

6.1 INLEIDING

Deze bijdrage stelt de bijzondere arbeidsverhouding van de bestuurder centraal. De bestuurder heeft – ook na Wet werk en zekerheid (Wwz) – een bijzondere positie omdat zowel sprake is van een vennootschapsrechtelijke band als van een contractuele verhouding of arbeidsverhouding met de vennootschap. In deze bijdrage wordt in het bijzonder gefocust op de positie van de bestuurder van de nv of bv en dan met name op de gevolgen van de bijzondere positie van de bestuurder voor zijn of haar rechtspositie bij ontslag. Juist het feit dat de bestuurder ‘twee petten draagt’ (zowel bestuurder in de zin van Boek 2 BW als werknemer c.q. opdrachtnemer in de zin van Boek 7 BW) creëert een spanningsveld (ongeacht of sprake is van een dubbele rechtsbetrekking¹ of van een gemengde rechtsbetrekking²) en geeft de bestuurder een ‘status aparte’.

In dit hoofdstuk zal eerst worden ingegaan op de benoeming van de bestuurder (par. 6.2). Vervolgens zal worden ingegaan op de duiding van zijn arbeidsverhouding en op zijn bezoldiging (par. 6.3). In de daarop volgende paragraaf zal het ontslag van de bestuurder centraal staan (par. 6.4) en het hoofdstuk zal ten slotte worden afgesloten met een korte conclusie (par. 6.5).

6.2 BENOEMING VAN DE BESTUURDER

De bijzondere status van de bestuurder schuilt op zichzelf niet in het arbeids-overeenkomstenrecht. Ook de aanduiding van een persoon als ‘bestuurder’, al dan niet vergezeld van fraaie epitheta ornans (de aanduiding als CEO, President, Board Member, lid van het Exco, en dergelijke), brengt nog geen status aparte met zich.

Wil sprake zijn van de hier bedoelde dualiteit, dan dient er een vennootschapsrechtelijke benoeming te zijn. Zonder een vennootschapsrechtelijke benoeming is alleen het arbeidsrecht van toepassing, dan wel het leerstuk van de overeen-

* Mr. E.S. de Bock is partner bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

1 Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 1984, *NJ* 1985/375, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Sjardin*).

2 Zie bijvoorbeeld de bekende 15-april-arresten, HR 15 april 2005, *NJ* 2005/484, m.nt. GHvV, *JAR* 2005/117, m.nt. Witteveen en HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153.

komst van opdracht en bezit de als bestuurder geduide persoon geen bijzondere juridische positie. In een dergelijk geval is slechts één rechtsgebied van toepassing. Los van de dogmatische duiding van het samenspel tussen het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht c.q. de overeenkomst van opdracht³ moet sprake zijn van de door Verburg bedoelde dualiteit⁴ wil de bestuurder een *status aparte* hebben als hier bedoeld.

6.2.1 *Vennootschapsrechtelijke benoeming*

Hoe komt de hier bedoelde vennootschapsrechtelijke benoeming tot stand? Voor de bv bepaalt artikel 2:242 BW dat de benoeming voor de eerste maal bij akte van oprichting geschiedt en later door de AvA of, voor zover statutair bepaald, door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort, mits iedere aandeelhouder kan deelnemen aan de besluitvorming. Voor de nv kent artikel 2:132 BW een soortgelijke bepaling met dien verstande dat benoeming door verschillende soorten houders van aandelen niet aan de orde is. Indien het structuurregime van toepassing is, benoemt de RvC de bestuurder na kennisgeving aan de AvA (zie artikel 2:272 BW en 2:162 BW). Bij het structuurregime geeft de RvC aan de AvA kennis van een voorgenomen benoemingsbesluit ex artikel 2:162 juncto 2:172 BW, terwijl bij het gemittigeerd structuurregime (artikel 2:155/265 BW) benoeming nog steeds door de AvA geschiedt. Sinds 1 januari 2013 is op grond van de Wet Bestuur en Toezicht⁵ een monistisch bestuursmodel mogelijk, waarbij uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders (de feitelijke toezichthouders) in één orgaan zijn verenigd. Wanneer gekozen is voor het *one tier* model, dan moet worden bepaald of de bestuurder uitvoerend bestuurder of niet-uitvoerend bestuurder is.

De Hoge Raad heeft in het Squamish/Van Ekelenburg arrest⁶ duidelijk gemaakt dat niet kan worden aanvaard dat degene die – ondanks het ontbreken van een benoemingsbesluit – op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij tot bestuurder was benoemd, als bestuurder van de vennootschap moet worden aangemerkt. Simpel gezegd: het wezen gaat voor de schijn. Indien een pseudo-bestuurder te goeder trouw heeft aangenomen dat hij als bestuurder was benoemd en/of zich als zodanig heeft gedragen, bijvoorbeeld door het ondertekenen van de jaarrekening, het vertegenwoordigen van de vennootschap, en dergelijke, maakt een dergelijke persoon nog niet tot bestuurder in de zin van Boek 2 BW. Benoeming door

3 Zie hierover onder meer E.S. de Bock, 'De vennootschapsrechtelijke aantasting van ontslagbesluiten', *TVVS*, 1998, H.J.M.N. Honnée, 'Het ontslag van de bestuurder in wethistorisch perspectief', *de N.V.* 1998, p. 280-284, T.J. van der Ploeg, 'De relatie tussen vennootschapsrecht en arbeidsrecht bij het ontslag van bestuurders van vennootschappen', *TVVS* 1996, p. 281 e.v., L.G. Verburg, 'De bestuurder van de N.V. of B.V.', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

4 Zie hierover L.G. Verburg, 'De bestuurder van de N.V. of B.V.', in A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

5 Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2012, 275.

6 HR 15 december 2000, *NJ* 2001/109.

een onbevoegd orgaan is niet mogelijk.⁷ De bevoegdheid tot benoeming kan verder alleen worden beperkt door een statutair voorgeschreven verbindende voordracht (zie artikel 2:133 juncto 2:129a en 2:243 juncto 2:239a lid 1 BW). De Flexwet⁸ maakt het sinds 1 oktober 2012 mogelijk dat verschillende ‘klassen’ aandeelhouders ieder een of meerdere bestuurders benoemen. Bij een niet-structuur bv kan op grond van artikel 2:242 BW statutair worden bepaald dat bestuurders niet door de AvA worden benoemd, maar door de houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (bijvoorbeeld A aandeelhouders of prioriteit aandeelhouders); er zijn dan verschillende soorten aandelen met ieder eigen rechten, waarbij gedacht kan worden aan familievennootschappen waarbij iedere ‘familietak’ zijn bestuurders benoemt of aan een joint venture waarbij iedere partner zijn bestuurder benoemt. Wel dient iedere aandeelhouder met stemrecht te mogen stemmen voor ten minste de benoeming van een bestuurder.

De eis van het bestaan van een benoemingsbesluit is essentieel voor de hiervoor kort geschetste dualiteit en vooral essentieel bij ontslagperikelen (waarover later meer). Iedere bestuurderszaak voor een arbeidsrechtjurist begint dan ook met de hamvraag: is de bestuurder wel bestuurder? Kort gezegd: waar is het benoemingsbesluit?

Uitgaande van het meest klassieke model, namelijk benoeming door de AvA, is het probleem dat in Boek 2 BW nergens is bepaald dat een benoemingsbesluit alleen schriftelijk kan geschieden. Artikel 2:230 lid 4 BW stelt wel dat het bestuur aantekening moet houden van AvA-besluiten, maar in de praktijk gebeurt dat bijzonder weinig en bovendien staat er geen sanctie op overtreding van dit artikel. Wiersma en El Harchaoui hebben het onderscheid tussen een al dan niet ontbrekend schriftelijk benoemingsbesluit van de AvA of van een besluit buiten vergadering gefileerd.⁹ Bij het ontbreken van een schriftelijk besluit genomen ter vergadering kan aan de hand van vrije bewijsvoering aannemelijk worden gemaakt dan wel bewezen dat een toch rechtsgeldig benoemingsbesluit is genomen.¹⁰ Gedragingen alleen zijn onvoldoende.¹¹ Inschrijving in het Handelsregister (of het achterwege blijven daarvan) kan een aanwijzing vormen maar vormt geen bewijs.¹² Aan de hand van e-mail correspondentie, brieven, een oproep voor een AvA, getuigenverklaringen, en dergelijke kan een justitiabele trachten bewijs te leveren van het feit dat een persoon al dan niet is benoemd door een

7 Zie bijvoorbeeld HR 15 september 1995, *NJ* 1996/139, en E.S. de Bock, a.w. (noot 3), p. 349-353.

8 Wet van 18 juni 2012 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering B.V. recht), *Stb.* 2012, 299.

9 K. Wiersma en Y.L. Harchaoui, ‘Het benoemingsbesluit en de bestuurder: 2 communicerende vaten’, *TAP* 2014/5.

10 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 oktober 2003, *JAR* 2003/277 (e-mails), Ktr. Rotterdam 7 februari 2014, *JOR* 2014/34, Hof Amsterdam 29 maart 1990, *NJ* 1991/81.

11 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 6 juli 2004, *JOR* 2006/173, Ktr. Venlo 5 februari 2008, *JAR* 2008/85, en Ktr. Terborg 28 februari 2008, *JAR* 2008/177.

