeming door de bestuurder geschiedt op basis van de afspraken die met de kandidaat-bestuurder vóór de daadwerkelijke benoeming zijn gemaakt, en onder de opschortende voorwaarde van formele benoeming.¹²¹ Raaijmakers is overigens van oordeel dat de overeenkomst die tot stand komt niet zonder meer een arbeidsovereenkomst is vanwege het ontbreken van een gezagsrelatie.¹²² Hij volgt hierin de eerdere bewerker van de Pitlo-serie, Löwensteyn.¹²³ Maeijer¹²⁴ stelt zich op het standpunt dat door de benoeming en de aanvaarding daarvan een contractuele verhouding tussen de vennootschap en de bestuurder tot stand komt. Deze contractuele verhouding houdt de functionele relatie als bestuurder in. Maeijer lijkt dus de contractuele band voorop te stellen. Het bezwaar van Maeijer tegen de visie van Huizink is dat de laatste concludeert dat omdat de bestuurder een functionele relatie heeft, deze niet contractueel kan zijn. Maeijer kwalificeert de benoemingshandeling expliciet als een tweezijdige rechtshandeling, evenals Raaijmakers. Van der Grinten¹²⁵ overweegt dat voor het ontstaan

117 Huizink 2001, p. 3 en 4, Huizink 2003, p. 5 en 6.

118 Huizink 1989, p. 64/64, Huizink 2001, p. 9.

119 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 171/172.

120 Pitlo/Raaijmakers (2) 2006, p. 393, 395.

121 Vgl. Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6 m.nt. Josephus Jitta (*AHOLD*), waaruit blijkt dat die opschortende voorwaarde er niet altijd is en tot problemen kan leiden.

122 Pitlo/Raaijmakers (2) 2006, p. 394/395.

123 Pitlo/Löwensteyn 1986 en 1994.

124 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 42. Deze opvatting is door de nieuwe bewerkers niet verlaten: In gelijke zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 195. en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 425.

125 Handboek 2013, nr. 247 en 244.

van het bestuurderschap (stilzwijgende) aanvaarding nodig is. Ook is hij van mening dat de verhouding tussen bestuurder en vennootschap twee onderscheiden componenten kent. Of de contractuele verhouding in zijn visie los van de benoeming tot stand komt wordt niet duidelijk. Van der Ploeg¹²⁶ laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat het benoemingsbesluit geen contractuele relatie tot gevolg heeft. Verburg¹²⁷ volstaat met de constatering dat de bestuurder een functionele relatie met de vennootschap heeft (als gevolg van de benoeming) en een contractuele band, mits bezoldigd.

Grofweg zijn deze visies in twee varianten te verdelen: (i) de gehele rechtsbetrekking (contractueel en vennootschapsrechtelijk) vangt aan met het benoemingsbesluit en de aanvaarding daarvan of (ii) de benoeming is de uitvoering van de gemaakte, contractuele afspraken. Uit het systeem van de wet valt niet eenduidig af te leiden welke variant juist is. Vóór de eerste benadering pleit dat er geen risico is dat wél een contract wordt gesloten, maar geen benoeming volgt. De overeenkomst komt in die visie immers pas tot stand nadat de benoeming is aanvaard. Nadeel is dat de realiteit, bijvoorbeeld door de frequentie van algemene vergaderingen, vaak anders is en veeleer het door Raaymakers geschetste scenario benadert: eerst maken partijen afspraken, daarna volgt het benoemingsbesluit. Dit leidt pas tot (mogelijke) problemen als het orgaan dat benoemt of de bezoldiging vaststelt, niet hetzelfde orgaan is dat ook bevoegd is de arbeids- of opdrachtovereenkomst te sluiten. De overeenkomst is in dat geval gesloten, maar er volgt geen benoeming zodat geen invulling aan de overeenkomst kan worden gegeven.

Een vraag die opkomt, is of een benoeming zonder contractuele poot bestaat. Gevallen waarin dat aan de orde kan komen zijn bijvoorbeeld de concernvennootschap die bestuurder wordt van een andere vennootschap, een bestuurder die door de Ondernemingskamer wordt benoemd, een werknemer die al een arbeidsovereenkomst heeft en wordt benoemd, of de benoemingen van een zittende bestuurder bij andere concernvennootschappen. In die gevallen is dus sprake van één rechtshandeling (de benoeming) met één rechtsgevolg: het tot stand brengen van een vennootschapsrechtelijke relatie (vgl. hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3). Zou de visie van Van Schilfgaarde worden gevolgd (met de aanvaarding van de benoeming vangt ook een contractuele relatie aan) dan is de vraag wat die contractuele relatie dan inhoudt als de bestuurder al werknemer is. Bestaat er al een contractuele relatie, dan creëert de benoeming geen nieuwe relatie. De contractuele poot van de rechtsbetrekking wordt dan ingevuld door de al bestaande relatie en de benoemingshandeling doet geen nieuwe of andere overeenkomst ontstaan.

Is het de bedoeling van partijen zowel een benoeming als een arbeids- of opdrachtovereenkomst te realiseren, dan geldt het volgende. Het aangaan van de overeenkomst brengt geen bestuurderschap met zich; daarvoor is immers een benoemingsbesluit

126 Van der Ploeg 2006, p. 501 en 503.

127 Verburg 2008a, p. 7.

nodig.¹²⁸ Het benoemingsbesluit moet echter worden gezien als een aanbod, ook tot het sluiten van een overeenkomst. Dit rijmt niet met het feit dat partijen het al eens zijn over de voorwaarden, met name de beloning, vóórdat benoeming aan de orde komt. Vaak is al een bindende overeenkomst gesloten, of de benoeming nu volgt of niet. Volgt de benoeming, dan heeft die dus geen enkele invloed op het al gesloten contract. Wordt wel eerst een benoemingsbesluit genomen, dan behelst dat zelden tot nooit een volwaardig aanbod tot het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Daar is minstgenomen ook een bezoldigingsbesluit voor nodig. Daar komt bij dat het bevoegde orgaan om te benoemen niet altijd het bevoegde orgaan is om de arbeidsovereenkomst aan te gaan of om de bezoldiging vast te stellen. Het 'aanbod' wordt dan door een onbevoegd orgaan gedaan. Kortom, de volgorde bij benoeming en het aangaan van de overeenkomst alsmede het samenspel tussen beide rechtshandelingen is niet duidelijk. In de praktijk wordt dit vaak ondervangen door een voorbehoud te maken bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst (zie hierover paragraaf 4.3.2.1 (b) van dit hoofdstuk). Dit maakt de dogmatisch-juridische analyse niet anders: de verhouding tussen het overeenkomstenrecht en het rechtspersonenrecht is bij het aangaan van de relatie onduidelijk. Uit het systeem van de wet volgt geen logische benadering.

Noch de visie van Huizink (de benoeming en het aangaan van de arbeidsovereenkomst twee losstaande rechtshandelingen), noch de visie van Raaijmakers (benoeming is het – formele – sluitstuk van onderhandelingen tussen partijen) geeft een bevredigend antwoord. Het lostrekken van benoeming en contract is niet in lijn met de praktijk en houdt evenmin rekening met het vertegenwoordigingsaspect van het benoemingsbesluit. De visie van Raaijmakers heeft als bezwaar dat het benoemingsbesluit is gedegradeerd tot een formaliteit of een vetorecht voor de algemene vergadering terwijl al een overeenkomst is gesloten.

4.3.2 Casusposities

In het hiernavolgende wordt aan de hand van een aantal casusposities onderzocht welke problemen kunnen ontstaan bij de benoeming en het aangaan van de arbeids- of opdrachtovereenkomst. Ook wordt onderzocht in hoeverre het leerstuk van samenloop een rol speelt.

¹²⁸ In de praktijk wordt in de arbeidsovereenkomst wel vaak verwezen naar de benoeming of het benoemingsbesluit. In paragraaf 4.2.1.1 is uiteengezet dat er zonder benoemingsbesluit geen benoeming is. De enkele verwijzing naar zo'n besluit in de arbeidsovereenkomst is slechts een aanwijzing dat het benoemingsbesluit is genomen, geen bewijs. Daaraan staat natuurlijk niet in de weg dat het benoemingsbesluit in hetzelfde document kan worden opgenomen als de arbeidsovereenkomst. Zolang uit dat document maar duidelijk blijkt dat het bevoegd orgaan het benoemingsbesluit daadwerkelijk heeft genomen, hoeft dat geen probleem te zijn. Het benoemingsbesluit is immers vormvrij. Probleem bij deze aanpak is dat het bevoegd orgaan om de arbeidsovereenkomst aan te gaan niet per definitie samenvalt met het bevoegd orgaan om te benoemen; vandaar dat in de praktijk zelden of nooit het benoemingsbesluit en de arbeidsovereenkomst in hetzelfde document zijn opgenomen (anders dan als bijlage, ondertekend door het bevoegd orgaan). Van belang is te onderkennen dat, ook als het besluit en de overeenkomst wel in één document zijn opgenomen, het twee aparte rechtshandelingen blijven.

