



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.

Samenvatting en conclusies

DE RECHTSPOSITIE VAN DE BESTUURDER

Benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder

In het voorliggende onderzoek is beoogd antwoord te geven op vragen over de botsing tussen (arbeids)overeenkomstenrecht en vennootschapsrecht als het gaat om de rechtspositie van de statutair bestuurder. Werkgever en werknemer staan in een bepaalde, grotendeels wettelijk geregelde verhouding tot elkaar. Datzelfde geldt voor opdrachtgever en opdrachtnemer, zij het minder vormgegeven vanuit de beschermingsgedachte. De bestuurder staat ook in een zekere verhouding tot de vennootschap, en tot andere organen binnen de vennootschap. Deze laatste verhouding draait vooral om een evenwichtige bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap en de bescherming van het vennootschappelijk belang. Deze verschillende uitgangspunten zijn op het eerste gezicht niet goed met elkaar te rijmen. Vaak wordt aangenomen dat het beschermingskarakter van het arbeidsrecht een belemmering kan zijn voor de vennootschapsrechtelijke verhoudingen. Het onderzoek heeft zich gericht op een nadere beschrijving van de verhouding tussen het vennootschapsrecht en (arbeids)overeenkomstenrecht. De kernonderwerpen zijn de benoeming, de beloning en het ontslag van de bestuurder. Aan de hand van deze nadere beschouwing is getracht een meer genuanceerd antwoord te geven op de vraag of de regels van Boek 2 en Boek 7 BW botsen, welke problemen dat oplevert en wat een oplossing daarvoor zou kunnen zijn. Waar nodig is gebruik gemaakt van het leerstuk samenloop om vraagstukken op te lossen. In dit laatste hoofdstuk wordt het onderzoek samengevat en worden conclusies getrokken.

7.1 Inleiding

In het inleidende eerste hoofdstuk is uiteengezet dat de bestuurder deel uitmaakt van de deelrechtsorde die een vennootschap is en, in de woorden van Huizink, een functionele rechtsbetrekking met de vennootschap heeft. Zijn deelname aan de vennootschap wordt primair beheerst door het rechtspersonenrecht. Het rechtspersonenrecht is door de invoering van Boek 2 BW losgekoppeld van het vermogensrecht. Het vermogensrecht speelt een rol zodra tussen bestuurder en vennootschap vermogensrechtelijke rechten en plichten bestaan. Het vermogensrecht is dan van

toepassing, tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt. Het vermogensrecht kan ook van toepassing zijn via een schakelbepaling. Indien partijen tevens een overeenkomst sluiten, dan hebben zij bewust vermogensrechtelijke rechten en plichten daarin ondergebracht. Is sprake van een arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst, dan ontstaat op ten minste drie onderdelen een dubbele binding: het aangaan van de relatie en het verbreken daarvan en de bezoldiging.

De bestuurder die zijn werkzaamheden tegen bezoldiging verricht, doet dat veelal op basis van een arbeidsovereenkomst. Dit kan anders zijn als partijen een opdracht-overeenkomst hebben gesloten, al dan niet door tussenkomst van een management-BV. Is sprake van een beursgenoteerde vennootschap, dan volgt uit de wet dat de overeenkomst tussen partijen geen arbeidsovereenkomst is. Er is dan sprake van een overeenkomst van opdracht.

Het eerste hoofdstuk bevat een beschrijving van de verschillende theoretische stromingen die bestaan als het gaat om het duiden van de verhouding tussen het arbeidsrecht en het rechtspersonenrecht (de dubbele, gemengde, gekleurde of dubbele gekoppelde rechtsbetrekking). De conclusie is dat de Hoge Raad uitgaat van een dubbele rechtsbetrekking waarbij beide verhoudingen door hun eigen regelstelsel worden beheerst. Het grote nadeel van alle beschreven stromingen is dat vrijwel alle gebruikte argumenten gebaseerd zijn op de situatie van ontslag en het karakter van het ontslagbesluit. Het is daarmee de vraag of de theorie van de dubbele rechtsbetrekking afdoende is om andere aspecten van de rechtsverhouding van de bestuurder te beschrijven, zoals benoeming en beloning. Dit aspect is nader onderzocht in de volgende hoofdstukken.

7.2 De opvatting van de wetgever

De opvatting van de wetgever over de rechtspositie van de statutair bestuurder is in de tweede helft van de vorige eeuw verschoven, zonder dat daar expliciete, principiële en uitgewerkte overwegingen aan ten grondslag liggen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat het vennootschapsrecht voor het arbeidsrecht gaat.

Het wetshistorisch onderzoek naar de rechtspositie van de bestuurder (hoofdstuk II) heeft geleid tot de volgende bevindingen en conclusies.

De wetgever heeft zowel bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 als bij de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel 1929 expliciet stilgestaan bij de rechtspositie van de bestuurder. Bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst is dat met name geweest in het kader van de discussie over de reikwijdte van de wet: wel of geen algemene regeling. Zowel van regeeringszijde als in beide kamers is bij deze principiële keuze stilgestaan en heeft een inhoudelijk debat plaatsgehad; ook met betrekking tot de positie van de bestuurder.

De conclusie is geweest dat een bestuurder die loon ontvangt een arbeidsovereenkomst heeft. Een doorslaggevend argument om de bestuurder onder het arbeidsrecht te brengen is geweest dat ook de bestuurder er belang bij heeft te weten waar hij aan toe is: niet zonder schadeloosstelling op straat komen te staan en weten hoe hij zijn betrekking kan neerleggen. Van belang is ook dat de wetgever het niet doorslaggevend heeft geacht dat de bestuurder (ook) werkgeverstaken uitvoert. Dat is niet van belang voor de duiding van zijn eigen relatie met de vennootschap. Dat het vennootschapsrecht hinder zou kunnen ondervinden van de arbeidsrechtelijke bescherming is niet aan de orde geweest: er was van strijdigheid met het destijds geldende vennootschapsrecht geen sprake. Opvallend is ook dat de wetgever uitgaat van voorrang van de arbeidsrechtelijke regels, zou er al strijd ontstaan tussen die bepalingen en de bepalingen van lastgeving, die destijds op de bestuurder van toepassing werden geacht.

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel 1929 is eveneens expliciet stilgestaan bij de rechtspositie van de bestuurder en ook hier is de wetgever tot de conclusie gekomen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. De wetgever vindt dat het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht gelijkelijk toepassing moeten vinden en elkaar niet mogen bijten. Wel wordt in het Wetboek van Koophandel 1929 een matigingsrecht voor de rechter opgenomen als het gaat om het bepalen van de schadevergoeding op grond van het destijds geldende artikel 1639r BW (schadeloosstelling bij het niet in acht nemen van de opzegtermijn of voor het voortijdig beëindigen van een bepaalde tijd contract). Hieruit kan echter niet een principiële verschil met gewone werknemers worden afgeleid. Ook bij 'gewone' werknemers kan artikel 1639r BW zonder matigingsbevoegdheid een onbillijk resultaat opleveren. Deze bevoegdheid werd 'noode gemist', zo schrijft Meijers al in 1924 in zijn commentaar op de wet.¹ De regering heeft bij de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel 1929 aangekondigd deze tekortkoming ook in de Wet op de arbeidsovereenkomst te repareren, maar vooruitlopend daarop is het voor de bestuurder alvast geregeld. Omdat de wijziging in de Wet op de arbeidsovereenkomst pas is gerealiseerd in 1954 heeft dus lange tijd een verschil in rechtspositie bestaan, maar daar ligt geen principiële keuze aan ten grondslag. Toch is dit onderdeel van de wetsgeschiedenis de belangrijkste grondslag geweest voor de oordelen in de 15 april-arresten² (zie hierover ook paragraaf 7.6 van dit hoofdstuk). Dat betekent niet dat de uitkomst van de 15 april-arresten onjuist of onwenselijk is. Wel zou een betere grondslag of motivering, ook voor de praktijk, wenselijk zijn geweest.

Bij latere wetwijzigingen (arbeidsrechtelijk en vennootschapsrechtelijk) wordt niet meer zo expliciet en principiële stilgestaan bij de rechtspositie van de bestuurder. De motivering voor de twee grootste verschillen in arbeidsrechtelijke bescherming tussen bestuurders en gewone werknemers (geen toestemming van het UWV nodig

1 Meijers 1924, p. 199.

2 HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 (Eggenhuizen/Unidek) en NJ 2005, 838 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144 en AA 2005/54 m.nt. Kortmann (Bartelink/Ciris).

voor opzegging en herstel van de dienstbetrekking is niet mogelijk) is karig: een verwijzing naar 'bestaand recht' als het gaat om herstel van de dienstbetrekking en een verwijzing naar de 'bijzondere positie' van de bestuurder als het gaat om de onthefing van artikel 6 BBA. Nergens uit de totstandkomingsgeschiedenis van Titel 10 Boek 7 of Boek 2 BW en de wijzigingen blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest het vennootschapsrecht boven het arbeidsrecht te laten gaan, totdat de Commissie Tabaksblat aanbevelingen van die strekking in de Code 2003 opneemt.

Op deze aanbevelingen wordt door de wetgever sterk geleund als het gaat om de rechtspositie van de bestuurder en de bepaling dat de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap geen arbeidsovereenkomst meer heeft met zijn vennootschap. Het doorslaggevend criterium lijkt dan te zijn 'de onderhandelingspositie van de bestuurder.' Het is de vraag waarom datzelfde niet geldt voor alle werknemers die een hoge positie bekleden, of die schaarse talenten bezitten. Gedacht kan worden aan hoge managers of topvoetballers. Ook die plegen hun werkzaamheden doorgaans op basis van een arbeidsovereenkomst te verrichten. Blijkens de toelichting op het amendement Weekers/Van Vroonhoven-Kok³ gaat het om het voorkomen van te hoge ontslagvergoedingen. Als dat het enige is, dan had een maximum ontslagvergoeding voor beursgenoteerde bestuurders kunnen volstaan en is afschaffing van het arbeidsrecht een te vergaande maatregel. Paradoxaal genoeg is de bij de Wwz ingevoerde maximum ontslagvergoeding van € 75.000 of een jaarsalaris als dat hoger ligt dan 75.000 niet van toepassing op de beursbestuurder, die immers geen arbeidsovereenkomst meer heeft, maar een opdrachtovereenkomst.