12 Zie HR 27 juni 2008, *BNW* 2008/239, HR 2 juni 1977, *NJ* 1978/238, en Hof Den Haag 8 juli 1999, *JAR* 1999/177.

AvA-besluit.¹³ Het tekenen van jaarrekeningen, het inschrijven bij de Kamer van Koophandel, het aanvragen van een D&O-verzekering (een verzekering voor 'Directors' en 'Officers'), en dergelijke kunnen allemaal indicaties zijn voor de aanwezigheid van een benoemingsbesluit. Inschrijving bij de Kamer van Koophandel door de enige aandeelhouder lijkt op een besluit buiten vergadering. Gecombineerd met gedragingen als bestuurder wordt dit wel gezien als benoemingsbesluit.¹⁴ Ook een combinatie van een ongedateerd en onvolledig getekend besluit met inschrijving bij de Kamer van Koophandel en het aanvragen van een D&O-verzekering werd geacht voldoende bewijs te leveren.¹⁵ Niet ten onrechte wijst onder meer Wiersma erop dat er wel verschil moet worden gemaakt tussen handelingen waaruit aanvaarding van een benoemingsbesluit kan blijken en handelingen waaruit het bestaan van het bedoelde benoemingsbesluit blijkt. Voor de meeste gevallen is dat onderscheid echter te subtiel. Iets makkelijker is het indien sprake zou zijn van een besluit buiten vergadering. Ex artikel 2:128 BW kan bij de nv besluitvorming buiten vergadering plaatsvinden, tenzij toonder aandelen of certificaten van aandelen zijn uitgegeven waarbij een besluit unaniem moet worden genomen en sprake moet zijn van schriftelijke besluitvorming. Ex artikel 2:238 BW kan ook bij de bv sprake zijn van besluitvorming buiten vergadering, mits alle vergadergerechtigden daarmee hebben ingestemd. Ook dan moet sprake zijn van schriftelijke besluitvorming, maar dat kan ook door schriftelijk vast te leggen op welke wijze is gestemd. De Flex-bv vereist geen schriftelijk besluit en ook geen unanimititeit maar een meerderheid ex artikel 2:230 lid 1 BW. In de praktijk is evenwel meestal nog sprake van statuten die op dit punt wel gelijkkluidend zijn aan het 'oude bv-recht' en moet derhalve nog worden uitgegaan van schriftelijke unanieme besluitvorming. Een besluit dat binnen de grenzen van het Flexrecht valt maar strijdig is met de statuten, is vernietigbaar. Deze flexibilisering kan er eerder toe leiden dat er problemen ontstaan over de vraag of rechtsgeldig een besluit buiten vergadering is genomen. In de praktijk komt het nog wel eens voor dat de creativiteit van sommige aandeelhouders geen grenzen kent. Toen de auteur ooit uitlegde hoe belangrijk de aanwezigheid was van een schriftelijk unaniem benoemingsbesluit, maakte de aandeelhouder duidelijk dat hij 'heel' goed zou zoeken. Opgetogen meldde de aandeelhouder zich korte tijd daarna met zijn 'trouvaille', namelijk een benoemingsbesluit. Het enige probleem was dat deze aandeelhouder wel een erg vooruitziende blik had en een besluit had gevonden strekkende tot benoeming van een bestuurder op het moment dat de aandeelhouder de aandelen nog niet had verworven. Nu zal een dergelijk geval zich niet elke dag voordoen, maar het geeft wel aan hoe snel er perikelen kunnen ontstaan over de vraag of sprake is van een rechtsgeldige benoeming.

13 Voor een uitvoerig overzicht van jurisprudentie wordt verwezen naar het hier bedoelde artikel van K. Wiersma en El Harchaoui, alsmede naar L.G. Verburg, a.w. (noot 3).

14 Ktr. Rotterdam 9 januari 2014, *JOR* 2014/34. en Rb. Rotterdam 7 februari 2014, *JAR* 2014/96, m.nt K. Wiersma.

15 Rb. Amsterdam 7 maart 2014, *JAR* 2014/98.

Er is wel vaker sprake van opduikende benoemingsbesluiten. In een recent Hof arrest¹⁶ dook vijf maanden na het ontstaan van het dispuut het benoemingsbesluit op dat overigens niet gedateerd was en was voorzien van een onleesbare handtekening. Gegeven het feit dat sprake was van een ingewikkelde vennootschapsrechtelijke structuur met een tussengeschoven trustkantoor, kon er in kort geding van de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit worden uitgegaan.¹⁷

6.2.2 *Aanvaarding van het benoemingsbesluit*

Een benoeming op zichzelf creëert nog niet de vennootschapsrechtelijke band, ook al is sprake van een besluit met direct externe werking.¹⁸ Natuurlijk moet het benoemingsbesluit, althans de daaruit eventueel voortvloeiende verklaring, de bestuurder wel hebben bereikt en moet de bestuurder vervolgens de benoeming accepteren, maar dat laatste kan ook stilzwijgend gebeuren. Waar aanvaarding van de benoeming nodig is om de juridische relatie tot stand te brengen, is het omgekeerde niet waar. Als een bestuurder zijn vennootschapsrechtelijke positie wenst neer te leggen, behoeft de vennootschap dat niet te accepteren.¹⁹ Voor bestuurders van financiële ondernemingen in de zin van de Wft vindt een toetsing op geschiktheid en betrouwbaarheid plaats onder meer naar aanleiding van de Beleidsregels geschiktheid 2012, het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Dit kan aanleiding vormen voor een opschortende voorwaarde bij het voor de eerste maal aangaan van de arbeidsovereenkomst dan wel voor een ontbindende voorwaarde tijdens de arbeidsovereenkomst.

6.2.3 *De rol en de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij de benoeming van bestuurders*

Ex artikel 30 WOR heeft de OR adviesrecht ten aanzien van het voorgenomen besluit tot benoeming van een bestuurder in de zin van artikel 1 lid 1 sub e WOR. Nu artikel 30 WOR een 'papieren tijger' is (bij gebreke van de gang naar de OK bedoeld in artikel 26 WOR) leidt de schending van artikel 30 WOR in de praktijk tot geringe problemen anders dan een verstoorde relatie met de OR en in een doodenkel geval een claim ex artikel 36 WOR. Sinds 1 juli 2010 heeft de OR bovendien een spreekrecht in de aandeelhoudersvergadering van de nv wat betreft de benoeming van een bestuurder (artikel 2:134a lid 1 BW). Op grond van artikel 2:268 BW heeft de OR bij het structuurregime bijzondere rechten. Allereerst moet de profielschets voor de RvC met de OR worden besproken. De OR heeft op grond artikel 2:268 lid 5 BW een algemeen aanbevelingsrecht voor RvC-kandidaten. Op grond van artikel 2:268 lid 6 BW heeft de OR een bijzonder (versterkt) aanbevelingsrecht voor een derde van het aantal leden van de RvC.

16 Hof Amsterdam 9 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:S801.

17 L.G. Verburg, a.w. (noot 3).

18 Asser Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11, nr. 431, Deventer: Kluwer 2009.

19 HR 8 december 1989, NJ 1990/452 (*DRC/Kennis International*).

De door de OR voorgedragen persoon moet op de voordracht worden geplaatst, tenzij de RvC meent dat de voorgedragen persoon ongeschikt zal zijn of de RvC niet naar behoren zal zijn samengesteld. Ook bij het structuurregime beslist uiteindelijk de AvA over de benoeming. Het algemene aanbevelingsrecht komt aan iedere afzonderlijke OR toe, maar het versterkte aanbevelingsrecht kan alleen door de betrokken ondernemingsraden gezamenlijk worden uitgeoefend.²⁰

6.3 DUIDING VAN DE ARBEIDSVERHOUDING

In het verleden is nog wel gediscussieerd over de vraag of de bestuurder als 'hoogste feitelijke macht' binnen de vennootschap onder gezag stond als bedoeld in artikel 7:610 BW. In de praktijk is zeggenschap vooral een feitelijke criterium waarbij het in beginsel voldoende is dat zeggenschap is bedongen omtrent de uitvoering van werk.²¹ Van belang is dat de Hoge Raad in beginsel heeft bepaald dat als sprake is van een overeenkomst met een tussen geschoven management-bv, er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.²² In het arrest Thuiszorg Rotterdam/PGGM²³ heeft de Hoge Raad dat standpunt weer genuanceerd. Ondanks het feit dat de betrokken partijen hun relatie expliciet hadden geduid als een overeenkomst van opdracht en sprake was van een tussengeschoven management-bv, werd het bestaan van een arbeidsverhouding tussen de betrokken manager en de opdrachtgever aangenomen, maar wellicht was dat vooral ingegeven vanwege de poging om premieafdracht aan de bedrijfstak pensioenfonds te omzeilen.

Op grond van artikel 2:132 lid 3 BW geldt dat tussen de bestuurder en een beursgenoteerde nv geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Krachtens het overgangsrecht (artikel 5 van Stsbl. 2011/225) geldt artikel 2:132 lid 3 BW niet voor bestaande arbeidsovereenkomsten. Uit het Danosa-arrest²⁴ blijkt dat ondanks het uitsluiten van de arbeidsrelatie het Europese recht door zijn ruimere reikwijdte soms toch van toepassing kan zijn, bijvoorbeeld het opzegverbod bij zwangerschap. Alleen arbeidsovereenkomsten die op 1 januari 2013 reeds bestonden worden aldus gerespecteerd. Langzamerhand zal de bestuurder van een beursfonds met een arbeidsovereenkomst met het beursgenoteerde fonds uitsterven. Voor de praktijk maakt dat overigens minder verschil, omdat veelal het arbeidsovereenkomstenrecht in de overeenkomst van opdracht wordt geïn-

20 Zie Hof Amsterdam 1 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2766 (*Thomas Cook*), waarbij het voornemen tot benoeming van commissarissen allen werkzaam op het niveau van de moedervennootschap (enkele dagen voor de overgang van Thomas Cook naar een verzwakt structuurregime) op basis van een profielschets die bepaalde dat alleen functionarissen van de moedervennootschap benoemd kunnen worden geen stand hield, omdat dit een te grote beperking van het algemene aanbevelingsrecht en versterkte aanbevelingsrecht van artikel 2:268 BW vormde.