4.3.2.1 Bestaande arbeidsovereenkomst

a) Er volgt een benoemingsbesluit

Het komt met regelmaat voor dat een werknemer van een vennootschap toetreedt tot de raad van bestuur. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is dat een wijziging van de arbeidsovereenkomst, doorgaans een promotie. De werknemer wordt een andere functie aangeboden (het benoemingsbesluit) en die wordt geaccepteerd. Wat zijn nu de gevolgen voor de arbeidsrechtelijke verhouding? De meest in het oog springende gevolgen zijn de wijziging van het ontslagregime en de wijziging van het aansprakelijkheidsregime. Dat gebeurt van rechtswege door de aanvaarding van het benoemingsbesluit. De arbeidsovereenkomst blijft voor het overige in stand. Hierbij kunnen de volgende kanttekeningen worden geplaatst.

Verandert er niets in de arbeidsvoorwaarden, dan lijkt het op het eerste gezicht voor de hand te liggen dat er geen bezoldigingsbesluit hoeft te worden genomen door het bevoegd orgaan. Toch zou dat strikt genomen wel moeten. De wet bepaalt immers dat de bezoldiging wordt *vastgesteld* door het bevoegd orgaan. Ook de keuze niets te wijzigen aan het bestaande arbeidsvoorwaardenpakket, is een vaststelling van de bezoldiging. In de praktijk gebeurt dit vrijwel nooit.¹²⁹ Wijzigen de arbeidsvoorwaarden wel dan zal naast het benoemingsbesluit een bezoldigingsbesluit moeten worden genomen. Voorts zal de wijziging van de arbeidsovereenkomst, of het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst door het bevoegde orgaan moeten gebeuren (zie hierboven).

Als de benoeming als bestuurder niets aan de feitelijke situatie of gezagsverhouding binnen de vennootschap verandert, is vaak sprake van een 'functioneel' bestuurder. Van Uden¹³⁰ heeft deze 'functioneel' bestuurder beschreven. Het is een bestuurder, vaak in concernverband, die feitelijk niet functioneert als hoofd van de onderneming. In de woorden van A-G Timmerman in zijn conclusie voor het *Seebregts*-arrest: "*functie, takenpakket en arbeidsvoorwaarden van de bestuurder [worden] nauwelijks gewijzigd omdat het statutair bestuurderschap bij de uitoefening van de werkzaamheden geen werkelijke rol speelt*".¹³¹ De consequentie van de benoeming voor deze bestuurder is groot. De ontslagbescherming vermindert en hij ziet zich geconfronteerd met de zwaardere (persoonlijke) aansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW. Boek 2 BW maakt immers geen onderscheid tussen soorten bestuurder. Tegenover deze verslechtering van de positie staat doorgaans nauwelijks extra invloed en geen extra salaris.

De benoeming kan nog een aantal andere gevolgen hebben voor de arbeidsovereenkomst. Door de benoeming valt de bestuurder soms automatisch buiten de werkingssfeer van de voor de onderneming geldende cao of de werkingssfeer van het (bedrijfstak)pensioenfonds. Ook zullen partijen zich moeten afvragen of een eventueel overeengekomen concurrentiebeding zijn gelding behoudt. Net als bij een reguliere

¹²⁹ Zie hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.2.1 voor de gevolgen van het ontbreken van een bezoldigingsbesluit.

¹³⁰ Van Uden 2006. Zie ook Duk 2013 en hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.4

¹³¹ HR 3 februari 2006, JAR 2006/66 (*Seebregts/ NH Corporate*).

functiewijziging kan het zo zijn dat door de functiewijziging het concurrentiebeding zwaarder is gaan drukken.

Aandacht verdient ook de beursgenoteerde vennootschap. Bij de Wet bestuur en toezicht¹³² is immers bepaald dat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Wat is het gevolg van deze regel als een gewone werknemer (met een bestaande arbeidsovereenkomst) benoemd wordt tot bestuurder van een beursvennootschap? Uiteraard kunnen partijen een nieuwe opdrachtovereenkomst sluiten en met wederzijds goedvinden de bestaande arbeidsovereenkomst beëindigen. Dit zal in de praktijk ook vrijwel altijd gebeuren. Gebeurt dat niet, dan moet het er gelet op het nieuwe artikel 2:132 lid 3 BW voor worden gehouden dat de bestaande arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder van rechtswege van kleur verschiet. De benoeming heeft dan het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg en het begin van de opdrachtovereenkomst. Dit lijkt een vergaande inbreuk op het gesloten stelsel van ontslagrecht, maar is de consequentie van de door de wetgever zo gewenste inperking van de bescherming van de bestuurder. Het *ABN AMRO/Malhi*-arrest¹³³ staat niet aan deze (stilzwijgende) wijziging in de weg. In dat arrest wordt immers de rechtszekerheid en de onzekerheid over het moment van verschieten als belangrijkste argument gehanteerd om geen stilzwijgende wijziging van de aard van de overeenkomst aan te nemen. Wordt een werknemer tot bestuurder van een beursvennootschap benoemd, dan is de rechtszekerheid niet in het geding. Het nieuwe artikel 2:132 lid 3 BW laat daarover geen misverstanden bestaan. Ook artikel 3:42 BW wijst op deze conversie. Een nietige rechtshandeling wordt immers op grond van dat artikel omgezet in een geldige rechtshandeling wanneer de strekking van de nietige rechtshandeling beantwoordt aan de strekking van een andere rechtshandeling.

Ook interessant is de vraag wat er gebeurt met de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap als de vennootschap naar de beurs gaat, of van de beurs wordt gehaald. Het is moeilijk voor te stellen dat de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder ook in dat geval van rechtswege van kleur verschiet. Zeker als het gaat om een beursgang: de arbeidsovereenkomst zou dan (van rechtswege?) veranderen in een opdrachtovereenkomst. Dit lijkt zich opnieuw niet goed te verdragen met het gesloten stelsel van ontslagrecht. Anders dan in het vorige geval (werknemer wordt bestuurder van een reeds genoteerde vennootschap) heeft de bestuurder hier geen keuze zijn arbeidsovereenkomst te behouden. De werknemer in het eerste geval kan immers de benoeming weigeren zonder directe consequenties voor zijn arbeidsovereenkomst, die blijft bestaan. De bestuurder in het tweede geval kan weliswaar zijn bestuurderschap neerleggen als hij niet op basis van een opdrachtovereenkomst wenst te werken, maar daarmee eindigt ook zijn arbeidsovereenkomst op grond van de *15 april*-arresten.

132 Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 948, nr. 2). Inwerkingtreding 1 januari 2013.

133 HR 5 april 2002, *NJ* 2003, 124 en *JAR* 2002/100 (*ABN AMRO/Malhi*).

Is de werknemer zonder verleden bij de vennootschap en aangenomen met het oog op het bestuurderschap, maar is de arbeids- of opdrachtovereenkomst gesloten vóórdat het benoemingsbesluit is genomen, dan spelen bovenstaande onderwerpen niet of nauwelijks. Er vindt immers geen wijziging in de functie plaats. Theoretisch gezien kan het zo zijn dat de werknemer voorafgaand aan de benoeming nog enige tijd als gewoon werknemer heeft gefunctioneerd waarmee zijn situatie lijkt op die van de werknemer die hierboven is beschreven. In de praktijk zal dat gaan om een korte, niet relevante periode.