In de Wwz wordt opnieuw op een aantal onderdelen een afwijkende regeling voor de bestuurder opgenomen. Ook daar is de toelichting mager en zonder enige principiële overwegingen. Ik wijs bij wijze van voorbeeld op het uitsluiten van de bestuurder van de bepalingen over de bedenktijd bij instemming met opzegging ondanks een opzegverbod of bij het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. Het argument dat de bedenktijd zich niet verhoudt tot de koersgevoeligheid van het vertrek van een bestuurder is enigszins gezocht. Dat argument gaat alleen op voor bestuurders van beursgenoteerde NV's, maar niet voor bestuurders van gewone NV's, BV's, verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties. Toch is dat het belangrijkste argument om al die bestuurders uit te sluiten van de bedenktijd. Het uitsluiten van de bestuurders van deze bescherming waar het gaat om instemming bij opzegging in strijd met een opzegverbod is bovendien mijns inziens in strijd met de jurisprudentie over de (arbeidsrechtelijke) nietigheidssanctie bij ontslag in strijd met het opzegverbod.⁴

Concluderend kan worden gezegd dat de heldere lijn van de wetgever in de jaren 1900-1929 in de naoorlogse wetsgeschiedenis is verlaten. Bij het sleutelen aan het arbeidsrecht en het vennootschapsrecht is onvoldoende aandacht geweest voor de principiële kant van de rechtspositie van de bestuurder. Het uitgangspunt dat de

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

4 Zie paragraaf 2.2.2.5 in hoofdstuk II.

bestuurder niet anders is dan andere werknemers wanneer het gaat om arbeidsrechtelijke bescherming is verlaten op het moment dat de arbeidsrechtelijke ontslagregels zijn afgedreven van het ooit, ook arbeidsrechtelijk, bestaande uitgangspunt dat alle werknemers te allen tijde moeten kunnen worden ontslagen. Voor de vaak bepleitte voorrang van Boek 2 ten opzicht van Boek 7 BW heb ik, ook in de recente parlementaire geschiedenis, echter geen aanwijzingen kunnen vinden.

Het vennootschapsrecht heeft in het laatste decennium een ontwikkeling doorgemaakt op het gebied van de bezoldiging. Daar waar de arbeidsrechtelijke regels over loon vrijwel uitsluitend gaan over de afdwingbaarheid en de werknemer bescherming pogen te bieden tegen de werkgever die slecht van betalen is, is het vennootschapsrecht gebruikt om tegemoet te komen aan maatschappelijke kritiek op veelverdieners. Daar is het vennootschapsrecht mijns inziens niet voor bedoeld, het vennootschapsrecht is primair bedoeld om de intern deelrechtsorde binnen de vennootschap te regelen.

De wetgever heeft de gelegenheid van die (arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke) wijzigingen niet gebruikt om expliciet stil te staan bij de positie van de bestuurder en heldere aanwijzingen te geven over de wijze waarop arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke regels elkaar al dan niet beïnvloeden.

Bij wijze van voorbeeld wijs ik op de Wet claw back, resulterend in artikel 2:135 lid 5 e.v. BW. Via deze wet is de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid specifiek voor bonusafspraken nog eens opgenomen in de wet. Het is opvallend dat in de toelichting op dit wetsvoorstel wordt verwezen naar artikel 6:248 lid 2 BW. Het had voor de hand gelegen aan te sluiten bij artikel 2:8 lid 2 BW, de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid, of overwegingen te wijden aan de verhouding tussen werkgever en werknemer (bijvoorbeeld artikel 7:611 BW). De wetgever gaat evenmin in op de situatie waarin het bezoldigingsbesluit en de contractuele afspraken botsen.

Door de samenloop die ontstaat met het introduceren van nieuwe regels niet te duiden of te benoemen, heeft de wetgever een kans laten liggen om zich duidelijk uit te spreken over de vraag hoe de verhouding bestuurder-vennootschap te duiden. Hierdoor wordt mijns inziens de spanning tussen vennootschapsrecht en (arbeids)overeenkomstenrecht (onnodig) vergroot. Een gemiste kans die de praktijk met uitlegproblemen opzadelt. Dit geldt temeer nu de wetgever in zijn algemeenheid samenloop wil voorkomen.⁵

7.3 De rol van samenloop

Samenloop speelt een beperkte rol bij de dubbele rechtspositie van de bestuurder. Bij benoeming speelt samenloop geen rol. Bij ontslag is sprake van cumulatie. De leer van de gemengde overeenkomsten zou van toepassing moeten zijn als het gaat om beloning. In alle stadia speelt samenloop van vertegenwoordigingsbepalingen een rol.

⁵ Vgl. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 731 nr. 1 en Bakels 2009a.

In het derde hoofdstuk, dat geheel is gewijd aan samenloop alsook in de hoofdstukken over benoeming, beloning en ontslag is onder meer onderzocht in hoeverre samenloop een rol kan spelen bij het oplossen van spanningen tussen vennootschapsrecht en (arbeids)overeenkomstenrecht.

Het leerstuk van samenloop geeft oplossingsrichtingen voor problemen van rechtsvinding waarbij meerdere rechtsregels van toepassing (kunnen) zijn. Er bestaat geen wettelijke definitie van samenloop, wel is in de literatuur het begrip samenloop door verschillende schrijvers afgebakend. In dit onderzoek is steeds aangesloten bij de omschrijving van Boukema:

- Samenloop van wetsnormen: één rechtsfeit op grond waarvan verschillende wetsnormen een rechtsbetrekking tussen dezelfde personen in het leven roepen;
- Samenloop van vorderingen: vorderingen die zijn ontstaan uit verschillende feiten of tussen verschillende personen maar wel hetzelfde doel nastreven;
- Reflexwerking: er is één rechtsnorm van toepassing maar die wordt beïnvloed door andere rechtsnormen.⁶

Uitgangspunt bij samenloop is cumulatie. Is cumulatie in strijd met het systeem of de strekking van de wet, dan bestaat een keuzemogelijkheid voor de gerechtigde: alternativiteit. Ten slotte is het mogelijk dat uit een rechtsregel zelf volgt of onvermijdelijk voortvloeit dat de regel exclusieve werking heeft en er dus geen keuzemogelijkheid bestaat.

Over de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap bestaan verschillende theorieën: een gemengde rechtsbetrekking, een dubbele rechtsbetrekking of een gekleurde rechtsbetrekking.⁷ Afhankelijk van hoe de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap wordt geduid, kan voor de oplossing van problemen van rechtsvinding aangesloten worden bij het leerstuk samenloop of bij de leer van de gemengde overeenkomsten. Als de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap geduid wordt als een gemengde rechtsbetrekking moet worden aangesloten bij de leer van de gemengde overeenkomsten. Wordt de verhouding gekenschetst als een dubbele rechtsverhouding, dan kan samenloop aan de orde zijn (volgens de definitie van Boukema).⁸ De door Kroeze ontwikkelde 'vennootschapsrechtelijke doorkruisingsleer' voor civiele geschillen tussen aandeelhouders en vennootschap is niet goed bruikbaar voor de verhouding tussen bestuurder en vennootschap. Anders dan in de verhouding aandeelhouder-vennootschap, heeft de bestuurder immers van meet af aan ook een contractuele band met de vennootschap.⁹ Die overeenkomst (arbeids- of opdrachtovereenkomst) is daarenboven een

6 Boukema 1966, p. 41 en 56. Vgl. hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.2.

7 Vgl. hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.

8 Vgl. hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

9 Ik doel hiermee op de bestuurder die een arbeids- of opdrachtovereenkomst heeft. In hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3 is uiteengezet dat in sommige gevallen in het geheel geen contractuele band bestaat. Die bestuurders vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

bijzondere overeenkomst. De regeling voor zowel de opdrachtovereenkomst als de arbeidsovereenkomst kennen van het algemene overeenkomstenrecht afwijkende bepalingen.

Als de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap wordt beschouwd als een dubbele rechtsverhouding, dan kan van samenloop sprake zijn als op één rechtsfeit, of op één feitelijk gebeuren, meerdere wetsnormen van toepassing zijn. De rechtsregels moeten elkaar dan ook daadwerkelijk beïnvloeden. Een situatie waarin de bestuurder door de vennootschap aansprakelijk wordt gesteld op grond van artikel 2:9 BW terwijl de vennootschap tevens op basis van bepalingen in de arbeidsovereenkomst de lease-auto terugvordert, bijvoorbeeld na langdurige afwezigheid vanwege ziekte, is geen geval van samenloop. Er is geen sprake van één (rechts)feit, maar van twee (rechts)feiten: de onbehoorlijke taakvervulling waar de bestuurder op wordt aangesproken en de langdurige afwezigheid waardoor een contractuele verplichting ontstaat om de lease-auto in te leveren. Er is wellicht een samenval in tijd en de partijen zijn dezelfde, maar van samenloop is geen sprake. Het arbeidsovereenkomstenrecht moet worden toegepast op de vordering tot afgifte van de lease-auto, het rechtspersonenrecht op de vordering wegens de onbehoorlijke taakvervulling en deze regels raken elkaar niet. Samenloop doet zich wel voor als het feitencomplex zich leent voor meerdere acties of indien een vordering van de vennootschap of de bestuurder gebaseerd kan worden op zowel het arbeidsrecht of het rechtspersonenrecht. Zo kan een aansprakelijkstelling ex artikel 2:9 BW samengaan met een aansprakelijkstelling ex artikel 7:661 BW. In dat geval is er, anders dan in het vorige voorbeeld, wel sprake van samenloop.