21 HR 8 mei 1998, JAR 1998/168 (*Edelenbos/Motel Alkmaar*).

22 HR 9 juli 1990, NJ 1991/215 (*Bruin c.s./Arrow*).

23 HR 13 juli 2007, JAR 2007/231.

24 HvJ EU 11 november 2010, JAR 2011/24.

corporeerd of artikel 2:132 lid 3 BW wordt vermeden door de bestuurder van het beursfonds een arbeidsovereenkomst aan te laten gaan met een vennootschap zonder beursnotering lager in de vennootschapsrechtelijke structuur.²⁵

Voor het overige zal in de praktijk snel zijn voldaan aan de criteria van artikel 7:610 BW. Voor een bestuurder lijkt de discussie over het verschil tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht niet werkelijk anders dan voor een 'gewone werknemer'.

In het hiernavolgende gaat deze bijdrage over de bestuurder die rechtsgeldig is benoemd en een arbeidsovereenkomst heeft met dezelfde vennootschap. Een enkel uitstapje naar meer exotische gevallen wordt echter gemaakt. In het hiernavolgende ga ik uitvoerig in op de gevolgen die de aldus ontstane dualiteit onder meer heeft voor de bevoegdheid van de rechter (par. 6.3.1), voor de hoogte van de bezoldiging (par. 6.3.2) en voor de toepassing van de ketenregeling (par. 6.3.3).

6.3.1 *Bevoegdheid rechter*

Het eerste gevolg is dat niet de rechtbank sector kanton maar de (handelskamer van de) rechtbank binnen welk gebied de vennootschap haar woonplaats heeft bevoegd is in alle bestuurdersgeschillen. Dit volgt uit artikel 2:131 BW en 2:241 BW. Het is bekend dat ook na het beëindigen van de vennootschapsrechtelijke relatie door een ontslagbesluit van de algemene vergadering van de AvA of de RvC de rechtbank desalniettemin bevoegd blijft.²⁶ Het is de vraag of de rechtbank altijd bevoegd blijft. Het enkele feit dat er veel tijd gelegen kan zijn tussen het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit en de arbeidsrechtelijke beëindiging, maakt niet dat de rechtbank haar bevoegdheid verliest. Als er echter sprake is van een ingrijpend aangepaste arbeidsrelatie, bijvoorbeeld indien gebruik is gemaakt van een van de excepties onder de 15 april-arresten, namelijk dat partijen expliciet overeenkomen dat het vennootschapsrechtelijke ontslagbesluit niet de beëindiging in arbeidsrechtelijke zin met zich brengt, dan zal mijns inziens de kantonrechter ex artikel 93 sub c Rechtsvordering bevoegd worden. Overigens is het mijn ervaring dat de kantonrechter in bestuurszaken zijn absolute bevoegdheid niet of nauwelijks toetst als hij daartoe niet expliciet wordt uitgenodigd. Indien partijen een bestuurdersgeschil aanbrengen bij de sector kanton en er niet gerept wordt over het statutaire bestuurderschap, dan zal de kantonrechter de zaak afdoen als ieder ander.²⁷

Een besluit van de AvA tot ontslag staat partijen niet ter vrije bepaling (artikel 1020 lid 3 Rv). Het is dus niet mogelijk de vraag over de eventuele nietigheid of vernietigbaarheid van een ontslagbesluit aan een niet-overheidsrechter voor te leggen, waardoor eventuele arbeidsrechtelijke vorderingen en op het

25 Zie hierover J.H. Benhuis en I. Zaal, 'Arbeidsrechtelijke consequenties van het wetsvoorstel bestuur en toezicht', AOM 2012/1.

26 HR 17 november 1995, NJ 1996/142.

27 Zie bijvoorbeeld HR 8 oktober 1993, NJ 1994/211.

vennootschapsrecht gestoelde vorderingen uiteen gaan lopen.²⁸ Als arbitrage overeengekomen is kan een vordering ex artikel 2:14 en 2:15 BW daarom niet in arbitrage worden beslecht. Het maakt overigens niet uit of beroep wordt gedaan op een Boek 2 BW-bepaling of een bepaling uit Boek 2 BW bepalend is voor de toewijsbaarheid van de vordering.²⁹ Voor een bestuurder speelt bovendien de vraag of de rechtbank bevoegd is in het kader van een ontbindingsverzoek gebaseerd op een bedrijfseconomische reden. Ik zou die vraag bevestigend willen beantwoorden. Kennelijk heeft de wetgever hier niet aan gedacht. Het spreekt voor zich dat de rechtbank bevoegd is bij de c-h grond bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW. Het kan mijns inziens niet zo zijn dat indien sprake is van een opzegverbod en daardoor het ontslagbesluit niet ook de beëindiging van de arbeidsrelatie vormt, er geen ontbinding denkbaar zou zijn wegens bedrijfseconomische gronden. Dat is anders indien sprake is van arbeidsongeschiktheid die haar aanvang heeft genomen voor ontvangst van de oproep tot een AvA.³⁰

6.3.2 Bezoldiging

Voor de praktijkjurist is een onbezoldigd statutair bestuurder een wat 'saai' figuur. De door Verburg geduide dualiteit doet zich immers pas voor als sprake is van een samenval van verschillende rechtsregels (vennootschapsrecht en arbeidsrecht, voor het leerstuk van overeenkomst van opdracht) ten aanzien van een persoon. Wil het dus complex en daarmee aardig worden, dan dient de bestuurder ook een arbeidsverhouding te hebben. Het archetype bestuurder is werkzaam op basis van de arbeidsovereenkomst bedoeld in artikel 7:610 BW.³¹ Op grond van artikel 2:245 BW stelt de AvA van de bv de bezoldiging vast, tenzij bij statuten anders is bepaald. Voor de nv is het leerstuk van de bezoldiging een stuk ingewikkelder. Artikel 2:135 BW bepaalt allereerst dat de vennootschap een beleid dient te hebben op het terrein van bezoldiging dat wordt vastgesteld door de AvA waarin in ieder geval de onderwerpen bedoeld in artikel 2:383 c t/m e BW aan de orde moet komen (te weten: periodiek betaalde uitkeringen, beloningen op termijn, ontslaguitkeringen, winstdelingen en bonusuitkeringen, de uitoefenprijs van aandelenopties, nog niet uitgeoefende opties, de toegekende rechten en voorwaarden, de uitgeoefende opties, leningen en voorschotten). Als sprake is van een wettelijk ingestelde OR, moet het voorstel tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid eerst aan de OR worden aangeboden zodat de OR de gelegenheid heeft een standpunt in te nemen voordat het

28 Zie hierover HR 10 november 2006, *JOR* 2007/5 (*Groenselect*), HR 26 november 2010, *JOR* 2011/7 (*Silver lining*), J.M. van Slooten, 'Arbitrage in ontslagzaken tegen de bestuurder', *TRA* 2011/79, H.M. de Mol van Otterloo, 'Arbitrabiliteit van vennootschapsrechtelijke geschillen; het Groenselect-arrest', *Ondernemingsrecht* 2010/3, en N.T. Dempsey, 'Kroniek Arbeidsprocesrecht 2012-2014', *ArbeidsRecht* 2015, nr. 21.

29 Rb. Rotterdam 4 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1200.

30 Vergelijk Rb. Gelderland 30 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6870.

31 In de 15 april-arresten (HR 15 april, *NJ* 2005, 484, m.nt. GHvV, en HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153) gaat de Hoge Raad er heel modern van uit dat 'veelal' wordt gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst.

naar de AvA gaat. De OR kan het standpunt van de OR ter AvA toelichten. De bezoldiging wordt vervolgens vastgesteld met inachtneming van het beleid door de AvA, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen. Van die mogelijkheid wordt vaak gebruikgemaakt en meestal is het de RvC die de bezoldiging vaststelt. Artikel 2:135 lid 5 BW bepaalt dat als een ander orgaan dan de AvA de bezoldiging vaststelt, aandelenregelingen ter goedkeuring aan de AvA moeten worden voorgelegd. Artikel 2:135 lid 6 BW geeft aan het orgaan dat de bezoldiging vaststelt de mogelijkheid de hoogte van de bonus aan te passen, indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijk of billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Hier wordt een bonus ruim gedefinieerd. Het gaat hier om het niet vaste deel van de bezoldiging waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of het zich voordoen van bepaalde omstandigheden. Het gaat daardoor ook om een eenmalige vaststaande bijzondere beloning zoals de gegarandeerde bonus, maar onder omstandigheden ook een overeengekomen vertrekvergoeding. Dit bonusbegrip wijkt sterk af van het bonusbegrip dat voortvloeit uit het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding.³² Variabele looncomponenten worden daar geduid als de bonus, de winstuitkering en de eindejaarsuitkering. Wat precies onder een bonus moet worden verstaan, is niet gedefinieerd. De regeling kent slechts onderscheid tussen variabele componenten en vaste looncomponenten. Nu de regeling geen definitie kent van de bonus, ga ik ervan uit dat lange termijn incentives (LTI's) niet meetellen bij het bepalen van de transitievergoeding, zoals dat ook gebruikelijk was onder de kantonrechttersformule. Ik ken nog geen rechtspraak op dit terrein.

Bij de nv kunnen zich al snel verschillen voordoen tussen het bezoldigingsbeleid en de concreet vastgestelde bezoldiging. Allereerst geldt dat het bezoldigingsbeleid vaak niet erg precies en nauwkeurig is omschreven. Het gaat immers om 'beleid' waarbij de vennootschap en de RvC zich graag de nodige ruimte voorbehouden. Bovendien geldt dat het beleid wordt vastgesteld door de AvA en de bezoldiging veelal door een ander orgaan, meestal de RvC. RvC en AvA kunnen natuurlijk verschillend denken over de wenselijkheid van een bepaalde bezoldiging in concreto.