In de bovengenoemde gevallen heeft het vennootschapsrechtelijke benoemingsbesluit gevolgen voor de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer/bestuurder. Naar mijn oordeel is er desalniettemin geen sprake van samenloop. Er rijzen geen vragen met betrekking tot de invloedssfeer van de betrokken rechtsregels noch botsen zij. Wel is het zo dat met name bij de beursbestuurder, de regels van het arbeidsrecht – of liever het ontslagrecht – niet zijn geschreven voor de consequenties van de benoeming. Toch zou ik menen dat het samenloopleerstuk hier geen oplossing voor kan aandragen. Er is immers sprake van een zekere (tijd)volgordelijkheid. De rechtsgevolgen van de benoeming (er is sprake van een opdrachtverhouding) moeten worden ‘opgelost’ in het arbeidsrecht (het gesloten ontslagstelsel). Dat is uiteindelijk mogelijk, zodat er geen ‘echte’ samenloopproblematiek ontstaat.

b) Er volgt géén benoemingsbesluit

Onachtzaamheid

Er kan sprake zijn van een ‘vergeten’ benoemingsbesluit, door onachtzaamheid of onzorgvuldige ‘corporate housekeeping’. Dit kan zowel als het gaat om een zittende werknemer met wie is afgesproken dat hij bestuurder zal worden, als met een nieuw aan te nemen bestuurder. In beide gevallen is de werknemer nooit bestuurder geworden.¹³⁴ Blijft het benoemingsbesluit achterwege, dan doet dat niets af aan het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Het ‘normale’ ontslagrecht blijft gelden, net als het normale aansprakelijkheidsregime. Partijen zullen doorgaans wel handelen alsof er een benoeming is. De ‘bestuurder’ gaat aan het werk en wordt betaald. Hebben partijen wel gehandeld alsof er een benoeming was en de ‘bestuurder’ dus bijvoorbeeld ook niet aangemeld bij het bedrijfstakpensioenfonds, dan kan het zo zijn dat een (bedrijfstak)pensioenfonds achteraf nog premies int omdat iemand ten onrechte buiten de werkingssfeer van het fonds is gebracht. (vgl. het PGGM-arrest). Samenloop is hier niet aan de orde. Dat een benoemingsbesluit vergeten is, kent eigen vennootschapsrechtelijke gevolgen (geen bestuurderschap). Het arbeidsrecht wordt hierdoor niet geraakt en volgt de eigen regels.

Bewust geen benoemingsbesluit

Het is ook mogelijk dat bewust niet wordt benoemd omdat de algemene vergadering (of raad van commissarissen) zich niet in de kandidaat kan vinden. Is de kandidaat al gewoon werknemer bij de vennootschap, dan is in feite sprake van een

¹³⁴ Zie hierover paragraaf 4.2.1.1.

mislukte promotie. Er zijn geen regels van arbeidsovereenkomstenrecht die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst dan moet eindigen.¹³⁵ Feitelijk zal dat vaak zo zijn, maar in sommige gevallen hoeft dat niet aan de orde te zijn. Denk aan goede andere promotiekansen binnen een concern, op voorhand door alle partijen ingecaluleerd risico, geen reputatieschade of weinig betekenis bestuurderschap (vergelijk het functioneel bestuurderschap).¹³⁶

In andere gevallen kan de reputatie van de beoogd bestuurder dermate beschadigd zijn dat een beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor de hand ligt. Dat zal dan op de normale arbeidsrechtelijke wijze moeten geschieden. Deze situatie is niet specifiek voor de statutair bestuurder; ook 'gewone' werknemers kunnen in de situatie komen dat een mislukte promotie maakt dat geloofwaardige voortzetting van de arbeidsverhouding niet meer aan de orde is. Dat de promotie in dit geval – mede – is gelegen in een statutair bestuurderschap, maakt dat niet anders. Er is geen aanleiding de normale arbeidsrechtelijke regels hier anders toe te passen.

Is geen sprake van een 'mislukte promotie' maar wordt een bestuurder van buiten de vennootschap gehaald, dan geldt het volgende. Het kan zo zijn dat voorafgaand aan de benoeming al een arbeidsovereenkomst is gesloten met de bestuurder (zie hierover paragraaf 4.2.1.1 over de vraag welk orgaan daartoe bevoegd is), met het oog op de komende benoeming. Wat is nu rechtens als de benoeming niet volgt?

De arbeidsovereenkomst is rechtsgeldig tot stand gekomen, maar de werknemer is géén bestuurder geworden (zie hierover paragraaf 4.3.2.1).¹³⁷ Wil de vennootschap de arbeidsovereenkomst beëindigen omdat zonder het bestuurderschap de werknemer niet van nutte is,¹³⁸ dan dienen de normale arbeidsrechtelijke regels te worden gevolgd (en zou dus voor opzegging toestemming van UWV moeten worden gevraagd, is de kantonrechter bevoegd en is herstel van de dienstbetrekking – theoretisch – mogelijk).

135 Een up-or-out-beleid wordt zelden getolereerd. Vgl. Ktr. Amsterdam 18 december 1992, *JAR* 1993/52 (*PwC/Sweerman*), Ktr. Amsterdam 31 mei 1999, *JAR* 1999/137 (*Arthur Andersen/De Groot*), Ktr. Amsterdam 5 april 2001, *JAR* 2001/100 (*X./Jansen*); Ktr. Amsterdam, 14 september 2001, *JAR* 2001/210 (*Niessen/KPMG*), Rb. Roermond (ktr.) 28 november 2003, *JAR* 2004/8 (*PwC/Hendrix*). Anders: Rb. Den Haag (ktr.) 25 april 2013, *JAR* 2013/149 (*Werkgever/Werknemer*).

136 Zie voor een geval waarin het de werknemer/bestuurder werd aangerekend dat zij niet meer een gewone functie wilde bekleden Rb. Den Haag 23 juni 1999, *JAR* 1999/209 (*Telkamp/Tolson*). Het ging daar weliswaar om een ontslagzaak, maar de uitspraak vormt een goede illustratie van de situatie waarin het bestuurderschap zeker niet allesbepalend is voor de totale rechtsbetrekking tussen partijen.

137 HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 109 m.nt. Ma en *JOR* 2001/1 (*Van Ekelenburg/Squamish*).

138 Het lijkt voor de hand te liggen dat dit het geval is, maar het hoeft natuurlijk niet. Stel dat een besloten vennootschap een winkelbedrijf exploiteert en wil uitbreiden met een nieuw filiaal. Deze onderneming wordt ondergebracht in een aparte BV. De nieuw aangezochte filiaalmanager wordt toegezegd dat hij ook bestuurder van de BV wordt. Bij nader inzien willen de aandeelhouders het bestuur van de filialen/dochters in één hand houden en benoemen de bestuurder van de bestaande BV('s) tot bestuurder van de nieuwe BV. Er kan dan nog steeds behoefte zijn aan een filiaalmanager, waarbij het ontbreken van het bestuurderschap in het geheel niet essentieel voor de arbeidsovereenkomst hoeft te zijn. Vgl. HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 211 m.nt. PAS, *JAR* 1993/244 (*Mooij Verf/De Waard*).

Zouden partijen geen arbeidsovereenkomst hebben gesloten maar een opdrachtovereenkomst, dan zal ook die overeenkomst op de juiste wijze moeten worden beëindigd.

De vraag kan zich voordoen of partijen in dit geval wel over alle wezenlijke aspecten van de arbeidsovereenkomst overeenstemming hebben.¹³⁹ Partijen zijn het dan over de functie immers niet eens. De functieomschrijving wordt gezien als een wezenlijk element van de arbeidsovereenkomst.¹⁴⁰ Probleem is dat de partijen die de arbeidsovereenkomst sloten het wel eens waren over de functie: statutair bestuurder. Dat het bevoegde orgaan vervolgens niet tot benoeming over gaat, is van een andere orde. Uiteraard ligt het voor de hand dat de vennootschap een opschortende voorwaarde of een voorbehoud opneemt (zie hierna). Is dat niet gebeurd, dan kan de vennootschap zich niet op het standpunt stellen dat geen overeenstemming is geweest. Het is veeleer zo dat de vennootschap haar eigen wil intern niet op orde heeft.