Wordt de rechtsverhouding gezien als een gemengde rechtsverhouding, dan zijn de bepalingen van artikel 6:215 en 7:610 BW over gemengde overeenkomsten relevant, ook al zijn die niet rechtstreeks van toepassing. Deze artikelen geven immers een indicatie van hetgeen de wetgever voor ogen heeft gestaan. Ook dat geval is de hoofdregel cumulatief. Alleen als beide regels niet goed verenigbaar zijn of de strekking van de bepalingen zich in verband met de aard van de overeenkomst verzetten tegen toepassing, moet een keuze gemaakt worden. Is één van de overeenkomsten een arbeidsovereenkomst, dan zouden mijns inziens de arbeidsrechtelijke regels voorrang moeten krijgen op grond van artikel 7:610 lid 2 BW. Het is opvallend dat in de literatuur en jurisprudentie weinig aandacht wordt besteed aan deze invalshoek. Als al de leer van de gemengde overeenkomst wordt bepleit, dan zonder te aanvaarden dat de consequentie voorrang van het arbeidsrecht is.

Zoals eerder gezegd gaat de Hoge Raad naar mijn oordeel uit van een dubbele rechtsbetrekking, in ieder geval als het gaat om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹⁰ Er is dan sprake van een zekere mate van samenloop. Het (vennootschapsrechtelijke) ontslagbesluit is één rechtshandeling. Met die rechtshandeling wordt zowel de vennootschapsrechtelijke band beëindigd als de arbeidsovereenkomst opgezegd. De beide regelstelsels vinden toepassing, en beïnvloeden enigszins.

¹⁰ Vgl. hoofdstuk 1, paragraaf 1.4 en hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.1.

De vennootschapsrechtelijke regels voor besluitvorming gelden onverkort. Met de vernietiging van een ontslagbesluit valt dus de gehele rechtshandeling waarop beide rechtsgevolgen zijn gestoeld weg. Ook de arbeidsrechtelijke opzegging valt dan weg (de arbeidsrechtelijke opzegging heeft dan dus eigenlijk ook vormvereisten, terwijl dat bij gewone werknemers niet zo is). De arbeidsrechtelijke opzegging wordt vervolgens volledig door de arbeidsrechtelijke regels geregeerd. De Hoge Raad noemt expliciet de ontslagverboden, maar ook de regels omtrent opzegtermijnen en kennelijk onredelijk ontslag gelden onverkort. In de 15 april-arresten is dus beslist dat het ontslagbesluit één rechtshandeling is op grond waarvan zowel arbeidsrechtelijke als vennootschapsrechtelijke normen de rechtsbetrekking tussen vennootschap en bestuurder vormgeven. Dit is in lijn met eerdere arresten van de Hoge Raad. De Hoge Raad doet in feite niet meer dan duiden dat de op het ontslag gerichte wil van de vennootschap zoals die via het ontslagbesluit aan de bestuurder tot uiting is gebracht,¹¹ ook ziet op het einde van de arbeidsovereenkomst.

Bij het aangaan van de relatie is ook sprake van een dubbele rechtsbetrekking, maar beïnvloeden de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke rechtsregels elkaar niet. Het benoemingsbesluit en het sluiten van de arbeidsovereenkomst staan los van elkaar. Er is niet één rechtsfeit met verschillende gevolgen. Het benoemingsbesluit brengt naar mijn oordeel niet automatisch een contractuele band tot stand.¹² Het aangaan van de arbeidsovereenkomst brengt niet een vennootschapsrechtelijke benoeming tot stand. Wordt het benoemingsbesluit gezien als een aanbod tot het aangaan van de contractuele band (hetgeen mijns inziens geen logische aanname is, zie hierover paragraaf 7.4), dan is sprake van één rechtshandeling op basis waarvan uiteindelijk twee rechtsbetrekkingen ontstaan die in beginsel (net als de afwikkeling van het ontslag) door hun eigen regelstelsel worden beheerst.

Ten aanzien van de beloning meen ik dat wel sprake is van een gemengde rechtsbetrekking. Hoewel bezoldiging en loon apart geregeld kunnen zijn (in een besluit en in de overeenkomst) en ook van elkaar kunnen afwijken, ben ik van mening dat – een enkele uitzondering daargelaten –¹³ de verhouding tussen bestuurder en de vennootschap als het gaat om de tegenprestatie van zijn arbeid gezien moet worden als een gemengde rechtsbetrekking. De verplichting een tegenprestatie voor de bestuurstaken / werkzaamheden te verrichten vloeit zowel voort uit het bezoldigingsbesluit als uit het contract. Ook als er geen contract zou zijn, is naar mijn oordeel de betalingsverplichting (als er een bezoldigingsbesluit is) een vermogensrechtelijke verplichting.¹⁴ De contractuele band zou voor moeten gaan in geval van strijd met

11 Deze formulering is ontleend aan het arrest HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 m.nt. Ma (*Sjardin/Sjartec*), r.o. 3.2, tweede volzin.

12 Zie hierover paragraaf 7.4 van dit hoofdstuk en – uitgebreider – hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.3 en hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.1

13 Vgl. hoofdstuk 5, paragraaf 5.2 en bijvoorbeeld Rb. Utrecht (vzr.) 19 december 2008, JAR 2009/49, JOR 2009/100 (*Cuijpers/Albermarle*).

14 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.2.

het benoemingsbesluit. De vordering, voor het geval de vennootschap niet betaalt, kan naar keuze van de bestuurder worden gebaseerd op het bezoldigingsbesluit of op de overeenkomst. Zie hierover verder paragraaf 7.5 van dit hoofdstuk.

Deze algemene bevindingen over de rol van samenloop worden in de volgende hoofdstukken nader ingevuld.

7.4 De benoeming: naar een indirect extern werkende besluit

Een benoemingsbesluit zou indirect externe werking moeten hebben in plaats van direct externe werking. Zonder geldig benoemings- en bezoldigingsbesluit zou geen overeenkomst met een aspirant-bestuurder moeten kunnen worden aangegaan door de vennootschap.

In het vierde hoofdstuk is stilgestaan bij de aanvang van de rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap. Het sluiten van de arbeidsovereenkomst is een tweezijdige rechtshandeling. Door het sluiten van een arbeidsovereenkomst of het opnemen van de functieomschrijving 'bestuurder' in welke vorm dan ook komt geen vennootschapsrechtelijke band tot stand. Benoeming kan alleen geschieden op de limitatief in de wet voorgeschreven wijzen. De meest voorkomende wijze van benoemen is door een besluit van het daartoe bevoegde orgaan (de algemene vergadering of de raad van commissarissen). Het benoemingsbesluit wordt in de literatuur geduid als een direct werkend extern besluit van het bevoegde orgaan. Aanvaarding van de benoeming is niet constitutief voor de geldigheid van het benoemingsbesluit, maar zonder de aanvaarding komt de benoeming niet tot stand. Er is dan een geldig benoemingsbesluit, maar de bestuurder is niet benoemd. Het benoemingsbesluit heeft dus geen ander rechtsgevolg dan dat de bestuurder het kan aanvaarden. Hoe de benoeming en het aangaan van de (arbeids)overeenkomst zich tot elkaar verhouden is niet duidelijk. In de literatuur worden twee varianten bepleit: (i) de gehele rechtsbetrekking (contractueel en vennootschapsrechtelijk) vangt aan met het benoemingsbesluit en de aanvaarding daarvan of (ii) de benoeming is de uitvoering, het sluitstuk, van de door partijen gemaakte contractuele afspraken. Uit het systeem van de wet valt niet eenduidig af te leiden welke variant juist is. Tegen de eerste variant pleit dat partijen doorgaans al overeenstemming hebben bereikt over de voorwaarden waaronder de bestuurder aan zal treden. Niet duidelijk is of het tot benoeming bevoegde orgaan ook het orgaan is dat bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst. Bovendien is vaak een ander orgaan weer het bevoegde orgaan om een bezoldigingsbesluit te nemen. Hoe dan het benoemingsbesluit als aanbod voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst (waar toch ook het loon in is geregeld) valt niet in te zien. Het benoemingsbesluit kan daarom bezwaarlijk worden gezien als een aanbod tot het aangaan van een (arbeids)overeenkomst. Het nadeel van de tweede variant is dat de direct externe werking van het benoemingsbesluit in de weg staat aan de constructie waarin het benoemingsbesluit slechts uitvoering is.

Deze duidingsproblemen zouden kunnen worden voorkomen door het benoemingsbesluit geen direct externe werking toe te kennen, maar indirect externe werking. Er is dan nog een nadere rechtshandeling nodig (het aanvaarden door de bestuurder en het sluiten van de overeenkomst) om de dubbele rechtsbetrekking tot stand te brengen.

Naar huidig recht zou het mijns inziens het meest logisch zijn benoeming en het aangaan van een overeenkomst als twee gescheiden rechtshandelingen met verschillende rechtsgevolgen te beschouwen. De problemen die bij het aangaan van de rechtsbetrekking kunnen ontstaan, zijn geen klassieke problemen van samenloop. Deze problemen kunnen worden verdeeld in drie typen:

- (1) het ontbreken van een geldig benoemingsbesluit terwijl de bestuurder, op basis van een arbeidsovereenkomst jaren heeft gefunctioneerd als zodanig en in de waan was dat hij bestuurder was. In dat geval geldt dat de werknemer nimmer bestuurder is geweest en de gewone arbeidsrechtelijke regels gelden voor beëindiging. Het is aan de vennootschap te bewijzen dat er een benoemingsbesluit is;
- (2) eerst worden contractuele afspraken gemaakt maar er volgt – bewust – geen benoeming. Er is rechtsgeldig een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen die geregeerd wordt door de gewone arbeidsrechtelijke regels. Hebben partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst de bedoeling uitgesproken dat de werknemer bestuurder zal worden, dan kan de bestuurder deze toezegging slechts bij hoge uitzondering afdwingen. Indien de vennootschap de overeenkomst wil beëindigen dan dienen de normale arbeidsrechtelijke regels te worden gevolgd. Deze situatie (waarin in feite sprake is van onzuivere wilsvorming in de vennootschap, het ene orgaan heeft immers een benoeming toegezegd, maar het bevoegde orgaan wil er niet aan) is te vermijden door een opschortende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst op te nemen of door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten tot aan de eerst volgende aandeelhoudersvergadering. Deze oplossing zal in onderhandelingen vaak niet worden geaccepteerd door de aspirant-bestuurder, maar het arbeidsrecht biedt die mogelijkheid wel;
- (3) er is wel een benoemingsbesluit maar geen expliciete arbeidsovereenkomst gesloten. Uitgaande van de theorie dat het benoemingsbesluit een uitvloeisel is van tussen partijen bestaande overeenstemming, kan sprake zijn van een stilzwijgende (arbeids)overeenkomst. Uiteraard dient die overeenstemming wel bewezen te worden door de partij die er een beroep op doet. Indien de bestuurder zijn werkzaamheden gaat uitvoeren zal aan de hand van de bedoeling van partijen en de feitelijke omstandigheden moeten worden bepaald of tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat waarbij de werknemer/bestuurder artikel 7:610a BW kan gebruiken.