Van belang is hier allereerst dat de bezoldiging wel moet worden vastgesteld door het juiste orgaan. Een bezoldigingsbesluit vastgesteld door het verkeerde orgaan is nietig ex artikel 2:14 lid 1 BW.³³ Het is de vraag of de bestuurder desalniettemin aanspraak kan maken op de concrete bezoldiging. Bij een (beursgenoteerde) nv is dat vaak ondenkbaar. De nietigheid kan op grond van artikel 16 lid 2 BW niet aan de bestuurder worden tegengeworpen, indien hij wist of behoorde te weten dat sprake was van onjuiste besluitvorming. In het algemeen

32 Besluit loonbegrip en vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, *Stb.* 2014, 538.

33 Zie HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 139, m.nt. Ma Kuiper, en E.S. de Bock, 'Kroniek statutair bestuurder 2010-2012', *ArbeidsRecht* 2013/33.

wordt al snel aangenomen dat de bestuurder een en ander had moeten weten,³⁴ waardoor de bestuurder de nietigheid van het bezoldigingsbesluit moet accepteren.

Het nemen van het bezoldigingsbesluit impliceert ook de bevoegdheid tot het aangaan van de uiteindelijke overeenkomst met de bestuurder.³⁵ Dit sluit ook aan bij de 15 april-arresten waarin immers door de HR is verduidelijkt dat het orgaan dat benoemt en in vennootschapsrechtelijke zin ontslaat tevens vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt voor de opzegging. Dit impliceert dat bij de bv de AvA bevoegd is tot het aangaan van de overeenkomst³⁶ en dat bij de nv hetzij de AvA-aandeelhoudersvergadering, hetzij de RvC bevoegd is tot het aangaan van de arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht. Overigens is het praktisch om in het bezoldigingsbesluit voor zover nodig expliciet te bepalen dat volmacht wordt gegeven bijvoorbeeld aan het bestuur (bij de bv) of aan de RvC (bij de nv).

Het is de vraag wat rechtens is indien een bepaalde concrete bezoldiging in strijd is met het vastgestelde bezoldigingsbeleid. Diverse gevallen van al dan niet goed bedoelde afwijkingen ten aanzien van het bezoldigingsbeleid hebben de pers gehaald. Te denken valt bijvoorbeeld aan het aanpassen van een short term incentive (STI) of long term incentive (LTI) door de RvC nadat zich belangwekkende vennootschapsrechtelijke verschuivingen zoals een fusie of desinvestering hebben voorgedaan en waardoor er minder makkelijk een uitvoering aan de oorspronkelijke plannen kan worden gegeven, terwijl de RvC tot op zekere hoogte veelal een bepaalde discretionaire bevoegdheid in dergelijke gevallen heeft. Artikel 2:135 lid 5 BW bepaalt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de RvC voor een aandelen- of optieregeling niet wordt aangetast indien de noodzakelijke goedkeuring van de AvA niet is verkregen. Nu dat voor aandelen- en optieregelingen expliciet is bepaald, zou men kunnen volhouden dat voor overige overschrijdingen in de vorm van een concreet bezoldigingsbesluit dat afwijkt van het bezoldigingsbeleid geen sprake is van rechtsgeldige vertegenwoordiging.³⁷ Verburg heeft mijns inziens overtuigend aangetoond dat de door Zaal en Van Slooten bepleite nietigheid ook niet goed past in het systeem van artikel 2:14 lid 1 en 2:16 lid 2 BW. Artikel 2:135 lid 5 BW bepaalt dat als het bezoldigingvaststellende orgaan (RvC) aandelenregelingen niet aan de AvA voorlegt, dit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de RvC

34 Vergelijk I. Maeijer-Wagenaar, 'Over beloningen van bestuurders: art. 2:135 BW en de relatie met het arbeidsrecht', *WPNR* 2006, p. 681-688, en I. Zaal en J.M. van Slooten, 'Gebrekkelijk loon', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 296.

35 Zie in gelijke zin Asser/Van Solingen en Nieuwe Weme 2-11, nr. 329 en 428, Deventer: Kluwer 2009, alsmede J.H. Bennaars en P.G. Vestering, 'Beperking van de bestuurdersbeloning in het regelwoud van het vennootschapsrecht, arbeidsrecht en gedragscode', *TAP 2010* special 1, p. 13-24.

36 Vergelijk C.D.J. Bulten, 'Het geven van beloning en het nemen van de bonus', in: C.J.H. Jansen en L.G. Verburg (red.), *Onderneming en beloning*, serie Onderneming en Recht, deel 82, Deventer: Kluwer 2014, p. 91.

37 In andere zin I. Zaal en J.M. van Slooten, a.w. (noot 34).

niet aantast. Die strofe komt echter niet terug in artikel 2:135 lid 4 BW waarin expliciet staat dat de bezoldiging moet worden vastgesteld met inachtneming van het bezoldigingsbeleid. Er is immers sprake van besluiten met direct externe werking zodat de eventuele nietigheid niet aan een bestuurder kan worden tegengeworpen, voor zover deze het gebrek niet kende of behoorde te kennen. Dat zal zich overigens mijns inziens niet snel voordoen, omdat van een adequaat bestuurder toch altijd mag worden verwacht dat deze kennis draagt van artikel 2:135 BW, de statuten en het bezoldigingsbeleid.³⁸ Met Verburg ben ik het eens dat een praktische oplossing mits niet expliciet verboden of voorzien onder het bezoldigingsbeleid door de beugel moet kunnen als sprake is van een eenmalige afwijking zonder dat sprake is van nietigheid.³⁹ De auteur kijkt reikhalzend uit naar het proefschrift van Lokin dat dit jaar verschijnt en hopelijk duidelijkheid brengt of Zaal en Van Slooten dan wel Verburg het bij het juiste eind heeft.

Beperkingen aan bezoldiging

Sinds 1 januari 2014 kent artikel 2:135 BW een nieuw zesde, zevende en achtste lid. Het zesde lid creëert een aanpassingsbevoegdheid voor nog niet uitgekeerde bonussen indien uitkeringen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden zijn. Deze aanpassingsbevoegdheid ligt bij het orgaan dat de bezoldiging vaststelt. Deze bevoegdheid kan niet worden uitgesloten, noch statutair noch contractueel of anderszins.⁴⁰ De bonus is hier gedefinieerd als het niet vaste deel van de bezoldiging waarvan de toekenning geheel of gedeeltelijk afhankelijk is gesteld van het bereiken van bepaalde doelen of het zich voordoen van bepaalde omstandigheden. Het gaat hier om een nadere uitwerking van het bepaalde van artikel 6:248 lid 2 BW. De aanpassingsbevoegdheid creëert als zodanig dan ook niet veel nieuws.

Het zevende lid creëert de verplichting tot afdracht van een waardevermeerdering in het geval van bepaalde corporate events. Het zevende lid ziet alleen op beursvennootschappen. Bij een openbaar bod moet worden vastgesteld of de effecten die aan de bestuurders zijn toegekend als bezoldiging in waarde zijn gestegen. De waardestijging strekt in mindering op de bezoldiging. Daarbij gaat het maximaal om de waardestijging berekend over de waarde vier weken na beëindiging van het openbaar bod minus de waarde vier weken voor de dag waarop het bod is aangekondigd.

Het achtste lid bevat de echte 'claw back'. Het gaat hier om het geheel of gedeeltelijk terugvorderen door de vennootschap, door de RvC, door niet uitvoerende bestuurders of door een bijzondere vertegenwoordiger, aangewezen door de AvA. Terugvordering is alleen mogelijk indien uitkering heeft plaatsgevonden

38 E.C.H.J. Lokin, 'Variabele beloning in perspectief', in: C.J.H. Jansen en L.G. Verburg (red.), *Onderneming en beloning*, serie onderneming en recht, Deventer: Kluwer 2014, p. 175 e.v., J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder, benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*, p. 191 e.v., Deventer: Wolters Kluwer.

39 Zie hierover L.G. Verburg, a.w. (noot 3), p. 74 e.v., zie ook Rb. Rotterdam 30 maart 2011, JAR 2011/128 (De Vries/Econosto).

40 *Kamerstukken II 2009-2010*, 32512, nr. 3, p. 19.

op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld. De facto betreft het hier een pendant van de regeling voor onverschuldigde betaling.

Daarnaast valt te denken aan de WBFO die als onderdeel van de Wet op het financieel toezicht (Wft) weliswaar niet uitsluitend op een bestuurder, maar zeker ook op de bestuurder van een financiële instelling van toepassing is. Niet alleen vloeit uit hoofdstuk 1.7 Wft het bekende bonusplafond van 20% de vaste beloning voort, ook gelden er allerlei eisen voor de variabele beloning die voor 50% moet bestaan uit een mix van cash en non-cash en waarbij voor ten minste 40% van de variabele beloning een retentieperiode van drie tot vijf jaar geldt. Voor de ontslagvergoeding is hier het beginsel 'no reward for failure' ingevoerd, waarbij bovendien een maximale vergoeding van een jaar vast is ingevoerd. Alhoewel ook de Wet normering topinkomens (WNT) niet louter op bestuurders van toepassing is, heeft de WNT grote invloed op bestuurders in de semipublieke sector.⁴¹ De oorspronkelijke WNT is per 1 januari 2013 aangepast, op grond van de aanpassingswet WNT, vervolgens in 2014 gerepareerd op basis van de reparatiewet WNT en per 1 januari 2015 opgevolgd door de WNT II.⁴² De WNT is van toepassing op 'topfunctionarissen' in de publieke en semipublieke sector en kent drie in zwaarte aflopende regimes. Voor de gehele sector geldt een algemeen bezoldigingsmaximum, thans gelijk aan 100% van het brutosalair van een minister. Voor sommige sectoren geldt een sectoraal bezoldigingsmaximum en alle instellingen die onder de WNT vallen kennen een openbaarmakingsverplichting met betrekking tot bezoldiging van topfunctionarissen en gewezen topfunctionarissen. Een topfunctionaris is (a) een persoon die behoort tot de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling (die aan het hoofd staan van de gehele rechtspersoon of instelling), of (b) een persoon die de hoogst ondergeschikte is of behoort tot de leden van de groep hoogste ondergeschikten aan de hiervoor bedoelde organen en in deze rol (gezamenlijk) verantwoordelijk is voor de gehele rechtspersoon of instelling, dan wel (c) een persoon die belast is met het dagelijkse leiding van de hele rechtspersoon of de gehele instelling. Een bestuurder in de semipublieke sector zal daarom altijd voldoen aan de definitie van een topfunctionaris.⁴³

41 Wet van 24 november 2012, Normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2012, 583.

42 Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2014, 588.