De volgende vraag is of de werknemer de benoeming kan afdwingen. Dit hangt naar mijn oordeel af van de vraag welk orgaan de toezegging heeft gedaan. Is dat het orgaan dat wél bevoegd is de arbeidsovereenkomst te sluiten, maar niet bevoegd is te benoemen, dan kan de benoeming niet worden afgedwongen. Dit volgt uit de strekking van de wet. Artikel 2:16 lid 2 BW bepaalt dat een *nietig* benoemingsbesluit altijd aan de bestuurder (of commissaris) kan worden tegengeworpen ongeacht of deze het gebrek kende of behoorde te kennen. Kende noch behoorde hij het gebrek te kennen dan heeft de bestuurder (of commissaris) wel recht op schadevergoeding. Een benoemingsbesluit genomen door een onbevoegd orgaan is nietig. Zou dus het orgaan dat de arbeidsovereenkomst heeft gesloten ook een benoemingsbesluit hebben genomen, dan is dat besluit nietig en kan (aspirant)bestuurder zich niet beroepen op de normale derdenbescherming van artikel 2:16 BW, maar slechts schadevergoeding vorderen. De ratio van deze bepaling is dat het belang van de rechtspersoon voor gaat als het gaat om wie toetreedt tot de eigen kring.¹⁴¹ Dit zou niet anders moeten zijn als het betreffende (onbevoegde) orgaan niet heeft benoemd, maar heeft *toegezegd* dat benoemd zal worden. Zou de aspirant-bestuurder deze toezegging kunnen afdwingen, dan wordt de vennootschap alsnog geconfronteerd met een toetreders tot de eigen kring die zij niet wenst. Het ligt voor de hand aan te sluiten bij de regeling voor het onbevoegd genomen benoemingsbesluit en het belang van de vennootschap in dit geval te laten prevaleren zodat geen afdwingbare verplichting tot benoeming voor de vennootschap is ontstaan.

Is de toezegging gedaan door het tot benoeming bevoegde orgaan, dan ligt dit anders. Gedacht kan worden aan de vennootschap met één aandeelhouder die tevens bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst

139 Zie Hof Den Haag 8 september 2006, JAR 2006/281 (*Hoonhorst/Metterwoon*) voor een geval waarin het hof oordeelde dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst was gesloten omdat op essentiële onderdelen geen overeenstemming bestond. Vgl. ook HR 26 november 2010, JAR 2011/14 (*Van Gorkum/LRV*) en HR 9 december 2011, JAR 2012/16 (*TomTom/Van Hoorn*).

140 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht (ktr.) 23 juli 2008, JAR 2008/269 (*Bronkhorst/Diebolt*).

141 Den Tonkelaar/Lennarts 2013, (T&C BW) art. 2:16, aant. 3 en *Kamerstukken II 1982/83*, 17 725, nr. 3, p. 63.

(bijvoorbeeld een concernvennootschap zonder zittende bestuurder). Niet valt in te zien waarom de vennootschap dan niet aan die toezegging gehouden zou kunnen worden.¹⁴² Wat de waarde in de praktijk is, valt overigens te bezien, gelet op de ruime ontslagbevoegdheid van de vennootschap.

In grotere (beurs)vennootschappen zal het eerder regel dan uitzondering zijn dat eerst een arbeidsovereenkomst met de bestuurder wordt gesloten (waarbij de vennootschap wordt vertegenwoordigd door de raad van commissarissen) en de benoemings- en eventueel bezoldigingsbesluiten op een (veel) later tijdstip in de algemene vergadering worden genomen. Dergelijke vergaderingen plegen immers weinig plaats te vinden. Dat door deze handelwijze de macht van de algemene vergadering danig kan worden ingeperkt, blijkt uit de *AHOLD*-zaak.¹⁴³ In deze enquêtezaak zijn door – onder meer – de VEB verschillende bezwaren tegen het gevoerde beleid naar voren gebracht. Een deel van de bezwaren ziet op de aanstelling en het beloningspakket van de beoogde nieuwe bestuurder Moberg. De klachten van de aandeelhouders op dit punt zijn de volgende: de informatie over het beloningspakket is te laat aan de algemene vergadering verstrekt, het beloningspakket is exorbitant, de prestatiecriteria voor de bonus zijn niet bekendgemaakt, de arbeidsovereenkomst met Moberg had gesloten moeten worden onder de voorwaarde dat de algemene vergadering zou instemmen met diens benoeming (zonder de voorwaarde dat bij niet-benoeming de overeengekomen ontslagvergoeding tot uitkering zou komen) en in strijd met de statuten is slechts één kandidaat voorgedragen. De Ondernemingskamer vindt geen van deze argumenten een gegronde reden opleveren om te twijfelen aan een juist beleid. De statuten bepalen immers dat de beloning en verdere arbeidsvoorwaarden voor de bestuurders door de raad van commissarissen worden vastgesteld. Niet gezegd kan worden dat destijds (2003) als beginsel van corporate governance gold dat informatie voorafgaand aan de algemene vergadering verstrekt zou moeten worden.¹⁴⁴ Het tijdig verstrekken van informatie zou wel eleganter geweest zijn, maar van wanbeleid is geen sprake, aldus nog steeds de Ondernemingskamer. Wat de vraag betreft of sprake is van een exorbitant beloningspakket oordeelt de Ondernemingskamer dat het in beginsel aan het tot vaststelling bevoegde orgaan is om te oordelen welke afspraken geëigend zijn. Voor twijfel aan een juist beleid ter zake is pas plaats indien afspraken zodanig zijn, dat daartoe in redelijkheid niet had kunnen worden gekomen. Daarvan is naar het oordeel van de Ondernemingskamer in dit geval geen sprake. Wel vindt de Ondernemingskamer dat anders gedacht zou kunnen worden over de afspraak dat de beoogde bestuurder de ontslagvergoeding (twee jaar-salarissen en bonus) ontvangt als de algemene vergadering zou besluiten niet tot benoeming over te gaan. Hiermee is niet gezegd dat andere afspraken tot de mogelijkheden behoorden gelet op de positie van *AHOLD* en het risico op reputatieschade

142 Zie voor een voorbeeld waarbij een werknemer een toegezegde hoge positie (hoewel niet statutair) in rechte wist af te dwingen de uitspraak van de Rb. Amsterdam (vzr.) van 4 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH0270 (*Cisco Systems*).

143 Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6 m.nt. Josephus Jitta (*AHOLD*).

144 De Code 2003 sprak over "onverwijld" publiceren. De Code Frijs is aangepast zodat de algemene vergadering goed is voorgelicht als over benoeming besloten moet worden: *Verantwoording van het werk van de commissie*, p. 55, pt. 37.

voor Moberg. Alles bij elkaar ziet de Ondernemingskamer ook hier geen reden om aan een juist beleid te twijfelen. Wel merkt de Ondernemingskamer op dat de algemene vergadering – gelet op de gemaakte afspraken met Moberg – wel erg weinig ruimte had niet tot benoeming over te gaan. Hieraan verbindt de Ondernemingskamer echter geen conclusie. Ook over de klacht dat niet voldaan is aan de statutaire eis van een bindende voordracht van twee personen stapt de Ondernemingskamer relatief makkelijk heen: daaraan kon in deze situatie niet worden voldaan gelet op de positie van AHOLD op dat moment.¹⁴⁵

Is nu de toepasselijkheid van het arbeidsovereenkomstenrecht debet aan de afgenomen macht van de algemene vergadering, of aan de afvloeiingsregeling in bovenstaand voorbeeld? Die conclusie zou ik niet willen trekken. Ook indien een opdrachtovereenkomst gesloten zou zijn, zou de aspirant-bestuurder waarborgen hebben ingebouwd als zijn onderhandelingspositie zo sterk is als kennelijk het geval was in de AHOLD-zaak. Het arbeidsovereenkomstenrecht verplicht geenszins tot het opnemen van een ontslagvergoeding bij voorbaat. Het arbeidsrecht biedt zelfs mogelijkheden om de overeenkomst met de bestuurder in de periode totdat de algemene vergadering wordt gehouden zo in te kleden dat bij geen benoeming een automatisch einde volgt. Is het de bedoeling dat de bestuurder al aan de slag gaat, dan kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden gesloten tot aan de datum van de algemene vergadering of enige tijd daarna. Daarin kan worden opgenomen dat indien een benoeming volgt, een nieuwe arbeidsovereenkomst zal worden aangeboden. Is de periode kort, of hoeven nog geen werkzaamheden te worden verricht, dan kan de arbeidsovereenkomst worden aangegaan onder de opschortende voorwaarde van benoeming (zie hierna). Dat Moberg in het boven uitgeschreven geval hiermee niet akkoord zou zijn gegaan moge zo zijn, maar dat zou hij dan ook niet zijn gegaan met een opdrachtovereenkomst zonder vooraf overeengekomen vergoeding bij niet-benoeming, of zonder opzegtermijn. Overigens kan ook opzegging van een opdrachtovereenkomst onder omstandigheden schadelijktigheid met zich brengen. Het argument dat de bestuurder het arbeidsrecht niet nodig heeft omdat hij voldoende onderhandelingsmacht heeft om zijn eigen boontjes te doppen,¹⁴⁶ heeft ook een andere kant: de bestuurder heeft dus ook voldoende onderhandelingsmacht om ook zonder de steun van het arbeidsrecht voor zichzelf goede (vertrek)voorwaarden te creëren. Die (contractuele) voorwaarden kunnen net zo veel kosten en/of belemmeringen opwerpen als de arbeidsovereenkomst. Gunstige arbeidsvoorwaarden of vertrekvoorwaarden van bestuurders zijn doorgaans niet veroorzaakt door het arbeidsrecht, maar door de onderhandelingspositie van de betreffende bestuurder.