De laatste twee hierboven beschreven problemen zouden voorkomen kunnen worden door het benoemingsbesluit te kwalificeren als een *indirect* extern werkend besluit én het zo te regelen dat er geen beslisbevoegdheid over de arbeidsvoorwaarden ligt bij andere organen dan de organen die bevoegd zijn tot benoeming en bezoldiging. Met andere woorden, het bestuur (of de raad van commissarissen) moet niet

zomaar een arbeidsovereenkomst met een beoogde bestuurder kunnen aangaan zonder dat daar een geldig benoemingsbesluit en bezoldigingsbesluit van het bevoegd orgaan aan ten grondslag ligt. De bevoegdheidsverdeling – en besluitvorming – binnen de vennootschap op dit punt dient een interne aangelegenheid te zijn die niet aan de aspirant-bestuurder kan worden tegengeworpen tenzij hij niet te goeder trouw is, bijvoorbeeld omdat het een zittende bestuurder betreft die wordt herbenoemd en weet dat een besluit ontbreekt. Juist omdat niemand tegen zijn zin benoemd kan worden en de benoeming niet tot stand komt zonder aanvaarding, is er geen enkele reden een benoemingsbesluit direct externe werking te laten hebben. Niet valt in te zien welk belang een bestuurder (of een derde) zou kunnen hebben bij de direct externe werking van een benoemingsbesluit.

7.5 Beloning: vertegenwoordigingsbevoegdheid

De regeling omtrent de bezoldiging van bestuurders is te ingewikkeld en wordt ten onrechte gebruikt om bestuurdersbeloningen te beteugelen. Het bezoldigingsbesluit zou indirect externe werking moeten hebben, net als het benoemingsbesluit. Het orgaan dat bevoegd is de bezoldiging vast te stellen zou ook, exclusief, bevoegd moeten zijn de arbeidsvoorwaarden af te spreken. Ten slotte dient de Ondernemingskamer zich terughoudend op te stellen als het gaat om ingrijpen in arbeidsvoorwaarden van bestuurders.

In hoofdstuk 5 is de beloning van de bestuurder nader onderzocht. Na nadere beschouwing van de wetgeschiedenis van artikel 2:135 BW kan worden geconcludeerd dat door de wetgever geen onderscheid is beoogd tussen bezoldiging en bezoldigingsbeleid. Een brede definitie van bezoldiging is wenselijk: alles wat de vennootschap aan de bestuurder ter beschikking stelt als contraprestatie voor de door de bestuurder verrichte arbeid is bezoldiging. Garanties (waaronder vrijwaringen) ex artikel 2:383e BW zouden daar niet onder moeten vallen. Uitsluitend in uitzonderingssituaties kan een onderscheid worden gemaakt tussen loon en bezoldiging. Hoofdregeel is dat al hetgeen waartoe de bestuurder als tegenprestatie voor zijn werkzaamheden gerechtigd is, is loon en bezoldiging. Ook als een specifiek deel van de beloning uitdrukkelijk aan het bestuurderschap is gekoppeld, moet dat worden behandeld als loon en is bijvoorbeeld de wettelijk verhoging verschuldigd als niet tijdig wordt betaald. Wel is het zo dat als de bestuurderstaak ophoudt, maar de arbeidsovereenkomst voortduurt, deze specifieke beloningsonderdelen niet meer verschuldigd zijn – al dan niet na een overgangsregeling.

De bezoldiging van de bestuurder is complexe materie (geworden), zelfs zonder de contractuele component in aanmerking te nemen. Er gelden verschillende regels voor verschillende typen vennootschappen. Die regels zien op openbaarmaking en op de wijze van besluitvorming. Ook zijn vaak governance codes van toepassing die regels geven over de hoogte van het loon. In de financiële sector zijn er regels van de toezichthouder en de overheid die zien op de hoogte van beloningen. Vanaf de wijziging van de structuurregeling in 2004 is artikel 2:135 BW onderwerp van wijzigingen, alle

met het doel de vaststelling van de bestuurdersbezoldiging evenwichtiger te laten verlopen of te beteugelen. Of het nu gaat om de algemene vergadering of om de ondernemingsraad, de wetgever heeft kennelijk het idee dat de bestuurdersbeloning alleen dan zorgvuldig kan worden vastgesteld als alle stakeholders er iets over te zeggen hebben. Door echter geen duidelijke sancties te verbinden aan het niet naleven van de voorschriften (of zelfs helemaal geen sancties, zoals bij het standpuntbepalingsrecht) is de effectiviteit van deze maatregelen beperkt. De wetgever gaat ervan uit dat door de wijzigingen vanzelf een cultuur ontstaat waarbinnen in harmonie met alle stakeholders een bezoldigingsbesluit wordt vastgesteld. Naar mijn oordeel heeft de wetgever onvoldoende aandacht besteed aan de juridisch-technische uitwerking van de wetswijzigingen. Een goed voorbeeld is het ontbreken van duidelijkheid over de status van een bezoldigingsbesluit dat in strijd met het bezoldigingsbeleid is genomen. Vernietigbaarheid is naar mijn oordeel de best verdedigbare sanctie. Verder is onvoldoende onderkend dat de raad van commissarissen de benoemingsbevoegdheid van de algemene vergadering kan frustreren door op voorhand in het bezoldigingsbesluit hoge afvloeiingsregelingen op te nemen (zie de *AHOLD*-zaak).¹⁵ Ook uit de *TNO*-zaak¹⁶ blijkt dat de positie van de algemene vergadering als benoemend orgaan helemaal zo sterk niet is indien een ander orgaan de bezoldiging vaststelt.

Het is de vraag of het erg effectief is geweest de benoemingsbevoegdheid en de bezoldigingsbevoegdheid uit elkaar te trekken. Vanuit het oogpunt van duidelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid meen ik van niet. Anderzijds is het, zeker bij beursvennootschappen, niet goed voorstelbaar dat de algemene vergadering alles aan zich houdt. Zoals bij wel meer onderwerpen die de bestuurder aangaan, zou het aanbeveling verdienen de beursgenoteerde bestuurder hier anders te behandelen dan de gewone bestuurder. Voor een gewone, niet beursgenoteerde NV of een BV, is de sterkere rol voor de algemene vergadering eenvoudiger te realiseren dan voor de beursgenoteerde NV. Verder zou de algemene vergadering, indien zij niet voor het blok gezet willen worden, in het bezoldigingsbeleid kunnen (laten) opnemen hoe omgegaan moet worden met de te nemen bezoldigingsbesluiten voorafgaand aan het benoemingsbesluit.

Onderzocht is hoe de bevoegdheid het bezoldigingsbesluit vast te stellen zich verhoudt met de bevoegdheid om namens de vennootschap in een (arbeids)overeenkomst het loon af te spreken. Het bestuur is bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. Het bestuur is dus ook bevoegd een arbeids- of opdrachtovereenkomst met een bestuurder te sluiten. Het

15 Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6 m.nt. Josephus Jitta (*AHOLD*). Zie paragraaf 4.3.2.1 van hoofdstuk 4 en in paragraaf 5.6 van hoofdstuk 5.

16 Rb. Den Haag (vzr.) 30 december 2008, *JAR* 2009/32 (*TNO/De Staat*); Zie paragraaf 4.3.2.1 van hoofdstuk 4 en paragraaf 5.3.3.2 van hoofdstuk 5.

bestuur is nimmer bevoegd een bezoldigingsbesluit te nemen. Het bezoldigingsbesluit is een direct extern werkend besluit. Het systeem van de wet leidt tot de volgende vaststellingen:

- a) een bezoldigingsbesluit is een direct extern werkend besluit;
- b) artikel 2:245 (135) BW is een vertegenwoordigingsbepaling;
- c) een bezoldigingsbesluit dat is genomen door een onbevoegd orgaan is nietig;
- d) een nietig bezoldigingsbesluit kan ex artikel 2:16 lid 2 BW slechts aan de bestuurder worden tegengeworpen indien hij het besluit kende of behoorde te kennen;
- e) Een bezoldigingsbesluit dat in strijd is met het bezoldigingsbeleid is rechtsgeldig en kan slechts leiden tot interne sancties jegens de raad van commissarissen;
- f) De vertegenwoordigingsbevoegdheid om een (arbeids)overeenkomst te sluiten met een bestuurder staat los van de (vertegenwoordigings)bevoegdheid een bezoldigingsbesluit te nemen.

Dit leidt ertoe dat twee verschillende organen vertegenwoordigingsbevoegd (kunnen) zijn met betrekking tot hetzelfde onderwerp (de beloning van de bestuurder). Dat is onwenselijk. Mijns inziens kan dit langs twee wegen worden opgelost. Zou het bezoldigingsbesluit indirect externe werking worden toegekend, dan valt deze problematiek weg, net als bij het benoemingsbesluit en het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Het besluit alleen is dan niet voldoende voor rechtseffect. Een uitvoeringshandeling (het sluiten van de overeenkomst) is nodig. Omgekeerd is het besluit wel noodzakelijk voor het rechtsgeldig totstandkoming van de overeenkomst. Een andere mogelijkheid is analoge toepassing van het oordeel van de Hoge Raad in de *15 april*-arresten over artikel 2:134 (244) BW. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dat artikel niet alleen bepaalt welk orgaan vertegenwoordigingsbevoegd is de vennootschapsrechtelijke relatie te beëindigen, maar ook de contractuele band te verbreken. Ook artikel 2:135 (245) BW is een vertegenwoordigingsbepaling. Betoogd kan worden dat dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van artikel 2:135 (245) BW zich niet beperkt tot het vertegenwoordigen bij besluit, maar ook tot het vertegenwoordigen via het maken van afspraken over de beloning. Langs die weg is er dus een wettelijke bepaling die derogeert aan de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur.