43 Zie over de WNT onder meer M. Benbrahim, Samenloop van vergoedingsregels in de Wwz, de WNT en de Wft, *ArbeidsRecht* 2016/6, en S.A. Durve, Een jaar normering topinkomens (WNT) in de praktijk, *ArbeidsRecht* 2014/18.

6.3.3 Ketenregeling

Het derde gevolg is een afwijking van de ketenbepaling.⁴⁴ Op grond van artikel 7:668a lid 7 BW geldt dat bij schriftelijke overeenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan ten nadele van een bestuurder van een rechtspersoon kan worden afgeweken van de periode bedoeld in lid 1 onder a. van artikel 7:668a BW. De periode waarin contracten voor bepaalde tijd elkaar kunnen opvolgen kan van twee jaar eindeloos worden opgerekt, maar het maximum van drie contracten voor bepaalde tijd blijft op grond van artikel 7:668a lid 1 sub b. BW wel voor de bestuurder gelden. Driemaal een contract voor vijf jaar is prima denkbaar, zonder dat sprake is van een contract voor onbepaalde tijd. Eerder heb ik er al op gewezen dat de onderbouwing in de parlementaire geschiedenis bijzonder mager is. De minister heeft gesteld dat ondernemingen er baat bij zouden kunnen hebben om na verloop van tijd de arbeidsrelatie met een bestuurder te kunnen beëindigen ‘vanwege bijvoorbeeld de gewijzigde ondernemingsstrategie’. Bestuurders zouden bovendien niet altijd behoefte hebben aan een versterking van hun positie als werknemer bij elkaar opvolgende tijdelijke contracten, omdat er sprake zou zijn van voldoende perspectief op de arbeidsmarkt en de nadelen verbonden aan een langdurig verblijf in de flexibele schil in het algemeen niet zouden gelden voor deze groep. Echter, bij drie termijnen moet het walhalla van het contract voor onbepaalde tijd worden betreden: *‘Tegelijkertijd meent de regering dat afwijking van het maximale aantal tijdelijke contracten niet noodzakelijk is omdat na meer dan 3 termijnen een bestuursfunctie te hebben vervuld, verondersteld mag worden dat de band met de betreffende organisatie zodanig is dat de desbetreffende persoon de bescherming van een vast contract niet mag worden onthouden.’*⁴⁵ Deze bepaling geldt voor bestuurders van iedere Nederlandse rechtspersoon, ongeacht de soort rechtspersoon.

Waar wel een uitzondering geldt voor de bestuurder voor de ketenbepaling geldt geen uitzondering voor de aanzegverplichting van artikel 7:668 BW. Ook de bestuurder moet uiterlijk één maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, worden geïnformeerd over het al dan niet voortzetten daarvan en welke voorwaarden zouden hebben te gelden bij voortzetting. De Wwz heeft overigens geen aandacht besteed aan de samenhang tussen artikel 7:668a BW en best practice bepaling II.1.1. van de Corporate Governance Code, waarin immers is bepaald dat de benoeming plaatsvindt voor een periode van vier jaar.

6.4 HET ONTSLAG VAN DE BESTUURDER

Wellicht het meest ingrijpende gevolg van de dualiteit is het feit dat er voor de bestuurder afwijkende ontslagregels gelden. In het hiernavolgende schets

44 Zie hierover E.S. de Bock, ‘De statutair bestuurder onder Werk en Zekerheid’, *ArbeidsRecht* 2014/53.

45 Zie *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818, nr. 3, p. 13.

ik nog eens kort op hoofdlijnen hoe het ontslagrecht voor een bestuurder eruit-ziet en welke rechtsmiddelen een bestuurder heeft om tegen zijn ontslag op te komen. Ik vind het zelf altijd praktisch om daarbij onderscheid te maken tussen de vennootschapsrechtelijke stappen en de arbeidsrechtelijke stappen die moeten worden doorlopen.

6.4.1 *Wie is bevoegd tot ontslag over te gaan?*

Artikel 2:244 BW bepaalt dat iedere (bv) bestuurder te allen tijde kan worden geschorst en ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming. Het gaat dus om de AvA of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding als bedoeld in artikel 2:242 BW. Bij het structuurregime gaat het ex artikel 2:272 BW om de RvC. Gaat het om een one tier board, dan ligt de bevoegdheid in handen van de niet uitvoerende bestuurders (artikel 2:274a lid 2 BW). Op grond van artikel 2:244 BW kunnen de statuten bepalen dat een bestuurder ook kan worden ontslagen door een ander orgaan dan het benoemende orgaan, tenzij sprake is van het structuurregime. De maximale versterkte meerderheid die statutair vereist mag worden, bedraagt 2/3 der stemmen die 2/3 meer dan de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt. Zo is het denkbaar dat de AvA besluit over het ontslag, terwijl een bepaalde klasse van aandeelhouders besluit over de benoeming van een (bv) bestuurder. Hierna wordt uitgegaan van het klassieke model waarbij de AvA ontslaat. Dat veronderstelt een AvA-besluit. Daarvoor bestaan zoals bekend slechts twee smaken: een besluit genomen ter vergadering of een besluit buiten vergadering.

6.4.2 *Vennootschapsrechtelijk ontslag I: procedure*

Het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit bestaat uit de volgende stappen:

1. bijeenroeping;
2. oproeping;
3. toelichting;
4. termijn;
5. plaats;
6. adviserende stem;
7. stemming;
8. besluit buitenvergadering;
9. ontslagbesluit nv;
10. ontslagbesluit structuurregime;
11. gebrek(kig) ontslagbesluit.

Ad 1

Wil sprake zijn van een rechtsgeldig besluit, dan moet allereerst zijn voldaan aan artikel 2:219 BW. Het bestuur en de RvC zijn bevoegd een AvA bijeen te roepen. De statuten kunnen nog andere organen bevoegd maken. Het is de vraag wat rechtens is, indien een verkeerd orgaan of een onbevoegde persoon (bijvoorbeeld een individuele commissaris) een AvA heeft bijeengeroepen. Ik ga ervan

uit dat het bepaalde in artikel 2:225 BW hier mutatis mutandis heeft te gelden en dat alleen rechtsgeldige besluiten kunnen worden genomen indien ter vergadering het hele geplaatste kapitaal aanwezig is en het besluit unaniem wordt genomen.⁴⁶ Ex artikel 2:220 BW geldt sinds 1 oktober 2012 dat 1/100 procent van het geplaatste kapitaal het bestuur en de RvC kan dwingen een AvA te houden, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Weigert het bestuur of de RvC, dan kan in kort geding een machtiging worden gehaald tot bijeenroeping van een AvA. Hier doet zich in de praktijk weleens een probleem voor. Als een bestuurder met ontslag bedreigd is, willen de aandeelhouders niet altijd de bestuurder vooraf informeren over hun voornemen om eventueel een ontslagbesluit te nemen totdat de oproep voor de AvA de bestuurder heeft bereikt. Bij gebreke daarvan zou de bestuurder zich anders ziek kunnen melden en mogelijk kunnen profiteren van het opzegverbod bij ziekte.

Als er geen RvC is wordt de bestuurder ex artikel 2:219 juncto 2:220 BW noodgedwongen vooraf geïnformeerd over het voornemen tot het houden van een AvA strekkende tot ontslag.

In het licht van het vorenstaande maar ook anderszins moeten de statuten steeds zorgvuldig worden geraadpleegd. Niet alleen komt het veelvuldig voor dat de statuten niet in overeenstemming zijn gebracht met de Flex bv-wetgeving en nog uitgaan van 'oud bv-recht', maar ook kennen statuten veelal extra rechten toe aan bestuurders (bijvoorbeeld om ter AvA expliciet te worden gehoord waardoor besluitvorming buiten vergadering problematisch zou kunnen zijn) c.q. kennen allerlei goedkeuringsregelingen voor te nemen besluiten, bijvoorbeeld goedkeuring van de RvC of een hoger gelegen AvA waarbij steeds het dreigende spook van nietigheid en/of vernietigbaarheid van een te nemen ontslagbesluit op de loer ligt.

Ad 2

Oproeping geschiedt door oproepingsbrieven. Op grond van artikel 2:224 BW moeten de te behandelen onderwerpen worden vermeld in de oproeping. Zo niet, dan kan alleen worden besloten als alle vergadergerechtigden daarmee instemmen en de bestuurders en commissarissen bovendien de gelegenheid hebben gehad hun adviserende stem uit te brengen. De agenda hoeft niet zeer uitvoerig te zijn. Wel is het mijns inziens gevaarlijk om al te eufemistisch taalgebruik te bezigen. Een bestuurder die geconfronteerd wordt met een agenda waarop als agendapunt is opgenomen '*de situatie van de vennootschap*' hoeft mijns inziens geen rekening te houden met het feit dat daarmee bedoeld wordt op zijn ontslag. Waar het steeds om gaat is dat de omschrijving zo gedetailleerd

46 Anders S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen*, 'Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht', deel 31, Deventer: Kluwer 1999. In het Janssen Pers arrest (HR 10 maart 1995, NJ 1995/595) gaf de Hoge Raad aan dat er besluiten ex artikel 2:225 BW tot stand waren gekomen in een (zonder oproeping, agenda of schriftelijke vastlegging gehouden) AvA waarin Dumoulin afleidt dat dit artikel niet van toepassing is op door de enig aandeelhouder met algemene stemmen genomen besluiten tijdens een niet of niet geldig bijeengeroepen AvA.

is dat de betrokkene(n) kunnen beoordelen of zijn c.q. hun belangen door het voorstel worden geraakt.⁴⁷ Sinds 1 oktober 2012 geldt niet langer dat bij strijd met artikel 2:224 BW alleen met algemene stemmen en een volledig quorum kan worden besloten. Het is voldoende dat alle vergadergerechtigden instemmen met de besluitvorming (naast de adviserende stem voor bestuurders en commissarissen).