145 Interessant in dit verband is de TNO-zaak (Rb. Den Haag (vzr.) 30 december 2008, *JAR* 2009/32 (*TNO/De Staat*)); ook besproken in hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.3.2). De voorzieningenrechter in die zaak oordeelde dat onvrede over de beloning geen reden mocht zijn om af te zien van een voordracht tot bestuurder. Er was hierbij weliswaar sprake van een publiekrechtelijke rechtspersoon, maar de parallel is desalniettemin interessant.

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

Wel is het zo dat indien partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluiten zonder dat er benoeming plaatsvindt, deze niet zonder tussenkomst van derden (UWV of rechter) kan worden beëindigd. Deze hindernis geldt in beginsel niet bij een opdrachtovereenkomst. In het arbeidsovereenkomstenrecht kan dit probleem als gezegd worden ondervangen door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, eventueel met een vooraf overeengekomen vergoeding bij niet-verlenging.

Vanuit het oogpunt van samenloop is deze variant niet interessant. Het niet volgen van een benoeming terwijl er wel een arbeidsovereenkomst is, leidt niet tot onverenigbaarheid van het arbeidsrecht en vennootschapsrecht. Er is wel sprake van een zekere wisselwerking, maar daar houdt het ook mee op.

Opschortende of ontbindende voorwaarde

Is het mogelijk de arbeids- of opdrachtovereenkomst aan te gaan onder de ontbindende of opschortende voorwaarde van benoeming?

Boek 7 BW bevat geen regels over opschortende of ontbindende voorwaarden. Het algemene vermogensrecht wel. De artikelen 6:21 en 22 BW zien op verbintenissen onder voorwaarden. In artikel 6:21 BW is bepaald dat een voorwaardelijke verbintenis een verbintenis is die, bij rechtshandeling, afhankelijk is gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis. In artikel 6:22 BW wordt het verschil geduid tussen een opschortende en een ontbindende voorwaarde. Door een opschortende voorwaarde treedt de verbintenis pas in werking als de gebeurtenis plaatsvindt. Een ontbindende voorwaarde werkt andersom: het plaatsvinden van de gebeurtenis doet de verbintenis vervallen.

Een 'toekomstig onzekere gebeurtenis' betekent dat niet alleen voor partijen, maar ook objectief onzeker is of iets wel of niet zal gebeuren. Wordt een verbintenis gesloten onder een voorwaarde die voor partijen weliswaar onzeker is, maar objectief gezien niet, dan geldt de verbintenis als onvoorwaardelijk. Hetzelfde geldt voor het omgekeerde geval: is een bepaalde voorwaarde objectief onzeker, maar menen partijen dat er een zekerheid is, dan is de verbintenis onvoorwaardelijk: partijen hebben immers bedoeld dat de verbintenis nagekomen zou worden.¹⁴⁷

Bijzonder is ten slotte de potestatieve voorwaarde: de voorwaarde is geheel afhankelijk van de wil van één der partijen. In dat geval is (nog) geen sprake van een verbintenis.¹⁴⁸

Zowel de ontbindende voorwaarde als de opschortende voorwaarde komen voor in het arbeidsovereenkomstenrecht, ook al regelt Boek 7 titel 10 BW hierover niets specifiek. De ontbindende voorwaarde trekt daarbij vaker de aandacht. Dat is niet verwonderlijk nu een ontbindende voorwaarde in feite een beëindigingsvorm is;

¹⁴⁷ Valk 2013, (T&C BW), aant. 1, art. 6:21 BW.

¹⁴⁸ Toelichting Meijers, p. 6, p. 145/147.

de arbeidsovereenkomst is immers niet alleen gesloten, maar ook al ingegaan en wordt vaak ook al uitgevoerd. De opschortende voorwaarde stelt als het ware het ingaan van de arbeidsovereenkomst uit.

De Hoge Raad heeft zich een aantal keer uitgesproken over de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. De eerste keer is geweest in 1992, in het arrest *Mungra/Van Meir*.¹⁴⁹ De casus is bekend: gynaecoloog Mungra heeft een arbeidsovereenkomst met een artsenmaatschap. Doel van zijn arbeidsovereenkomst is dat hij als waarnemer in twee ziekenhuizen optreedt. Als ontbindende voorwaarde is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt als het bestuur van de ziekenhuizen geen toestemming (meer) verleent aan Mungra om zijn werkzaamheden uit te oefenen. Op enig moment trekt het bestuur de verleende toestemming in en de maatschap stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst door het intreden van de ontbindende voorwaarde van rechtswege is geëindigd. Mungra stelt zich op het standpunt dat de ontbindende voorwaarde geen rechtskracht heeft in verband met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. De Hoge Raad overweegt als volgt:

“Een ontbindende voorwaarde kan, maar hoeft niet noodzakelijk met dit stelsel onverenigbaar te zijn, waarbij van geval tot geval moet worden gezien in hoeverre de strekking van voormelde regels tot nietigheid van de ontbindende voorwaarde leidt. Zulks strookt ook met het bepaalde in artikel 7a:1639 e leden 3 en 4 BW [thans: 7:667 leden 7 en 8], waarin slechts de geldigheid van de daar bedoelde ontbindende voorwaarden wordt uitgesloten.”

De Hoge Raad vindt het van belang dat de overeenkomst vrijwel geheel doel zou missen na vervulling van de voorwaarde: zonder toestemming van de betrokken ziekenhuizen kan Mungra immers zijn functie niet uitoefenen. Ook vindt de Hoge Raad het van belang dat de werkgever de vervulling van de ontbindende voorwaarde niet tot stand kon brengen.

De Hoge Raad heeft deze rechtsregel in latere arresten bevestigd en verfijnd:¹⁵⁰

“Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende bescherming van de werknemer, die onder meer tot uiting komt in het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, meebrengt dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met dat wettelijk stelsel is te verenigen, zal niet tot een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot geval moet worden gezien of een voorwaarde als vorenbedoeld is te verenigen met dat wettelijk stelsel. Daarbij komt het mede aan op de aard, inhoud en context van de voorwaarde.”¹⁵¹

149 HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509 m.nt. PAS en JAR 1992/10 (*Mungra*).

150 Dit oordeel van de Hoge Raad is sindsdien bevestigd: HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685, JAR 1996/14 (*Van Zeil/Van Koppen*), HR 13 februari 1998, NJ 1998, 708, JAR 1998/72 (*Arrindell/Port de Plaisance*), HR 1 februari 2002, JAR 2002/45 (*Monte/Centrale Bank van de Nederlandse Antillen*) en HR 2 november 2012, JAR 2012/314 (*HTM/Mohabir*).