Beide oplossingen hebben nadelen. Dogmatisch is een extensieve uitleg van de *15 april*-arresten mijns inziens enigszins problematisch, zie hierover paragraaf 7.6. Vanuit de praktijk bezien is het indirect extern werkend besluit een gekunstelde oplossing: partijen zullen doorgaans onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden en er kan bezwaarlijk voor elke onderhandelingsronde een nieuw bezoldigingsbesluit worden genomen.

Wordt geen van deze twee oplossingen toegepast dan moet een discrepantie tussen het bezoldigingsbesluit en het afgesproken loon (er is bijvoorbeeld geen bezoldigingsbesluit of het bezoldigingsbesluit bepaalt een lagere vergoeding dan de overeenkomst) mijns inziens worden opgelost aan de hand van de vennootschapsrechtelijk en gewone vertegenwoordigingsregels, die naast elkaar kunnen worden

toegepast. Als de bestuurder mag vertrouwen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaar van de overeenkomst, dan kan hij mijns inziens nakoming van die overeenkomst afdwingen. Dat volgt uit artikel 3:61 lid 2 BW. Artikel 2:15 BW leidt tot dezelfde conclusie: een bezoldigingsbesluit genomen door een onbevoegd orgaan is nietig. Die nietigheid kan de bestuurder worden tegengeworpen als hij met het gebrek bekend is of had moeten zijn. Niet valt in te zien waarom dit anders zou zijn als er geen bezoldigingsbesluit is. Ook dat kan de bestuurder alleen worden tegengeworpen als hij had moeten weten dat zo'n besluit er had moeten zijn.

Is geen loon overeengekomen, dan kan de bestuurder bovendien te allen tijde terugvallen op de bepalingen over het gebruikelijke loon, artikel 7:618 en 405 BW, zolang vaststaat dat partijen hebben beoogd een bezoldigd bestuurderschap aan te gaan (en het dus alleen onduidelijk is hoe hoog de beloning zal zijn).

Twee aspecten van de bestuurdersbeloning zijn nader beschouwd: de eenzijdige wijziging van het loon en de privacy van de bestuurder als het om zijn beloning gaat. Waar het gaat om de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, lijkt de eenzijdigheid van het bezoldigingsbesluit meer mogelijkheden te bieden tot eenzijdige wijziging dan de arbeidsovereenkomst. Ik meen dat dat niet zo is. Het eenzijdig wijzigen van de overeengekomen beloning moet worden behandeld langs de contractuele band. Dit blijkt vooral uit de introductie van de leden 6 t/m 8 in artikel 2:135 BW. Deze in Boek 2 BW geïntroduceerde terugvorderings- en aanpassingsbevoegdheden zijn volledig gebaseerd op de contractenrechtelijke regeling omtrent onverschuldigde betalingen (artikel 6:203 e.v. BW) en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW). Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat de contractuele afspraken prevaleren. Het valt overigens te betwijfelen of het herhalen van reeds bestaande bevoegdheden de ruimte voor de vennootschap om de beloning eenzijdig aan te passen vergroot. De verplichting voor de vennootschap verantwoording af te leggen over het al dan niet gebruiken van deze bevoegdheden ex artikel 2:383c lid 6 BW kan er wel toe leiden dat binnen de vennootschap sneller actie wordt ondernomen, of minstgenomen bewuster wordt nagedacht over de mogelijkheden.

Interessant is nog de vraag hoe met name lid 6 en lid 8 van artikel 2:135 BW uitpakken als de bestuurder van de naamloze vennootschap een arbeidsovereenkomst heeft met een andere concernvennootschap. Als de beloning, inclusief bonus, geregeld is in die arbeidsovereenkomst dan wordt mijns inziens aan toepassing van artikel 2:135 BW niet meer toegekomen. Voor aanpassing of terugvordering gelden dan de bestaande verbintenisrechtelijke en arbeidsrechtelijke regels.

In vergelijking met gewone werknemers, moet de bestuurder zich meer laten welgevalen op het gebied van privacy als het gaat om het openbaar maken van zijn loon.

In het laatste deel van hoofdstuk 5 is ten slotte onderzocht wat de rol van de Ondernemingskamer is bij bestuurdersbeloningen. Het toekennen van een bepaald beloningspakket aan de bestuurder kan kwalificeren als wanbeleid in de zin van Boek 2, titel 8, afdeling 10 BW. De Ondernemingskamer grijpt in die gevallen soms in in bestuurdersbeloning. Naar mijn oordeel rekt de Ondernemingskamer hiermee zijn bevoegdheid te ver op. De bevoegdheid om voorzieningen te treffen en de gevolgen daarvan te regelen vindt immers zijn grens in het niet kunnen vernietigen of ontbinden van een door de vennootschap gesloten overeenkomst. Gaat het om bestuurdersbeloningen, dan lijkt de Ondernemingskamer hier zich niet strikt aan te houden.

7.6 Het ontslag van de bestuurder

De praktijk kan doorgaans goed uit de voeten met het ontslag van de bestuurder. De 15 april-arresten worden ten onrechte gebruikt om, via de zogenaamde derde uitzondering, sommige bestuurders meer ontslagbescherming te geven. De ontslagbescherming van bestuurders is op het juiste niveau. Als er iets zou moeten veranderen, dan zou de concernbestuurder of de functioneel bestuurder meer bescherming verdienen. Dat kan door hem de volledige arbeidsrechtelijke bescherming te bieden, of door de vennootschap te verplichten aspirant bestuurders beter te informeren over hun rechtspositie en te verplichten de kosten van een aansprakelijkheidsverzekering te dragen.

Het zesde hoofdstuk is de weerslag van het onderzoek naar het ontslag van de bestuurder. Ten aanzien van de bevoegdheid tot ontslag geldt dat het tot benoeming bevoegde orgaan bevoegd is om zowel de vennootschapsrechtelijke als de contractuele band met de bestuurder eenzijdig te beëindigen. Dit geldt ongeacht de wijze van beëindiging (opzegging of ontbinding). Dit volgt uit artikel 2:134 (244) BW in samenhang met de 15 april-arresten. Of dat orgaan *exclusief* bevoegd is tot beëindiging van de contractuele band valt op basis van de huidige stand van de wetgeving en jurisprudentie niet met zekerheid te zeggen. Ik ben van oordeel dat die bevoegdheid *exclusief* bij dat orgaan zou moeten liggen. Wordt aanvaard dat ook andere organen de contractuele band met de bestuurder kunnen beëindigen, dan is dat een aantasting van de ontslagbevoegdheid van de algemene vergadering (of in voorkomend geval de raad van commissarissen). Dit kan anders zijn als het verbreken van de contractuele band alleen een uitvoeringshandeling is. Ligt er een ontslagbesluit, dan zal dat doorgaans ook de opzeggingshandeling zijn. Sorteert de arbeidsrechtelijke opzegging geen effect, dan is het verbreken van de contractuele band uitsluitend nog de uitvoering van de bedoeling van het bevoegde orgaan. Andere organen kunnen naar mijn oordeel in dat geval namens de vennootschap een ontbindingsverzoek indienen. Dat is alleen anders als de overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap ondanks het ontslagbesluit blijft bestaan omdat partijen dat hebben afgesproken (en de arbeidsovereenkomst dus niet voortduurt vanwege een opzegverbod maar vanwege een andersluidende afspraak).

Is er geen ontslagbesluit van het bevoegde orgaan, dan is de aanvraag die beantwoord moet worden of de contractuele band kan worden beëindigd onder instandhouding van het bestuurderschap. De 15 april-arresten zien niet op die situatie. Er is moeilijk een praktisch belang te bedenken waarom één van beide partijen de contractuele band wil verbreken onder instandhouding van de statutaire positie. Het is een misverstand dat er zonder contractuele band geen verplichting tot het betalen van loon zou zijn: ook het bezoldigingsbesluit geeft immers recht op betaling van de bezoldiging. Wordt aangenomen dat de contractuele band 'los' kan worden beëindigd, dan is het tot ontslag bevoegde orgaan bij uitsluiting bevoegd die beëindiging te bewerkstelligen.

Aan de hand van een analyse van de 15 april-arresten is onderzocht hoe de rechtsbetrekking van de bestuurder eindigt. De Hoge Raad blijft in de 15 april-arresten, net als in eerder arresten, vooropstellen dat het ontslagbesluit niet tot gevolg behoeft te hebben dat de dienstbetrekking eindigt. Wat de gevolgen van het ontslagbesluit zijn voor de arbeidsverhouding tussen de bestuurder en de vennootschap hangt af van hetgeen is bepaald in de arbeidsovereenkomst en in de op arbeidsovereenkomsten toepasselijke wetsbepalingen, tenzij Boek 2 BW deze bepalingen uitdrukkelijk terzijde stelt (r.o. 3.4.2). Hier doet de Hoge Raad mijns inziens niets anders dan de hoofdregel voor samenloop parafraseren:

“Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt leidt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt (vgl. HR 15 november 2001, no. C01/082, NJ 2003, 48).”¹⁷

Het arbeidsrecht (in brede zin) is dus van toepassing, tenzij het vennootschapsrecht exclusieve bepalingen kent.

In de volgende rechtsoverweging oordeelt de Hoge Raad dat (mede) uit de wetgeschiedenis van artikel 2:134 en 244 blijkt dat die artikelen ertoe strekken te bewerkstelligen dat ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Het is de vraag of de Hoge Raad nu bedoelt dat artikel 2:134 en 244 BW het arbeidsrecht uitdrukkelijk terzijde stellen. Mijns inziens is dat niet het geval en staan beide rechtsoverwegingen redelijk los van elkaar. Er wordt immers geen enkele arbeidsrechtelijke bepaling opzij gezet. Ook uit het arbeidsrecht volgt dat een opzegging tot het einde van de arbeidsovereenkomst van de bestuurder leidt. Er is immers bij een bestuurder geen voorafgaande toestemming van het UWV nodig. De Hoge Raad doet niet anders dan het ontslagbesluit duiden als een opzeggingshandeling: het is één rechtshandeling met, in beginsel, twee rechtsgevolgen: het einde van de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking en het de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Beide aspecten van de rechtshandeling worden door hun eigen regelstelsel geregeerd.