Ad 3

Bij het ontslag van bestuurders is het gebruikelijk dat bij de oproep ter AvA of kort daarna – maar in ieder geval op een redelijke termijn voor de vergadering – een toelichting wordt verstrekt ten aanzien van het voorgenomen ontslagbesluit. Ook hiervoor geldt geen algemene maatstaf. In rechttoe rechtaan gevallen kan mijns inziens volstaan worden met een korte en summiere toelichting. In meer complexe gevallen zal de toelichting (veel) uitgebreider dienen te zijn. Wat rechtens vereist is hangt mijns inziens af van alle feiten en omstandigheden van het geval, omdat rekening moet worden gehouden met pogingen van de bestuurder om een later te nemen ontslagbesluit te vernietigen. Bij gebreke van ‘voldoende’ toelichting zal sprake zijn van een besluit genomen in strijd met de vennootschapsrechtelijke goeder trouw en kan de bestuurder zich op het standpunt stellen dat zijn adviserende stem niet serieus wordt genomen hetgeen tot vernietigbaarheid van het ontslagbesluit leidt.

Ad 4

Op grond van artikel 2:225 BW vindt de oproeping niet later plaats dan acht dagen voor die van de vergadering. Bij gebreke daarvan kunnen alleen geldige besluiten worden genomen indien alle vergadergerechtigden ermee hebben ingestemd dat de besluitvorming op die wijze plaatsvindt en de bestuurders en commissarissen van hun recht op het geven van advies gebruik kunnen maken. In statuten worden wel nog de oude termijn van veertien dagen gehanteerd. Vermelden de statuten nog de oude termijn, dan geldt deze omdat artikel 2:25 een minimumtermijn kent. Het gaat steeds om zeven dagen tussen de dag van oproeping en die van de vergadering.

Ad 5

De AvA moet ex artikel 2:226 BW worden gehouden in de plaats statutair vermeld of daar waar de vennootschap zetel heeft. Bij een AvA op een andere plek moeten alle vergadergerechtigden weer instemmen met de wijze van besluitvorming en de bestuurders en commissarissen gebruik kunnen maken van hun adviserende stem.

Ad 6

Op grond van artikel 2:117/227 lid 7 BW hebben alle bestuurders en commissarissen een adviserende stem in de AvA. Als dit artikel wordt geschonden, maakt dit het ontslagbesluit vernietigbaar. De bestuurder (en zijn collegae) moet

47 Asser/Van Solingen en Nieuwe Weme, 2-II, nr. 342, Deventer: Kluwer 2009.

de gelegenheid hebben in het belang van de vennootschap zijn advies te geven. Dit is een recht en geen plicht. In de praktijk zien medebestuurders die niet bedreigd worden met ontslag (en commissarissen) veelal af van hun recht een adviserende stem uit te brengen.

Ad 7

Ex artikel 2:227a BW kunnen statuten bepalen dat een aandeelhouder in persoon, bij schriftelijke volmacht of door middel van elektronische communicatie aan de AvA deelneemt. Een besluit wordt ex artikel 2:230 BW genomen bij volstreekte meerderheid en tenzij de statuten of wet anders bepalen is voor de geldigheid van een besluit geen quorum noodzakelijk.

Ad 8

Besluitvorming kan ook buiten vergadering plaatsvinden, mits alle vergadergerechtigden met die wijze van besluitvorming hebben ingestemd (artikel 2:238 BW). Instemming kan ook elektronisch worden vastgelegd. In beginsel geldt dat de stemmen schriftelijk moeten worden uitgebracht, maar dat kan ook indien de wijze van stemming schriftelijk of elektronisch is vastgelegd. Niet langer geldt de eis van unanimiteit. Statutair voorgeschreven gekwalificeerde meerderheidsvereisten en quora gelden echter ook bij besluitvorming buiten vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Sinds het Janssen Pers-arrest⁴⁸ is alom bekend dat ook bij een besluit buiten vergadering de bestuurders en commissarissen de gelegenheid moeten hebben om hun adviserende stem uit te brengen. Sinds 1 oktober 2012 is dat in artikel 2:238 BW expliciet opgenomen.

Ad 9

Voor de nv geldt grotendeels hetzelfde stramien. Ex artikel 2:109 BW zijn het bestuur en de RvC bevoegd tot bijeenroeping van de AvA, terwijl die bevoegdheid ook statutair aan anderen kan worden gegeven. Ex artikel 2:110 BW is 1/10 van het geplaatste kapitaal in staat om via het instrument van machtiging door de voorzieningenrechter een bijeenroeping van een AvA af te dwingen. Ex artikel 2:113 BW moet oproeping plaatsvinden door aankondiging in een landelijk verspreid dagblad. Als de houders van aandelen op naam/certificaten daarmee instemmen, kan oproeping ook elektronisch plaatsvinden tenzij statutair anders is bepaald. Voor beursfondsen geldt ex artikel 2:113 lid 6 BW dat oproeping langs een elektronische openbare weg dient te geschieden. Ex artikel 2:114 BW moet de agenda goed worden vermeld, waarbij hier wel het vereiste geldt dat over onaangekondigde onderwerpen niet kan worden besloten, tenzij met unanimiteit in een vergadering waar het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. Datzelfde geldt voor vergaderingen gehouden op een andere plek dan statutair aangewezen of in andere gemeente dan waar de vennootschap zetel heeft (vide artikel 2:116 BW). Op grond van artikel 2:117 lid 4 BW hebben bestuurders en commissarissen ook hier als zodanig in de AvA een raadgevende stem. Ex artikel 2:128 BW kan statutair worden bepaald dat

48 HR 10 maart 1995, NJ 1995/595.

besluitvorming van aandeelhouders ook buiten vergadering kan geschieden tenzij aandelen aan toonder of certificaten zijn uitgegeven. In dat geval geldt wel de eis van unanimiteit en schriftelijkheid.

Ad 10

Bij het structuurregime geldt ex artikel 2:272 BW dat de RvC de bestuurders van een vennootschap benoemt, welke bevoegdheid niet door een bindende voordracht kan worden beperkt. Daarbij moet aan de AvA kennis worden gegeven van een voorgenomen bestuursbenoeming. Voor het ontslag van de bestuurder geldt dat de AvA moet worden gehoord. Wordt met dat voorschrift de hand gelicht, dan geldt dat sprake is van een nietig besluit.⁴⁹

Ad 11

Het is essentieel dat alle bij wet en statuten voorgeschreven stappen voor de totstandkoming van een AvA- c.q. RvC-besluit zorgvuldig worden genomen. Bij gebreke daarvan ligt steeds nietigheid als bedoeld in artikel 2:14 BW c.q. vernietigbaarheid als bedoeld in artikel 2:15 BW op de loer. Een besluit genomen in strijd met de wet of statuten is in beginsel nietig. Ex artikel 2:15 BW is een besluit vernietigbaar a) wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van een besluit te regelen b) wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die ex artikel 2:8 BW is vereist en c) wegens strijd met een reglement. Daaronder vallen niet de bepalingen van artikel 2:14 lid 2 BW, namelijk besluiten die nietig zijn omdat een voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander orgaan dan het beslissende orgaan achterwege is gebleven, in welk geval bekrachtiging kan plaatsvinden. Artikel 2:15 lid 1 sub a BW ziet met name op bepalingen over het oproepen voor vergaderingen, de agendering, de wijze van stemming en de wijze van besluitvorming buiten vergadering. Juist vanwege de 15 april-arresten is het essentieel dat het te nemen ontslagbesluit aan de wettelijke en statutaire vereisten voldoet. Als een bestuurder erin slaagt om een ontslagbesluit ex artikel 2:14 of 2:15 BW nietig te verklaren c.q. te doen vernietigen, geldt niet alleen dat het ontslagbesluit onderuitgaat en de bestuurder alsnog bestuurder is, maar ook dat de opzegging (voor zover daar binnen de grenzen van de 15 april-arresten sprake van was) onderuitgaat. Als de vennootschap zich echter houdt aan de wettelijke en statutaire vereisten, is een ontslagbesluit niet of zeer moeilijk aan te tasten.

6.4.3 *Vennootschapsrechtelijke ontslag II: complicaties*

Een aantal van de voor de praktijk relevante besluitvormingsperikelen laat ik hierna nog kort de revue passeren, te weten die met betrekking tot:

- de termijn (par. 6.4.3.1);
- de afwezigheid van de bestuurder met valide reden (par. 6.4.3.2);
- de adviserende stem van de bestuurder (par. 6.4.3.3);

⁴⁹ P. van Schilfgaarde, J. Winters en J.B. Wezenman, *Van de B.V. en de N.V.*, nr. 111, Deventer: Kluwer Wolters 2013.

- medezeggenschap (par. 6.4.3.4);
- het vereiste van unanimiteit in de aandeelhoudersovereenkomst (par. 6.4.3.5);
- het ontbreken van een redelijke grond ex artikel 7:669 BW en artikel 2:15 lid 1 sub b BW (par. 6.4.3.6)..