151 R.o. 3.4.2 HR 2 november 2012, JAR 2012/314 (*HTM/Mohabir*).

Om toegestaan te zijn moet de ontbindende voorwaarde passen binnen het gesloten stelsel van ontslagrecht en moet het intrede van de voorwaarde objectief bepaalbaar zijn, onafhankelijk van de wil of subjectieve waardering van een belanghebbende partij.¹⁵²

Zou nu in een arbeids- (of opdracht)overeenkomst met een beoogd bestuurder als ontbindende voorwaarde kunnen worden opgenomen dat de overeenkomst ontbonden is als géén benoeming volgt? Ik meen dat dit niet verenigbaar is met het ontslagrecht. De vervulling van de voorwaarde wordt bepaald door een orgaan van de werkgever en lijkt daarmee in beginsel niet objectief bepaalbaar maar ligt juist in de invloedssfeer van de werkgever. Het tot benoeming bevoegde orgaan vertegenwoordigt immers de werkgever die partij is bij de arbeidsovereenkomst. Of de arbeidsovereenkomst inhoudsloos is geworden, hangt van de situatie af. Is sprake van een beursvennootschap en een nieuw aangezochte bestuurder, dan lijkt mij dat het geval. In andere gevallen (zeker in concernverband) is niet gezegd dat de arbeidsovereenkomst per definitie inhoudsloos is geworden. 'Gewone taken' waarvoor het statutair bestuurderschap in het geheel geen vereiste is, kunnen in dat geval een groot deel van de werkzaamheden beslaan zodat zeker nog aan de arbeidsovereenkomst invulling gegeven kan worden. Interessant is het arrest *Monte/Centrale Bank van de Nederlandse Antillen*.¹⁵³ Het ging om een bestuurder die niet door de werkgever, de Bank, werd benoemd maar door de Gouverneur. Overeengekomen was dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk zou eindigen als de Gouverneur de bestuurder zou ontslaan. De Hoge Raad keurde deze ontbindende voorwaarde goed en overwoog daarbij dat het besluit buiten de Bank was genomen.¹⁵⁴ In die zin lijkt de casus wel enigszins op de ontbindende voorwaarde die speelde in het *Mungra*-arrest. Ook daar verloor de werknemer een voor de baan cruciale status door toedoen van een derde. De ontbindende voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst eindigt als het bestuurderschap eindigt is naar mijn oordeel niet toelaatbaar.¹⁵⁵ Langs die weg zou immers met het ontslagbesluit de arbeidsovereenkomst *onder alle omstandigheden* onmiddellijk eindigen, hetgeen niet in lijn is met de arresten van de Hoge Raad van 15 april 2005¹⁵⁶ waarin is bepaald dat de bestuurder wordt beschermd door de arbeidsrechtelijke opzegverboden.

Ook bij een opschortende voorwaarde geldt dat de vervulling van de voorwaarde een onzekere toekomstige gebeurtenis moet zijn om geldig te zijn. Een bekend voorbeeld van een opschortende voorwaarde is het niet verkrijgen van een Verklaring omtrent het gedrag. Ook het niet behalen van een diploma komt voor, of het niet verkrijgen van een geldige verblijfstitel. De overeenkomst gaat pas in en de verbintenissen ontstaan

152 Zie de conclusie van A-G Timmerman voor het arrest van 2 november 2012, *JAR* 2012/314 (*HTM/Mohabir*).

153 HR 1 februari 2002, *JAR* 2002/45 (*Monte/Centrale Bank van de Nederlandse Antillen*).

154 Zie hierover kritisch Duk in zijn dissertatie uit 2013 (p. 63).

155 Anders: Bartman 1993 die met een beroep op het *Mungra*-arrest vindt dat een dergelijke ontbindende voorwaarde binnen het systeem van het ontslagrecht past.

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

pas als de verklaring of vergunning is afgegeven of de opleiding is behaald. Het ligt voor de hand, indien er nog geen benoemingsbesluit is, de arbeidsovereenkomst aan te gaan onder de opschortende voorwaarde van een benoemingsbesluit: volgt geen benoeming, dan ontstaan ook geen verbintenissen. Ook hier is het probleem dat de vennootschap dit als contractspartij in de hand heeft.¹⁵⁷ Nu het hier echter niet gaat om een voorwaarde waardoor een reeds bestaande en uitgevoerde overeenkomst wordt beëindigd, maar een voorwaarde om overeenkomst in te laten gaan, meen ik dat geen sprake is van onverenigbaarheid met het stelsel van ontslagrecht, zoals dat wel het geval is bij een ontbindende voorwaarde.

Een nog verdergaand standpunt zou zijn dat de voorwaarde van benoeming een potestatieve voorwaarde is: de verbintenis is volledig afhankelijk van de wil van één der partijen. Er is in dat geval geen enkele verbintenis ontstaan. Het is immers de vennootschap zelf die beslist of er benoemd wordt of niet. Dat het gaat om – misschien – een ander orgaan van de vennootschap dat de arbeidsovereenkomst heeft gesloten, maakt dat niet anders.

Samenloop is niet aan de orde, het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht zijn complementair aan elkaar.

c) Een gebrekkig benoemingsbesluit volgt terwijl er een arbeidsovereenkomst is

Nietigheid

Een benoemingsbesluit kan nietig zijn. Vindt de benoeming bijvoorbeeld plaats met voorbijgaan aan de bindende voordracht dan is de benoeming nietig. Het besluit kan wel worden bekrachtigd op grond van artikel 2:14 lid 2 BW.¹⁵⁸ Indien het benoemingsbesluit is genomen door een niet bevoegd orgaan, is het besluit eveneens nietig.

¹⁵⁷ Vgl. in dit verband HR 9 december 2011, JAR 2012/16 (*TomTom/Van Hoorn*). Hoewel deze zaak om een statutair bestuurder ging, was de opschortende voorwaarde niet zozeer gelegen in de benoeming, maar in het ondertekenen van de arbeidsovereenkomst. Alleen als de arbeidsovereenkomst ondertekend was, dan zou Van Hoorn recht hebben op de beëindigingsovereenkomst. Nu Van Hoorn al daadwerkelijk begonnen was met werken, oordeelde Hof en Hoge Raad dat de arbeidsovereenkomst wel bestond, ook al was er geen ondertekend contract. De opschortende voorwaarde van ondertekening kon TomTom niet baten, nu zij de vervulling van de voorwaarde zelf in de hand had en bovendien belang had bij het niet in vervulling gaan van de voorwaarde.

¹⁵⁸ Zie voor een geval waarin het beroep op nietigheid niet is gehonoreerd HR 19 maart 1976, NJ 1978, 52, m.nt. B.W. (*Smits/Scheepsbouwwerf*). Het betreft in die zaak een besluit van een aandeelhoudersvergadering ener NV tot benoeming van een directeur zonder dat een statutair vereiste bindende voordracht van twee personen is opgemaakt en zonder dat de benoemde persoon voldoet aan het statutaire vereiste dat een directeur houder moet zijn van tenminste vijftien aandelen. De vraag of dit besluit, genomen met twee derde van de uitgebrachte stemmen vertegenwoordigende meer dan de helft van het geplaatste kapitaal, rechtsgeldig is. Hoe ver een dergelijke beperking kan gaan zonder in strijd te komen met het wettelijk stelsel waarin de keuze van de bestuurder in beginsel aan de algemene vergadering toekomen is niet vatbaar voor algemene beantwoording. In dit geval is het een onverenigbaar vereiste en de benoeming is toch geldig, aldus de Hoge Raad. Het ging om een situatie waarin degene die tot voordracht gerechtigd was, van dat recht geen gebruik heeft gemaakt. Of deze regel nog opgaat onder het nieuwe recht is de vraag. Inmiddels bepaalt artikel 2:14 lid 3 BW dat bekrachtiging niet meer mogelijk is na afloop van een redelijke termijn gesteld aan degene die (in dit geval) de voordracht mocht doen. Vgl. *Losbladige Rechtspersonen*, J.B. Huizink, art. 2:14 BW aant. 10.

De vordering tot het vaststellen van de nietigheid verjaart niet. Krachtens artikel 2:16 lid 2 BW kan de bestuurder, ook al is hij te goeder trouw, dan geen rechten aan de benoeming ontleen, wel kan voor de vennootschap een verplichting tot schadevergoeding ontstaan.

Hoe verhoudt zich de nietigheid van het benoemingsbesluit met de arbeidsovereenkomst?

Bestond de arbeidsovereenkomst al voordat het nietige benoemingsbesluit is genomen (de bestaande werknemer), dan is er geen verband tussen het tot stand komen van de arbeidsovereenkomst en de benoeming. De nietigheid heeft dan ook geen gevolgen voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Op de – bestaande – arbeidsovereenkomst is het gewone arbeidsrecht van toepassing, net als in het geval waarin nimmer een benoemingsbesluit is genomen (zie hierover onderdeel 4.3.2.1 sub b van deze paragraaf).

Bestond de arbeidsovereenkomst nog niet, dan hangt het af van welke theorie wordt aangehangen over de rol van het benoemingsbesluit bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst (vgl. paragraaf 4.3.1 van dit hoofdstuk). Wordt de redenering gevolgd dat de benoeming een uitvoering is van de gemaakte afspraken, dan is in feite de situatie aan de orde waarin er al een overeenkomst is. Wordt de redenering gevolgd dat het benoemingsbesluit ook het aanbod behelst een overeenkomst aan te gaan en er dus nog geen rechtsrelatie is, dan wordt de situatie gecompliceerder. Daar botsen vennootschapsrecht en het overeenkomstenrecht.