¹⁷ HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621 m.nt. KFH (*Fernhout/Essent*). Vgl. hoofdstuk 3 paragraaf 3.3.1.

De Hoge Raad formuleert twee uitzonderingen op deze duiding. Het ontslagbesluit is geen opzeggingshandeling als sprake is van een opzegverbod of als partijen daar iets anders over afspreken. In de literatuur is er geen nauwelijks discussie geweest over de vraag of arbeidsrechtelijk opzegtermijnen nog gelden en of de opzegging kan worden gevolgd door een kennelijkonredelijkontslagprocedure. Beide vragen worden – terecht – bevestigend beantwoord. Het is logisch dat hiervoor in de 15 april-arresten geen uitzondering is opgenomen: het ontslagbesluit blijft een opzeggingshandeling die het einde van de arbeidsovereenkomst met zich brengt en waarop arbeidsrechtelijke regels zoals opzegtermijnen of de kennelijkonredelijkontslagregeling, van toepassing zijn. Boek 2 BW maakt daarop immers geen uitzondering.

Nader bestudering van de eerste uitzondering, er is sprake van een opzegverbod, heeft de volgende inzichten opgeleverd. Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid ontstaat een verschil tussen bestuurders en gewone werknemers als het gaat om de bedenktijd bij de instemming met een opzegging terwijl een opzegverbod geldt. De bedenktijd geldt niet voor bestuurders met een arbeidsovereenkomst. Dat is, vooral gelet op de motivering in de parlementaire geschiedenis naar mijn oordeel in strijd met het oordeel van de Hoge Raad in het *Levison/MAB*-arrest.¹⁸ Daarin is immers uitgemaakt dat de nietigheidssancties bij opzegging in strijd met een opzegverbod ook gewoon voor bestuurders gelden. Bovendien wordt geoordeeld dat inbreuken op het arbeidsrecht (zoals het verbod op het herstel van de dienstbetrekking en de afwezigheid van een preventieve toets) restrictief moeten worden uitgelegd. Een aantal opzegverboden is nader onderzocht (het opzegverbod tijdens ziekte, op grond van artikel 108 lid 4 PW en de opzegverboden wegens discriminatie). De *Van Kalmthout*-leer¹⁹ (een bestuurder die zich ziek meldt na ontvangst van de uitnodiging om over zijn voorgenomen ontslag gehoord te worden kan zich niet beroepen op de bescherming van het opzegverbod) staat nog overeind, ook na de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid. Het opzegverbod uit artikel 108 PW zou mijns inziens alleen moeten gelden voor werknemersleden van pensioenfondsbestuurders en niet voor de statutair bestuurder die namens de werkgever in het bestuur van het fonds zit. Ten slotte is geconcludeerd dat ook bestuurders die werkzaam zijn op basis van een opdrachtsovereenkomst de bescherming van opzegverboden wegens discriminatie genieten. Dat volgt uit het *Danosa*-arrest,²⁰ maar ook uit de gelijkebehandelingswetgeving die een breder bereik heeft dan alleen de arbeidsovereenkomst.

Ten aanzien van het algemene opzegverbod (zoals neergelegd in artikel 6 BBA en na 1 juli 2015 in artikel 7:671 lid 1 (nieuw) BW) is relevant dat de uitzondering op het algemeen opzegverbod voor statutair bestuurders een ruimere werkingssfeer krijgt bij de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid. Alle bestuurders van rechtspersonen voor wie in Boek 2 BW is bepaald dat herstel van hun dienstbetrekking niet mogelijk is, vallen onder de uitzondering van artikel 7:671 lid 1 onder e (nieuw) BW.

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

19 Hof Den Bosch 22 augustus 2000, JAR 2000/207 (*Van Kalmthout*).

20 HvJ EU 11 november 2010, JAR 2011/24 (*Danosa/LKB*).

Hetzelfde geldt voor bestuurders van buitenlandse vergelijkbare rechtspersonen. Dit laatste is een codificatie van het arrest *Bennenbroek/Scia*,²¹ waarbij de codificatie iets anders is geformuleerd dan het arrest zelf. Daarin is immers bepaald dat de uitzondering (geen toestemming nodig) ook geldt voor bestuurders van buitenlandse vennootschappen, *tenzij* de positie van de bestuurder wezenlijk verschilt van de positie van bestuurders in Nederlandse vennootschappen. Ik kan geen situatie bedenken waarin de verschillende formuleringen tot een verschillende uitkomst leiden (een vergelijkbare rechtspersoon waarin de positie van de bestuurder wezenlijk verschilt van de positie van de bestuurder van een Nederlandse vennootschap – bijvoorbeeld doordat een ontslag te allen tijde niet de norm is), maar het had op de weg van de wetgever gelegen dit verschil uit te leggen. De uitbreiding van de werkingssfeer van de uitzondering op het algemene opzegverbod wordt niet uitgebreid naar bestuurders die in dienst zijn van een andere (groeps)vennootschap dan waarvan ze bestuurder zijn. Voor hen geldt dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst conform de gewone arbeidsrechtelijke regels moet gebeuren: er moet toestemming van het UWV zijn, de kantonrechter is bevoegd en herstel van de dienstbetrekking is mogelijk.

Een terugkerende vraag is in hoeverre de bestuurder die via een ontslagbesluit zijn bestuurderschap is kwijtgeraakt, maar niet zijn arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld omdat sprake is van ziekte), onder de uitzondering op het algemene opzegverbod valt. Anders gezegd: kan de arbeidsovereenkomst van de bestuurder die zich weer beter meldt worden opgezegd zonder toestemming van het UWV of niet? Zolang partijen geen nieuwe invulling aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven, luidt het antwoord dat kan worden opgezegd zonder toestemming. Dit volgt uit het *Atlantic Nominees*-arrest.²² Bij het wegvallen van de statutaire positie komt ook de vraag naar voren of de gewezen bestuurder daarmee onderworpen raakt aan een cao of verplichtstellingsbesluit van een bedrijfstakpensioenfonds, waarvan hij eerst op basis van zijn positie was uitgesloten. Op grond van het cao-recht moet die vraag bevestigend worden beantwoord, maar ik ben van oordeel dat de systematiek van het cao-recht hier moet wijken voor consistentie als het gaat om de positie van de gewezen bestuurder. Op alle punten wordt de bestuurder na zijn ontslag als bestuurder (mits geen daadwerkelijk invulling wordt gegeven aan de nog voortdurende arbeidsovereenkomst) arbeidsrechtelijk behandeld als ware hij bestuurder. Er is geen aanleiding hierop een uitzondering te maken als het gaat om het cao-recht of het pensioenrecht.

Ook de tweede uitzondering is aan de orde geweest. Partijen kunnen afspreken dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit niet meteen ook de arbeidsovereenkomst beëindigt. Deze afspraak kan zowel voor als bij gelegenheid van het ontslagbesluit worden gemaakt.

21 HR 15 september 1995, NJ 1996, 234, JAR 1995/213 (*Bennenbroek/Scia*).

22 HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic Nominees/Van den Elshout*).

De in de literatuur veel besproken 'derde uitzondering' (de 'exceptie Timmerman') wordt naar mijn oordeel zowel in de literatuur als in de lagere rechtspraak ten onrechte gekaapt voor een discussie over het beschermingsniveau dat de bestuurder verdient. Het aannemen van een derde uitzondering waarbij het ontslagbesluit niet als opzeggingshandeling geldt als het statutair bestuurderschap bij de uitoefening van de werkzaamheden geen werkelijke rol speelt, leidt er in mijn visie uitsluitend toe dat het ontslagbesluit niet ook gezien moet worden als een opzeggingshandeling. De werkgever-vennootschap zal nog een aparte opzeggingshandeling moeten verrichten. Het is mijns inziens een misvatting dat voor die opzegging vervolgens toestemming van het UWV nodig is. Dat is pas aan de orde als partijen na het eindigen van het bestuurderschap nog daadwerkelijk invulling hebben gegeven aan de arbeidsovereenkomst. De vennootschap/werkgever kan immers tegelijkertijd ook, expliciet, de arbeidsovereenkomst opzeggen en de uitzondering op het algemeen opzegverbod geldt dan gewoon.

De onderliggende vraag is of indien sprake is van een bestuurder voor wie geldt dat het statutair bestuurderschap bij de uitoefening van de werkzaamheden geen werkelijke rol speelt succesvol betoogd kan worden dat het algemene opzegverbod gewoon geldt. Hiervoor is geen aanwijzing te vinden in de toelichting op het ontheffingsbesluit noch in de parlementaire geschiedenis van artikel 7:671 lid 1 sub e (nieuw) BW. Ik zou ervoor pleiten dit onderscheid ook niet te maken. Boek 2 BW kent maar één type bestuurder. Ook in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid worden 'niet echte' bestuurders niet anders behandeld dan volle bestuurders. Ik zie geen aanleiding de mate van arbeidsrechtelijke bescherming te laten afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval. Dit leidt mijns inziens tot teveel rechtsonzekerheid over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder. De meeste bestuurder zullen zich bij een naderend einde van hun betrekking op het standpunt stellen dat zij toch geen echte bestuurders waren om zo hun onderhandelingspositie te versterken. Als er een maatschappelijke behoefte zou bestaan bepaalde bestuurders volledig als werknemers te behandelen, dan zal dat bij wet moeten worden geregeld. Ik ben van oordeel dat de 15 april-arresten geen ruimte laten voor de derde uitzondering. In eerdere zaken heeft de Hoge Raad expliciet splitsing van het vennootschapsrechtelijk einde en het arbeidsrechtelijk einde aangenomen (*Atlantic Nominees* en *Mooij Verf/De Waard*).²³ De *Bartelink/Ciris*-casus leende zich er op zichzelf voor een uitspraak te doen over de situatie waarin het bestuurderschap niet zo relevant was voor de uitoefening van de werkzaamheden. De Hoge Raad heeft echter niets gezegd over een splitsingsmogelijkheid.