6.4.3.1 Termijn

Allereerst de termijn. Voor besluitvorming binnen de vergadering geldt een wettelijke termijn van oproeping van acht dagen. In een memorie van toelichting⁵⁰ was expliciet opgenomen dat een termijn van acht dagen noodzakelijk is om aan aandeelhouders een redelijke mogelijkheid te bieden om kennis te nemen van de oproeping en zich adequaat voor te bereiden. Voor het nemen van een besluit buiten vergadering geldt geen wettelijke minimumtermijn. Gegeven het feit dat de wetgever voor een vennootschap met meerdere aandeelhouders uitgaat van een termijn van minimaal acht dagen voor een adequate voorbereiding zou men deze lijn kunnen doortrekken naar de bestuurder. Het lijkt dus niet onverstandig om ook bij besluitvorming buiten vergadering bij een bv een termijn van minimaal acht dagen in acht te nemen. De termijn die uit de wet c.q. uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit, is primair bedoeld voor de aandeelhouders. Evenwel is het slecht denkbaar dat in redelijkheid kan worden volgehouden dat aandeelhouders acht dagen nodig hebben voor een adequate voorbereiding, maar dat dit niet zou hebben te gelden voor de bestuurder, te meer nu het voor de bestuurder erop of eronder is. Zoals gezegd kan er mijns inziens behoorlijk verschil zitten tussen de oproep aan de aandeelhouder, waarvoor de wettelijke termijnen gelden, en de eventuele toelichting daarop. Het geven van een toelichting op het voorgenomen aandeelhoudersbesluit is noodzakelijk om de bestuurder in staat te stellen daadwerkelijk gebruik te maken van hun adviserende stem. Ook de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW brengt dat met zich.⁵¹

6.4.3.2 Afwezigheid bestuurder met valide reden

Een tweede probleem uit de praktijk doet zich vaak voor indien de betrokken bestuurder en/of diens advocaat niet beschikbaar is vanwege op zichzelf valide redenen. De redelijkheid en billijkheid bedoeld in artikel 7:611 BW, maar vooral in artikel 2:8 BW, brengt met zich, naar mijn stellige overtuiging dat binnen redelijke grenzen moet worden ingegaan op een verzoek tot verplaatsing of verdaging van de geplande AvA. Daarbij is evenwel oplettendheid vereist. Indien in overleg met de betrokken bestuurder een vergadering enkele dagen wordt verplaatst, doet dat niet af aan het feit dat alle vereisten voor rechtsgeldige besluitvorming onverkort gelden. Als een AvA bijeen is geroepen en is uitgeschreven voor bijvoorbeeld 15 mei en deze in overleg met de bestuurder wordt verplaatst naar 19 mei, dan kan daarbij in beginsel geen rechtsgeldige besluitvorming plaatsvinden, omdat geen rechtsgeldige vergadering voor die datum

50 *Kamerstukken II 2006-2007, 31058, nr, 3, p. 79.*

51 *Vergelijk Rb. Arnhem 30 maart 2011, JOR 211/176.*

bijeen is geroepen. In de praktijk wordt dat opgelost door expliciet overeen te komen dat de bestuurder geen beroep zal doen op de nietigheid c.q. vernietigbaarheid van een eventueel te nemen besluit in verband met het verplaatsen van de vergadering op diens verzoek. Ook is het denkbaar om de AvA wel uit te roepen en te laten aanvangen, maar de vergadering te verdagen naar de door de bestuurder gewenste datum dan wel opnieuw aan alle vereisten voor de bijeenroeping en besluitvorming te voldoen.

6.4.3.3 Adviserende stem bestuurder

Hiervoor kwam de adviserende stem voor alle bestuurders en commissarissen (artikel 2:117/227 lid 7 BW) al aan de orde. Zonder adviserende stem kan de aandeelhouder niet te goeder trouw tot een beslissing komen. Dit impliceert allereerst dat het gevaarlijk is om al te duidelijk te spreken over 'ontslagbesluiten' in plaats van 'voorgenomen ontslagbesluiten' en dergelijke. Ook al staat de uitkomst praktisch gesproken vast tot het moment dat er een gedachtewisseling heeft plaatsgevonden, kan in formele zin geen sprake zijn van iets anders dan een voornemen. In het Hay-arrest⁵² heeft de Hoge Raad de Janssen Pers-leer⁵³ herhaald. Ook bij besluitvorming buiten vergadering moet er ruimte zijn voor de adviserende stem, hetgeen zijn weg heeft gevonden in artikel 2:128/238 BW. Alle bestuurders en commissarissen moeten deze gelegenheid krijgen, ook de niet met ontslag bedreigde bestuurders. Bij besluitvorming buiten vergadering kan de adviserende stem op tal van wijzen tot haar recht komen. Te denken valt aan het bieden van de gelegenheid om schriftelijk te reageren op het voorgenomen ontslagbesluit (met dien verstande dat dit een werkelijke gedachtenuitwisseling bemoeilijkt). Ook kan worden gedacht aan het telefonisch raadplegen van de bestuurders en commissarissen dan wel aan een fysieke vergadering niet zijnde een echte AvA dan wel aan een videoconferentie of iets in die trant. Er is overvloedige rechtspraak die er feitelijk op neerkomt dat de aandeelhouder op een faire manier met de bestuurder moet omgaan. De bestuurder mag niet geconfronteerd worden met eufemistisch taalgebruik en moet in volle omvang de gelegenheid krijgen zijn zegje te doen op een te hopen redelijke termijn. Naast de adviserende stem is het verstandig de bestuurder vanuit arbeidsrechtelijke optiek te horen ('Going through the motions'); om louter in formele zin te voldoen aan het voorschrift van een adviserende stem is niet onvoldoende.⁵⁴ Het gaat erom dat een oprechte uitwisseling van standpunten plaatsvindt. Het aanhoren van de bestuurders en die direct daarna (zonder schriftelijke reactie) ontslaan is een indicatie dat geen reële mogelijkheid tot het uitbrengen van de adviserende stem is geboden. Van belang is dat de raadgevende stem als hier bedoeld alleen geldt bij een echte AvA. Als met gebruikmaking van de

52 HR 22 december 2009, *JOR* 210/40.

53 HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595.

54 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 30 maart 2011, *JOR* 2011/176, Rb. Utrecht 4 april 2012, *JOR* 2012/211, Rb. Utrecht 11 juni 2008, *JOR* 2008/228, Rb. Zutphen 14 oktober 2009, *JOR* 2009/317, HR 22 december 2009, *JOR* 2010/40, Rb. Midden Nederland, 9 september 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:6420*, Rb. Rotterdam 9 september 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6433*.

mogelijkheden van de Flex-bv de bevoegdheid tot het nemen van een ontslagbesluit is gelegd bij een vergadering van een bepaalde soort aandelen in plaats van bij de AvA, geldt de verplichting om de bestuurder zijn adviserende stem uit te laten brengen niet.⁵⁵

Naast de adviserende stem die ziet op de relatie bestuurder–vennootschap moet ook rekening worden gehouden met de hoorplicht. Verburg en ik hebben ons uitgesproken voor de toepassing van de hoorplicht bij een ontslagbesluit door een vergadering van houders van een bepaalde soort aandelen.⁵⁶

6.4.3.4 Medezeggenschap

Bij het voorgenomen ontslagbesluit van een N.V. geldt sinds 1 juli 2010 een spreekrecht voor de OR (artikel 2:134a BW). Daarnaast moet rekening worden gehouden met artikel 30 WOR. Als met artikel 30 WOR geen rekening wordt gehouden maakt dat het ontslagbesluit niet nietig c.q. vernietigbaar.⁵⁷ Wordt evenwel artikel 2:134a BW niet in acht genomen en de OR bij een N.V. geen spreekrecht gegund dan is sprake van een vernietigbaar besluit als bedoeld in artikel 2:15 lid 1 sub a. BW.

6.4.3.5 Vereiste van unanimiteit in aandeelhoudersovereenkomst

Het aantasten van een goed in elkaar gezet vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit ex artikel 2:14 juncto 2:15 BW is geen sinecure. Rechteren willen in voorkomend geval nogal wat ruimte bieden aan de AvA om tot besluitvorming te komen. Niet voor niets bepaalt artikel 2:134/2:244 BW dat de bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen. Ex artikel 7:682 BW geldt bovendien dat herstel van de arbeidsverhouding niet mogelijk is. De bevoegdheid tot het geven van ontslag wordt bovendien wel als discretionair gezien.⁵⁸ Een interessant arrest van 13 januari 2015 van het Hof Amsterdam⁵⁹ benadrukte nog eens dat de bedoeling van artikel 2:244 BW is dat het ontslag van een bestuurder niet te zeer wordt bemoeilijkt of onmogelijk wordt gemaakt. Dit in het belang van de vennootschap. Een statutaire afwijking van het bepaalde in artikel 2:244 BW is niet mogelijk. Daarom hield een aandeelhoudersovereenkomst die unanimiteit vereiste voor een ontslagbesluit (in plaats de op grond van de wet wel statutair toegestane maximale twee derde meerderheid) geen stand, althans kon nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet worden afgedwongen vanwege de onaantvaardbaarheid.