Een werknemer-niet bestuurder die contracteert met zijn (beoogd) werkgever wordt beschermd tegen onbevoegde vertegenwoordigers door de regels van titel 3 van Boek 3 BW. Is sprake van een gewone werknemer, dan is het bestuur van de vennootschap bevoegd de arbeidsovereenkomst aan te gaan namens de vennootschap. In grotere bedrijven hebben vaak andere personen binnen de vennootschap een volmacht gekregen om te vertegenwoordigen. In het geval van het aangaan van arbeidsovereenkomsten kan bijvoorbeeld het hoofd personeelszaken gevolmachtigd zijn arbeidsovereenkomsten namens de vennootschap aan te gaan. Ontbreekt die volmacht en ondertekent het hoofd personeelszaken toch de arbeidsovereenkomst, dan geldt artikel 3:61 lid 2 BW: als de werknemer op grond van verklaringen of gedragingen van het hoofd personeelszaken heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat deze een toereikende volmacht was verleend, dan kan dat de werknemer niet worden tegengeworpen. Kortom, de werkgever is gebonden tenzij voor de werknemer duidelijk was dat het hoofd personeelszaken geen volmacht heeft. Dit is niet anders als bijvoorbeeld een commissaris namens de vennootschap een arbeidsovereenkomst aangaat met een werknemer (bijvoorbeeld een hoge manager). Ook dan geldt dat als de werknemer mocht aannemen dat de commissaris een toereikende volmacht was verleend, de vennootschap gebonden is. Via de schakelbepaling 3:78 en 79 BW zijn de gewone regels immers van toepassing, vgl. hoofdstuk I, paragraaf 1.2.2.

Hoe zit dit in de volgende bestuurders-casus? Een raad van commissarissen is bevoegd (op grond van de statuten) de bezoldiging van bestuurders vast te stellen. De algemene vergadering is bevoegd om te benoemen. De raad van commissarissen onderhandelt met een beoogd bestuurder en komt tot overeenstemming, neemt een benoemingsbesluit en ondertekent de arbeidsovereenkomst. Wat is nu rechtens? Het benoemingsbesluit is nietig, de beoogde bestuurder is geen statutair bestuurder geworden. Artikel 2:16 lid 2 BW brengt mee dat dit aan de bestuurder kan worden tegengeworpen. Maar wat is de status van de gesloten arbeidsovereenkomst? De raad van commissarissen is niet per definitie onbevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst (vgl. paragraaf 4.2.1.1). Wordt artikel 3:61 lid 2 BW gevolgd, dan geldt dat de vennootschap gebonden is aan de arbeidsovereenkomst als de bestuurder op grond van verklaringen en gedragingen van de raad van commissarissen mocht aannemen dat zij bevoegd waren de arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Als echter het benoemingsbesluit wordt gezien als het aanbod om de arbeidsovereenkomst aan te gaan, dan geldt artikel 2:16 lid 2 BW en kan de nietigheid van het besluit aan de bestuurder worden tegengeworpen. In dat geval moet de overeenkomst worden geacht nooit tot stand te zijn gekomen. Er is immers geen aanbod geweest. Daar staat tegenover dat de raad van commissarissen wel bevoegd was een bezoldigingsbesluit te nemen. Meer dan van samenloop lijkt hier sprake van een uitlegprobleem: moet artikel 2:16 lid 2 BW zo ruim worden uitgelegd dat het niet alleen de vennootschapsrechtelijke verhouding raakt, maar ook de civiele verhouding? Ik meen van niet. Boek 3 BW kan hier zelfstandig worden toegepast. Is bijvoorbeeld sprake van een beursgenoteerde vennootschap en een professionele bestuurder, dan ligt het niet voor de hand dat die bestuurder mocht aannemen dat de raad van commissarissen bevoegd is te benoemen. Is sprake van filiaalhouder die gevraagd wordt statutair bestuurder te worden en een nieuwe arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden, dan mag hij erop vertrouwen dat zijn werkgever de juiste stappen neemt.¹⁵⁹ Het zou ongerijmd zijn dat een werknemer/bestuurder in het geval dat dat niet gebeurt met volledig lege handen (zonder benoeming en arbeidsovereenkomst) zou komen te staan. De ratio van artikel 2:16 lid 2 BW is veeleer dat de vennootschap nooit gedwongen kan worden opgezadeld met een bestuurder die zij niet rechtsgeldig heeft benoemd. Dat staat er niet aan in de weg dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen nakomt en conform de daarvoor geldende regels afwikkelt.¹⁶⁰

De hierboven beschreven casus toont aan dat de hypothese dat het benoemingsbesluit ook het aanbod behelst slecht houdbaar is en leidt tot gekunstelde constructies. Het sluit beter aan bij de praktijk en bij het systeem van de wet de benoeming en

159 Vgl. Rb. Amsterdam (ktr.) 29 december 2008, *JAR* 2009/26 (ABN AMRO/Schmittmann), uitgebreider besproken in hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.2.1 en 5.5.2.3.

160 Zie iets anders maar met dezelfde uitkomst Van Schilfgaarde/Winter Wezeman 2013 p. 318: "Ook voor degene met wie de vennootschap door een besluit met direct externe werking in een betrekking is getreden geldt dat een uitspraak tot vernietiging of tot vaststelling van nietigheid bindend is. Gelet op de vertegenwoordigingsregeling kan echter het besluit als externe rechtshandeling geldig zijn."

het aangaan van de arbeids- of opdrachtovereenkomst als twee aparte rechtsfeiten te beschouwen, elk geregeerd door het eigen regelstelsel.

Bij de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht is het aantal functies van bestuurders en commissarissen bij grote vennootschappen en stichtingen gelimiteerd.¹⁶¹ In de nieuw ingevoerde artikelen 2:142a, 2421, 297a en 297b BW is bepaald dat een bestuurder van een grote vennootschap maximaal twee commissariaten (of niet-uitvoerend bestuurderschappen) kan uitoefenen. Bestuurders van grote vennootschappen kunnen evenmin voorzitter van een raad van commissarissen of van een one tier board zijn. Functies bij buitenlandse vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen tellen niet mee. Functies bij groepsvennootschappen tellen als één benoeming. Een uitzondering wordt eveneens gemaakt voor stichtingen in de kerkelijke, charitatieve of culturele sector.¹⁶² Achtergrond van de regeling is het tegengaan van het 'old boys network', het voorkomen van belangenverstrengeling en kwaliteit waarborgen.¹⁶³

Benoemingen die hebben plaatsgehad voor de inwerkingtreding van de wet¹⁶⁴ worden niet geraakt door de wet en blijven gewoon in stand. De herbenoeming op dezelfde positie telt wel mee als een nieuwe benoeming en kan dus bij overschrijding geen doorgang vinden. Er is een aantal situaties denkbaar waarin een bestuurder die voldoet aan de wettelijk regeling door externe omstandigheden zonder nieuwe benoemingen toch over de limiet heengaat. Bijvoorbeeld omdat een vennootschap op enig moment als groot wordt aangemerkt of omdat een groepsvennootschap wordt verkocht. In die gevallen geldt dat de bestaande benoemingen niet worden aangetast. Bepalend voor de limitering is uitsluitend het moment waarop de benoeming plaatsvindt. Ook hier geldt dat bij herbenoeming wél rekening gehouden moet worden met de nieuwe situatie.¹⁶⁵

Wordt een bestuurder benoemd, ondanks dat hij al teveel toezichthoudende functies bekleedt, dan is die benoeming nietig, want in strijd met de wet.¹⁶⁶ In de parlementaire behandeling van de reparatiewet is er van verschillende kanten op gewezen dat de nietigheidssanctie vergaande gevolgen kan hebben voor de besluitvorming waar

161 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20 (amendement Irrgang). Een vennootschap of stichting is groot indien aan twee van de volgende drie criteria wordt voldaan: (i) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- of vervaardigingsprijs, meer dan EUR 17,5 miljoen; (ii) de netto-omzet bedraagt meer dan 35 miljoen, (iii) het gemiddeld aantal werknemers bedraagt ten minste 250.

162 Reparatiewet, Wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (*Stb.* 2012, 440), in werking getreden op 1 januari 2013, Besluit van 4 oktober 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (*Stb.* 2012, 456).