Naast de 'derde uitzondering' is ook de reikwijdte van de 15 april-arresten (in welke gevallen vinden de arresten wel of geen toepassing) onderzocht. Een veel voorkomende situatie is dat de bestuurder in dienst is van een andere (groeps)vennootschap dan waar hij bestuurder is. In dat geval brengt het ontslagbesluit niet de

²³ HR 17 november 1995, NJ 1996, 142 (*Atlantic Nominees/Van den Elshout*) en HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 211 m.nt. PAS, JAR 1993/244 (*Mooij Verf/De Waard*).

beëindiging van de arbeidsovereenkomst met zich mee. Dat volgt alleen al uit het feit dat de algemene vergadering van de vennootschap niet bevoegd is om de werkgever-vennootschap te vertegenwoordigen en het ontslagbesluit dus niet gezien kan worden als een opzeggingshandeling van de werkgever. Daarnaast is deze constructie expliciet aan de orde geweest in de parlementaire behandeling van de Wet bestuur en toezicht. De wetgever heeft expliciet toegelicht dat artikel 2:132 lid 3 BW niet van toepassing is op de beursbestuurder die een arbeidsovereenkomst heeft met een andere vennootschap. De Hoge Raad heeft in het arrest *Aeilkema/Omta* eveneens geconcludeerd dat niet door constructies heengekeken dient te worden.

Een ander veelbesproken grensgeval is de vraag of het ontslagbesluit ook moet worden gezien als beëindiging van de contractuele band als sprake is van een opdracht-overeenkomst. De meningen zijn daarover verdeeld. Vooropgesteld moet worden dat al uit het arrest *Bruins/Arrows* volgt dat het arbeidsrecht geen toepassing vindt als sprake is van een opdrachtovereenkomst. In lijn daarmee kan worden betoogd dat de *15 april*-arresten expliciet zijn toegespitst op de bestuurder die een arbeidsovereenkomst heeft en ook de wetgeschiedenis waar de arresten sterk op leunen gaat uit van de arbeidsovereenkomst. De gedachte achter de *15 april*-arresten is echter (kennelijk) dat de vennootschap die ontslaat, ook geen behoefte meer heeft aan een contractuele band. Dat zou toch ook moeten gelden voor een opdrachtovereenkomst. Vergelijk hetgeen ik hierover heb geconcludeerd ten aanzien van het andere oordeel uit de *15 april*-arresten, namelijk dat de algemene vergadering ook het bevoegde orgaan is om de contractuele band te verbreken en artikel 2:134 (244) in die zin vertegenwoordigingsbepalingen zijn. Ook als een opdrachtovereenkomst moet worden opgezegd is de algemene vergadering daartoe bevoegd (of de raad van commissarissen als dat het tot ontslag bevoegde orgaan is). Het zou voor de hand liggen dat ook de hoofdregel uit de *15 april*-arresten geldt. De rechtspraak is op dit punt nog enigszins verdeeld.

Algemeen wordt aangenomen dat het ontslag van bestuurders van andere rechtspersonen dan BV's of NV's niet onder de werking van de *15 april*-arresten vallen. Het is de vraag of die aanname nog juist is in het licht van de wijzigingen die de Wet werk en zekerheid aanbrengt: verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen zijn op alle punten gelijkgesteld aan de vennootschap als het gaat om de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder. Het valt moeilijk uit te leggen waarom een ontslagbesluit van een bevoegd orgaan dan niet ook op dezelfde wijze geduid zou moeten worden.

Een ontslag door de Ondernemingskamer of het aflopen van een benoemingstermijn heeft niet tot gevolg dat ook meteen de arbeidsovereenkomst eindigt. Er is dan immers geen sprake van een ontslagbesluit zodat aan de toepassing van de *15 april*-arresten niet wordt toegekomen.

De belangrijkste conclusie is dat het belang van de 15 april-arresten niet overschat moet worden. Er is niet geoordeeld dat het vennootschapsrecht altijd voorgaat. Dat bepalingen uit Boek 2 BW met exclusieve werking voorgaan op arbeidsrechtelijke bepalingen, is volledig in lijn met de hoofdregel van samenloop. Het ontslagbesluit is gekwalificeerd als rechtshandeling met twee rechtsgevolgen: einde van de vennootschapsrechtelijke band en de arbeidsrechtelijke opzegging. Niet meer en niet minder. Over het niveau van ontslagbescherming zeggen de 15 april-arresten niets.

Uit de bestudering van de vennootschapsrechtelijk en arbeidsrechtelijke toetsing van het ontslagbesluit wordt duidelijk dat beide regelstelsels elkaar beïnvloeden, maar dat geen sprake is van botsing. Vernietiging of nietigheid van het ontslagbesluit op grond van Boek 2 BW leidt ertoe dat ook de opzeggingshandeling wegvalt en de arbeidsovereenkomst geacht wordt niet te zijn geëindigd. Is de arbeidsovereenkomst geëindigd door een ontbindingsbeschikking van de rechter, dan heeft de het wegvalen van het ontslagbesluit geen gevolgen voor de geëindigde arbeidsovereenkomst. Dit leidt er een enkele keer toe dat de ontbindingsrechter rekening houdt met de mogelijkheid van een vernietiging van het ontslagbesluit. Is sprake van arbeidsrechtelijke gebreken, dan wordt het ontslag niet aangetast maar ontstaat een schadevergoedingsverplichting voor de vennootschap. Dit is alleen anders als sprake is van arbeidsrechtelijke nietigheidssancties. Die tasten de arbeidsrechtelijke opzegging aan, maar laten het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit in stand. Bij de arbeidsrechtelijk toetsing spelen de vennootschapsrechtelijke eisen een rol waar het gaat om het beoordelen van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. De vennootschapsrechtelijke positie kleurt de invulling van arbeidsrechtelijke open normen bij de beoordeling van het ontslag in. Dit blijkt uit de toetsing van de kennelijk onredelijkheid, de dringende reden en de onverwijldheid bij ontslag op staande voet en bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Naar verwachting wordt dit niet anders na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid.

Zodra bestuurder en vennootschap afspraken maken over het vertrek, spelen vergelijkbare vertegenwoordigingsproblemen als bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en bij het afspreken van de bezoldiging. Het meest voor de hand ligt het dat het orgaan dat bevoegd is tot het vaststellen van de bezoldiging ook bevoegd is alle afspraken met betrekking tot de afwikkeling van de relatie te maken, met uitzondering van de decharge. Dat is nu eenmaal de exclusieve bevoegdheid van de algemene vergadering.

Als het gaat om het bepalen van de bevoegde rechter gaan in een nationale situatie de 'vennootschapsrechtelijke' bevoegdheidsregels voor (zowel als het gaat om absolute als om relatieve bevoegdheid). Is sprake van een internationale context, dan is niet uitgesloten dat de beschermende bepalingen met betrekking tot de bevoegde rechter in arbeidsrechtelijke geschillen zoals neergelegd in Europese regelgeving voorgaan op de 'vennootschapsrechtelijke' bevoegdheidsregels. Spreken partijen arbitrage af, dan komt de dubbele rechtsbetrekking sterk naar voren. Het vennootschapsrechtelijk (ontslag)besluit kan niet in arbitrage worden aangevochten, het oordeel daarover is voorbehouden aan de overheidsrechter.

De deelbaarheid van de positie van de bestuurder komt naar voren bij overgang van onderneming. In een overgang van onderneming situatie, gaat de bestuurder als werknemer mee over naar de verkrijger en blijft het bestuurderschap achter (en kan worden beëindigd door een ontslagbesluit van de vennootschap). Ook in geval van faillissement is de positie van de bestuurder deelbaar: een ontslagbesluit tijdens faillissement maakt geen einde aan de arbeidsovereenkomst. De bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst op te zeggen berust tijdens faillissement ex art. 40 Fw bij de curator. Boek 2 BW zet artikel 40 Fw niet uitdrukkelijk opzij.

7.7 Slotoverwegingen

De belangrijkste vennootschapsrechtelijke regel met betrekking tot de rechtspositie van de bestuurder is dat de bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen; de vennootschap mag niet geconfronteerd worden met een bestuurder die zij niet wil. Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in artikel 2:16 BW: zelfs als de bestuurder er op mocht vertrouwen dat hij is benoemd, kan dat de vennootschap toch niet worden tegengeworpen. In die lijn past geen arbeidsrecht (ontslagrecht) dat het ontslag van een bestuurder belemmert. Vandaar dat herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk is bij een bestuurder en er geen sprake is van een preventieve toets (het algemeen opzegverbod geldt immers niet voor de bestuurder). Elke onredelijkheid of onregelmatigheid van het ontslag vertaalt zich in schadevergoeding.²⁴ De regel is immers niet dat de bestuurder te allen tijde zonder vergoeding moet kunnen worden ontslagen. De wetgever heeft die bedoeling ook nooit gehad. Alleen de nietigheidssancties bij opzegverboden lijken dit te doorkruisen. Deels (bijvoorbeeld bij opzegverboden wegens discriminatie) gelden deze ook als sprake is van een opdrachtovereenkomst. Andere opzegverboden, zoals bij ziekte, resulteren niet in het voortzetten van het bestuurderschap, maar in het voortzetten van de arbeidsovereenkomst. De vennootschap wordt dan niet geconfronteerd met een bestuurder die zij niet wil. Het ontslagbesluit *als bestuurder* blijft immers in stand. Wel wordt de vennootschap/werkgever geconfronteerd met een zieke werknemer die wordt doorbetaald en die zal moeten re-integreren. Dat zal ontegenzeggelijk in de praktijk niet altijd eenvoudig zijn. Dat geldt ook voor sommige andere ziektesituaties. Vennootschapsrechtelijk is dit geen probleem, bedrijfsmatig is het lastig, niet meer dan dat.