163 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20, p. 3.

164 Per 1 januari 2013.

165 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 11.

166 *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 18.

de 'bestuurder' bij betrokken is.¹⁶⁷ De regering heeft erop gewezen dat deze problematiek niet nieuw is. Nietige benoemingen en gevolgen daarvan voor de besluitvorming zijn ook zonder de nieuwe wet al mogelijk (zie hierboven). Alleen de aanleiding voor de nietigheid is nieuw.¹⁶⁸ De regering merkt op dat de wederpartij van de vennootschap beschermd is als de nietig benoemde 'bestuurder' ingeschreven is in het handelsregister. De regering onderkent dat door deze nieuwe aanleiding wellicht vaker sprake zal zijn van nietige benoemingen zonder dat de vennootschap dat altijd kan voorkomen. Daarom is de regeling gewijzigd in die zin dat de deelname van de 'bestuurder' aan besluitvorming, geen gevolgen heeft voor die besluitvorming.¹⁶⁹

De gevolgen van de nietigheid voor de arbeidsovereenkomst zijn niet anders dan in andere gevallen van nietigheid. De uitzondering voor de invloed op besluitvorming raakt niet de positie van de betrokken bestuurder zelf.

Vernietigbaarheid

Kleven aan het benoemingsbesluit gebreken in de sfeer van de totstandkoming, dan is sprake van een vernietigbaar besluit (artikel 2:15 BW). Wordt een besluit vernietigd (hetgeen alleen op vordering door de rechtbank kan gebeuren) dan heeft de vernietiging terugwerkende kracht. De bestuurder is dan dus nooit bestuurder geweest.

Een voorbeeld van een totstandkomingsgebrek is het niet naleven van de oproepingsvereisten voor de algemene vergadering. Het besluit dat door de algemene vergadering wordt genomen, is dan vernietigbaar.¹⁷⁰ De vernietiging kan worden gevorderd door iemand die een redelijk belang heeft bij de niet nagekomen verplichting (juiste oproeping) of door de vennootschap zelf. Uit het arrest *Lampe/Videoworks*¹⁷¹ blijkt dat organen van de vennootschap niet per definitie een belang hebben bij de vernietiging van een besluit met gebreken.

Een ander mogelijk gebrek is dat de aangewezen organen hun raadgevende stem niet hebben kunnen uitbrengen: benoemt de algemene vergadering, dan hebben de zittende bestuurders en de raad van commissarissen (art. 2:117 lid 4 en art. 227 lid 7¹⁷²) een raadgevende stem. Zijn bestuurders en of commissarissen niet in staat gesteld hun raadgevende stem uit te brengen, dan is het benoemingsbesluit vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW.

167 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 1.

168 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 2.

169 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 3. De wetgever heeft voor deze oplossing leentje buur gespeeld bij de Franse wetgeving op dit punt. Interessant is dat in de Franse regeling ook nog is bepaald dat indien de bestuurder weigert binnen drie maanden te defungeren uit een 'nietige' positie, hij zijn ontvangen beloning uit die positie dient terug te betalen. Zover heeft de Nederlandse wetgever kennelijk niet willen gaan.

170 Vgl. Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *JOR* 2009/252 (*New World Juices/Rungis*).

171 HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 694 m.nt Ma (*Lampe/Videoworks*).

172 Tot de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012, stond dit in lid 4 van artikel 2:227 BW.

Van belang is dat artikel 2:15 lid 5 BW bepaalt dat vernietiging slechts kan worden gevorderd tot een jaar nadat de belanghebbende met het besluit bekend is geworden. Van een benoemde bestuurder (die op zich niet betwist dat er een benoeming is, maar wel dat die rechtsgeldig is) mag worden aangenomen dat hij op het moment van benoemen kennis heeft genomen van het besluit. De met ontslag bedreigde bestuurder die volledige ontslagbescherming wenst te verkrijgen door het benoemingsbesluit te vernietigen zal daarin niet snel slagen. Is de termijn nog niet verstreken, dan is de vraag of het belang meer ontslagbescherming te krijgen en rechtens relevant belang bij vernietiging van een benoemingsbesluit is. Bovendien kan het besluit worden bevestigd door het bevoegde orgaan (uiteraard met in achtneming van de raadgevende stem) als sprake is van strijd met wettelijke of statutaire bepalingen (artikel 2:15 lid 1 sub a BW).

Wat zijn de gevolgen van de vernietiging van een benoemingsbesluit voor de contractuele band tussen vennootschap en bestuurder? Als gezegd is de bestuurder dan nooit bestuurder geweest. Net als in het geval een benoemingsbesluit nietig is, tast dit de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst niet aan. De 'bestuurder' is, met terugwerkende kracht, een gewone werknemer op wie ook het gewone arbeidsrecht van toepassing is. Ook in dit geval is samenloop niet aan de orde.

4.3.2.2 *Er is een geldig benoemingsbesluit, maar geen arbeidsovereenkomst*

Tot nu is in de voorbeelden uitgegaan van de situatie waarin wel een arbeidsovereenkomst is gesloten, maar geen benoeming volgt. Ook denkbaar is de situatie waarin wel een geldig benoemingsbesluit (en bezoldigingsbesluit) is genomen maar geen schriftelijke arbeidsovereenkomst is gesloten. Is de bestuurder nu werknemer? Zoals eerder betoogd hang ik niet het standpunt aan dat door het benoemingsbesluit en de aanvaarding daarvan een contract tot stand komt. Toch kan sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. In de eerste plaats kan (uiteraard) voorafgaand aan of tegelijk met de benoeming een mondelinge arbeidsovereenkomst zijn gesloten. De arbeidsvoorwaarden blijken dan uit de benoemings- en bezoldigingsbesluiten. Indien het geschil over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst ontstaat als de bestuurder al enige tijd werkzaamheden verricht, kan uit de feiten en omstandigheden worden afgeleid of, al dan niet stilzwijgend, een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Hierbij kan de bestuurder het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW inroepen en dienen voorts de criteria uit het *Groen/Schoevers*-arrest¹⁷³ te worden toegepast. Het is niet het benoemingsbesluit dat maakt dat er een arbeidsovereenkomst is, maar de regels van het arbeidsrecht.

173 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), vlg. ook paragraaf 4.2.2.2 van dit hoofdstuk.

4.3.2.3 Er is een arbeidsovereenkomst met een andere (concern)vennootschap

In dat geval zijn de contractuele band en de vennootschapsrechtelijke band volledig gescheiden. De arbeidsovereenkomst is immers niet gesloten met de vennootschap waar de werknemer tevens bestuurder is. In de verhouding met de werkgever-vennootschap, is de werknemer gewoon werknemer. Hij bekleedt geen statutaire positie. Deze constructie kan ook worden gebruikt om te bewerkstelligen dat een beursgenoteerde bestuurder toch zijn werk kan doen op basis van een arbeidsovereenkomst.¹⁷⁴

Het is de vraag of het wenselijk is dat de bestuurder en vennootschap langs deze weg zelf kunnen kiezen welk ontslagregime van toepassing is. Dit hoort naar mijn idee bij de contractsvrijheid. Het is een onlosmakelijke consequentie van de grote verscheidenheid aan bestuurders. Vaak is het volkomen terecht dat een bestuurder binnen een concern wel een 'normale' arbeidsovereenkomst heeft. Gedacht kan worden aan de situatie waarin iemand een heel carrière/opleidingstraject doorloopt in een groot concern. De werknemer wordt in verschillende rechtspersonen binnen het concern ingezet, al dan niet als statutair bestuurder van een klein onderdeel, terwijl de arbeidsovereenkomst steeds met dezelfde vennootschap blijft. Er is geen goede reden in dat geval de werknemer op de momenten dat hij bestuurder is onder een ander ontslagregime te laten vallen.

Betoogd zou kunnen worden dat hiermee wordt gehandeld in strijd met de strekking van de uitzonderingen op het ontslagrecht die gelden voor bestuurders, met name de ontheffing van het algemene opzegverbod. Nu sprake is van een uitzondering, zou ik menen dat die strikt moet worden uitgelegd. Er is geen reden aan te nemen dat ook bestuurders die een arbeidsovereenkomst hebben met een andere vennootschap onder de uitzondering te laten vallen.¹⁷⁵

174 Dit is bevestigd door de minister; *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 12. Zie hierover ook: Bennaars & Zaal 2012.

175 Zie verder hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.2.