Wetssystematisch en vennootschapsrechtelijk is de huidige situatie wat ontslagbescherming betreft mijns inziens bevredigend. Ook de praktijk kan hiermee uit de voeten. Vanuit een arbeidsrechtelijk of arbeidsmarktperspectief valt daar wat op af te dingen. Het is niet altijd bevredigend voor het rechtsgevoel dat de statutair bestuurder 'volle' ontslagbescherming ontbeert. Dit doet zich met name voor als sprake is van een bestuurder die – kort gezegd – in feite niets te zeggen heeft. Bijvoorbeeld omdat hij in een concernverband niet eens zozeer verantwoording aflegt aan de aandeelhouder (zie het citaat uit de vorige paragraaf), maar aan een manager elders in het concern. De veronderstelling dat bestuurders wel voor zichzelf kunnen zorgen is in mijn ogen dan ook te generiek. Het gaat immers niet voor elke bestuurder op.

²⁴ Dit wordt niet anders na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid.

Daarentegen zijn er ook meer dan voldoende 'gewone' werknemers die assertief, hoogopgeleid en veelverdiener zijn, met een goede positie op de arbeidsmarkt. Op zichzelf is er niets tegen een minder beschermend arbeidsrecht voor 'de bovenkant' van de arbeidsmarkt (vergelijk de in hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.2 beschreven onderzoeken van Boot en Aerts). Waarom die knip bij de bestuurder gelegd moet worden is onduidelijk. De bestuurder is bijzonder vanwege zijn formele positie binnen de vennootschap. Dat de bestuurder doorgaans een meer dan modaal salaris zal verdienen en tot de meer mondige werknemers behoort onderscheidt hem niet per definitie van andere werknemers. Uniken Venema schreef het al in 1969: *'De positie van een bestuurder van een 100% dochter verschilt nauwelijks van die van een afdelingsleider (...).'*²⁵ Voor de door Van Uden beschreven 'functioneel bestuurder'²⁶ geldt dat eveneens. Ook in de Flex-BV kan dit aan de orde zijn, de instructiebevoegdheid van de algemene vergadering of bijzondere groepen kan immers zeer uitgebreid zijn. De bestuurder is in dat geval in feite niet meer dan een hoge manager of een filiaalhouder. Toch drukken op hem de zware aansprakelijkheid van het bestuurderschap en het relatief lichte ontslagrecht. Aan de hand van de feitelijke omstandigheden bepalen welke bestuurder 'echt' is en welke niet, zou misschien in concrete gevallen tot een bevredigende oplossing leiden. Daar staat tegenover dat het voor partijen dan niet op voorhand duidelijk is hoe hun rechtsrelatie geduid moet worden en hoe die beëindigd kan worden. Dat is onwenselijk vanuit rechtszekerheidsperspectief.

Een oplossing zou kunnen zijn op bestuurders van besloten vennootschappen in groepsverband of van Flex-BV's het volledige arbeidsrecht van toepassing te verklaren. De 'grensgevallen' betreffen immers steeds dat type bestuurders. Bestuurders van beursvennootschappen vallen dan buiten het arbeidsrecht, concern- en flexbestuurders vallen dan volledig onder het arbeidsrecht en alle bestuurders daartussen genieten lichtere bescherming (geen algemeen opzegverbod en geen mogelijkheid tot herstel van de dienstbetrekking). Deze oplossing leidt tot meer versnippering. Een eenduidigere oplossing is dat partijen zelf kunnen kiezen of het arbeidsrecht al dan niet van toepassing is op hun relatie. Voor concernbestuurders bestaat deze mogelijkheid in feite al: partijen kunnen ervoor kiezen de concernbestuurder volledige arbeidsrechtelijke bescherming te bieden door hem in dienst te laten treden bij een andere concernvennootschap dan waar hij bestuurder is. Voor andere bestuurders bestaat die mogelijkheid niet. Een wetswijziging om dat te bewerkstelligen is eenvoudig: aan artikel 7:615 BW zou een lid kunnen worden toegevoegd waarin is opgenomen dat Titel 10 van Boek 7 voor bestuurders van regelend recht is. Partijen kunnen de ontslagbescherming en andere 'overbodige' regelingen dan wegcontracteren.²⁷ Naar mijn oordeel is dit soort maatregelen niet noodzakelijk. De praktijk kan, waar het gaat om ontslagbescherming, goed uit de voeten met de positie van de statutair bestuurder. Ook dogmatisch zie ik geen redenen de bestuurder uit te sluiten van ontslagbescherming, zoals hiervoor uiteengezet.

25 Uniken Venema 1969, p. 268/269.

26 Van Uden 2006 en hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.4.

27 Vlg. Verburg 2005.

Wel kan worden gedacht aan een informatieverplichting voor de vennootschap bij de benoeming van een bestuurder. Zeker wanneer sprake is van een 'functioneel' bestuurder, die bijvoorbeeld al langer in dienst is als gewone werknemer, moet duidelijk zijn dat zijn benoeming gevolgen heeft voor zijn rechtspositie. Een weigering om het bestuurderschap te aanvaarden, zou vervolgens niet tot ontslag uit de bestaande functie moeten kunnen leiden. Een dergelijk informatieverplichting, gekoppeld aan bijvoorbeeld een wettelijke verplichting voor de vennootschap om de kosten van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering te vergoeden, zou voldoende waarborgen moeten bieden voor de functionele of 'niet echte' bestuurder.

Ook bij benoeming en beloning doorkruist het arbeidsrecht op geen enkele wijze het vennootschapsrecht. Eerder kan worden gezegd dat het vennootschapsrecht soms het arbeidsrecht doorkruist, zoals bijvoorbeeld het geval is als het gaat om de privacy van de bestuurder versus openbaarmakingsverplichtingen van de vennootschap. Eén van de voorbeelden die bij de totstandkoming van de corporate governance code is aangehaald om te betogen dat het arbeidsrecht belemmerend werkt is de ketenregeling. Het arbeidsrecht verhindert dat een bestuurder meerdere keren een arbeidsovereenkomst voor vier jaar krijgt (gelijklopend aan de benoemings-termijn). Dit is strikt genomen juist en een belemmering. In de praktijk blijkt echter dat ook bij de eerste benoemingstermijn doorgaans zelden wordt gekozen voor een contract van vier jaar.

De dubbele rechtsbetrekking van de statutair bestuurder blijft een problematische figuur. Dogmatisch gezien passen het vennootschapsrecht en het (arbeids)overeenkomstenrecht niet goed op elkaar. Dat komt niet zozeer omdat de arbeidsrechtelijke bescherming het vennootschapsrecht belemmert, maar veeleer doordat binnen de vennootschap verschillende organen vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben als het gaat om benoeming, beloning, ontslag en het contracteren met de bestuurder. Uit de wetgeschiedenis en rechtspraak blijkt dat weinig aandacht is voor, en soms zelfs weinig inzicht in, de systematiek van Boek 2 en Boek 7 BW en de verhouding tussen het vennootschapsrecht en het vermogensrecht, meer in het bijzonder het overeenkomstenrecht. De botsende vertegenwoordigingsbevoegdheden zijn moeilijk met elkaar in overeenstemming te brengen. Samenloopregels kunnen in concrete gevallen uitkomst bieden, maar bieden geen sluitend dogmatisch systeem. Ik zou menen dat een structurelere duidelijkheid gewenst is, zonder de checks and balances tussen de verschillende organen van de vennootschap te verstoren. Het benoemingsbesluit, bezoldigingsbesluit en ontslagbesluit zijn direct extern werkende besluiten. Een eenzijdige rechtshandeling met directe werking jegens derden. Ten aanzien van het ontslagbesluit is dat minder interessant omdat de opzegging (de meest gebruikte wijze van ontslag bij een bestuurder) eveneens een eenzijdige rechtshandeling is. Waar het gaat om de benoeming en de bezoldiging is wel sprake van een interessante botsing. Het aangaan van een overeenkomst en het afspreken van loon is immers een tweezijdige rechtshandeling. Het benoemings- en bezoldigingsbesluit zou een indirect extern werkend besluit moeten zijn, daardoor zou veel onduidelijkheid kunnen worden voorkomen. Een andere optie zou zijn om de gehele rechtsbetrekking te regelen

via Boek 2 BW en dus te aanvaarden dat er geen contractuele component bestaat. Ik meen dat die oplossing wel voor dogmatische duidelijkheid zorgt, maar te ver afstaat van de praktijk. Met de bestuurder zullen immers altijd afspraken worden gemaakt over de voorwaarden van zijn aanstelling, dat is een tweezijdig proces dat niet kan worden neergelegd in een eenzijdig besluit.

Er zijn verschillende theorieën over de duiding van de rechtsbetrekking tussen de vennootschap en de bestuurder. Er wordt wel gesproken van een dubbele rechtsbetrekking, een gemengde rechtsbetrekking, een gekleurde rechtsbetrekking of een dubbele gekoppelde rechtsbetrekking.²⁸ Het duiden van de relatie is niet per definitie een theoretische exercitie. Wordt de relatie tussen bestuurder en vennootschap gezien als een gemengde rechtsbetrekking, dan zouden, krachtens artikel 7:610 lid 2 BW via de schakelbepaling van artikel 6:216 BW, arbeidsrechtelijke regels altijd voorgaan.²⁹ De meeste vennootschapsrechtjuristen vinden dit niet een aanvaardbaar gevolg.³⁰ Naar aanleiding van de *15 april*-arresten is wel betoogd dat uit die uitspraak duidelijk blijkt dat de Hoge Raad het vennootschapsrecht vooropstelt. Ik meen dat bij aanvang en einde sprake is van een dubbele rechtsbetrekking. Gaat het om de beloning, dan zou ik willen spreken van een gemengde rechtsbetrekking, waarbij de contractuele regels voorgaan.

28 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.

29 Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.1 en hoofdstuk 3, paragraaf 3.4 waarin uitgebreid uiteen is gezet hoe de regel van art. 7:610 lid 2 BW die ziet op gemengde *overeenkomsten*, mijns inziens ook kan worden toegepast op gemengde rechtsbetrekkingen.

30 Zie bijvoorbeeld Timmerman 1985, p. 6 en Timmerman 1991, p. 191.