6.4.3.6 Ontbreken redelijke grond ex artikel 7:669 BW en artikel 2:15 lid 1 sub b BW

Zoals bekend heeft de bestuurder het betrekkelijk lastig bij gebreke van de preventieve ontslagtoets om aan een adequate vergoeding te komen. Buiten

55 Zie *Kamerstukken I* 2011-2012, 31058, E, p. 22.

56 L.G. Verburg, a.w. (noot 3), en E.S. de Bock, a.w. (noot 33).

57 Hof Amsterdam 20 mei 1999 *JAR* 1999/146. Anders: Rb. Arnhem 20 juli 2005, *JOR* 2005/262.

58 Vergelijk President Rb. Utrecht 22 februari 1996, *JAR* 1996/64.

59 Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:55.

de primaire route van de vennootschapsrechtelijke aantasting van het ontslagbesluit op grond van artikel 14 en 15 Boek 2 BW zou de bestuurder kunnen denken aan een verzoek voor een billijke vergoeding ex artikel 7:682 lid 3 BW wegens strijdigheid van de beëindiging met artikel 7:669 BW of wegens ernstige verwijtbaarheid. Het gaat dan om de afwezigheid van een redelijke grond bedoeld in artikel 7:669 BW of onvoldoende herplaatsingsinspanningen. Ten derde kan gedacht worden aan vernietiging van de opzegging wegens strijdigheid met een opzegverbod bedoeld in artikel 7:681 BW. Erg veel hoop hoeft een bestuurder mijns inziens niet te koesteren. Daarom doet een bestuurder er verstandig aan om de bescherming nog steeds te zoeken in 1) een ruimhartige opzegtermijn en 2) een contractuele afvloeiingsregeling bij voorbaat.

Wellicht dat er op termijn toch ruimte is voor een succesvolle vordering van een ontslagen bestuurder ex artikel 2:15 lid 1 sub b BW, gebaseerd op het bepaalde in artikel 7:669 BW. Erg veel hoop heb ik in dit kader niet. Allereerst heeft de Hoge Raad in het hiervoor reeds genoemde Sjardin arrest duidelijk gemaakt dat er geen ruimte is voor een toetsing aan het arbeidsrecht van een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit in het kader van artikel 2:15 BW. Of dit anders is met de invoering van Wvz valt nog te bezien. Bovendien staat zoals hiervoor genoemd de discretionaire bevoegdheid tot het geven van een ontslagbesluit voorop. Artikel 7:681 BW kent bovendien geen mogelijkheid tot vernietiging van de opzegging bij afwezigheid van een redelijke grond, maar alleen indien sprake is van strijdigheid met artikel 7:671 BW.⁶⁰ Natuurlijk doelt artikel 2:15 lid 1 sub b BW alleen op de toetsing aan de vennootschapsrechtelijke normen, maar het is wel de vraag of een aandeelhoudersvergadering kan volhouden dat binnen de grenzen van artikel 2:8 BW is gehandeld als er geen sprake is van een redelijke grond in de zin van artikel 7:669 BW. Ook bij de totstandkoming van een ontslagbesluit moeten de diverse organen zich jegens elkaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gedragen. Als een aandeelhoudersvergadering besluit tot ontslag over te gaan wegens bijvoorbeeld *'de lelijke kleur van de das van de bestuurder'*, dan is natuurlijk op geen enkele wijze voldaan aan het bepaalde van artikel 7:669 BW. Om dan vol te houden dat het ontslagbesluit in vennootschapsrechtelijke zin juist tot stand is gekomen, is wel erg twijfelachtig. In de praktijk zal dat evenwel zich niet snel kunnen voordoen omdat aandeelhoudersvergaderingen zich veelal plegen te bedienen van het niet navolgbare, laat staan toetsbare argument dat de bestuurder het vertrouwen is komen te ontvallen. Dat impliceert op zichzelf een redelijke grond, waarbij men hoogstens nog kan twisten over de vraag of de aandeelhoudersvergadering in redelijkheid het standpunt heeft kunnen innemen dat de bestuurder het vertrouwen kwam te ontvallen.

⁶⁰ In gelijke zin L.G. Verburg, a.w. (noot 3), en J.M. van Slooten, I. Zaal, J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

6.4.4 De arbeidsrechtelijke band bij vennootschapsrechtelijk ontslag: de 15-april-arresten

Uit de 15-april-arresten vloeit voort dat het rechtsgeldige ontslagbesluit de arbeidsrechtelijke opzegging vormt, tenzij a) sprake is van een wettelijk opzegverbod of b) sprake is van een andersluidende afspraak.⁶¹ Ex artikel 7:671 lid 1 sub e BW is geen instemming van de bestuurder nodig voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst voor de bestuurder. Ook de bepalingen over herroeping en bedenkttermijnen zijn niet van toepassing (artikel 7:670a lid 7 BW en 7:671 BW). Evenmin kan een bestuurder een beëindigingsovereenkomst buiten rechte ontbinden (artikel 7:670 lid 5 BW). Ook onder de Wwz geldt derhalve dat geen sprake is van een preventieve ontslagtoets. Onder het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht was de bestuurder van de bv en de nv al uitgezonderd van de ontslagbenoeming voortvloeiende uit artikel 6 BBA.⁶² De uitzondering op het UWV-toestemmingsvereiste is uitgebreid naar bestuurders van de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij.

Op grond van het Bennenbroek-arrest gold deze uitzondering (door verruiming van het bereik) van het ontheffingsbesluit voor bestuurders van de nv en de bv onder het BBA ook voor bestuurders van vennootschappen naar buitenlands recht, tenzij de positie van de betrokken bestuurders te zeer verschilde van die van een nv of bv.⁶³ Voor de stichtingsbestuurder geldt voorts nog de preventieve ontslagtoets wel. Recentelijk oordeelde overigens de rechtbank Amsterdam dat opzegging van een arbeidsovereenkomst met een GmbH waarvan de werknemer tevens statutair bestuurder was, wel toestemming van het UWV behoeft als bedoeld in artikel 7:671a BW.⁶⁴

Hierna volgend zal ik nader ingaan op de uitzondering van opzegverboden (par. 6.4.4.1) en van situaties waarin 'anders is overeengekomen' (par. 6.4.4.2), alsook op de eventuele uitzondering van het functioneel bestuurderschap (par. 6.4.4.3). Daarna zal ik ingaan op de toepasselijkheid van de 15 april arresten op de opdrachtsovereenkomst (par. 6.4.4.4) en op de grenzen aan de contractuele afvloeiingsregeling (par. 6.4.4.5).

6.4.4.1 Uitzondering I: opzegverboden

De eerste uitzondering op de 15-april-arresten ziet op *het opzegverbod* van artikel 7:670 lid 1 BW (maar overigens ook op overige opzegverboden). Het klassieke opzegverbod bij ziekte geldt niet indien de arbeidsongeschiktheid is gestart nadat het UWV een verzoek tot toestemming heeft ontvangen. Deze lijn wordt doorgetrokken naar de statutair bestuurder van wie de arbeidsongeschiktheid

61 Zie hierover onder meer N.T. Ruisenveld, 'Het ontslag van de statutair bestuurder volgens de 15 april-arresten', *SR* 2005, p. 263 e.v., L.G. Verburg, 'De bestuurder beschermd: effecten van dualiteit op de positie van de statutair directeur', *ArbeidsRecht* 2005/43, en E.S. de Bock, 'Schermerlicht in de duisternis: vennootschapsrechtelijk ontslag/ontslagname impliceert in beginsel beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de bestuurder', *ARA* 2006/1.

62 Besluit van 21 november 1972, *Stcrt* 1972.

63 HR 15 september 1995, *NJ* 1996/234.

64 Rb. Amsterdam 4 maart 2016, *ECLI:NL:RBAMS:2016:1321*.

is begonnen, na ontvangst van een uitnodiging voor een AvA.⁶⁵ Alhoewel de praktijk er waarschijnlijk niet aan moet denken, kan er best gediscussieerd worden over de vraag of deze rechtspraak wel in alle opzichten juist is. Zowel ten tijde van de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid, als ten tijde van de Wwz moet de wetgever zich ervan bewust zijn geweest dat er tal van categorieën werknemers zijn – waaronder de bestuurder – waarop het oude BBA dan wel het toestemmingsvereiste van artikel 7:671 BW niet van toepassing zijn. Als de wetgever artikel 7:670a lid 1 WW analoog had willen toepassen, dan zou een daartoe strekkende bepaling wel op haar plaats zijn geweest.

6.4.4.2 Uitzondering II: ‘anders overeengekomen’

De tweede uitzondering op de toepasselijkheid van de hard en fast rule van de 15-april-arresten is ‘indien partijen anders overeenkomen’. Een mooi voorbeeld vindt de lezer in een uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 12 maart 2015.⁶⁶ Het ging om een werknemer die al 42 jaar had gewerkt voordat hij bestuurder werd bij dezelfde vennootschap. De rechtbank nam aan dat de reeds lang bestaande arbeidsovereenkomst en het tijdelijke bestuurderschap los van elkaar moeten worden gezien, omdat er sprake was van een ‘andersluitende afspraak’ als bedoeld in de 15-april-arresten. Een mijns inziens onjuiste uitspraak in dit kader vormt het arrest van het Hof Amsterdam van 28 juli 2015.⁶⁷ De arbeidsovereenkomst vermeldde een opzegtermijn tegen het einde van een kalendermaand overeenkomstig de wettelijke opzegtermijn. Bovendien was de cao geïncorporeerd die bepaalde dat een dienstverband voor onbepaalde tijd eindigde door opzegging. Daarom ging het hof ervan uit dat partijen in de arbeidsovereenkomst een andersluitende afspraak hadden gemaakt, namelijk dat moest worden opgezegd los van de vennootschapsrechtelijke beëindiging. Het enkele feit dat opzegging moet plaatsvinden, staat er mijns inziens niet aan in de weg dat de 15-april-arresten in volle omvang zouden worden toegepast. Het nemen van een rechtsgeldig ontslagbesluit vormt immers in de kern van de 15-april-arresten juist de opzeggingshandeling.

6.4.4.3 Uitzondering III: functioneel bestuurderschap?

Het is de vraag of er een derde uitzondering bestaat op de toepasselijkheid van de 15-april-arresten in de vorm van de zogenaamd functioneel bestuurder. Ten Have en Timmerman⁶⁸ hebben bepleit dat onder omstandigheden volledige toepassing van de 15-april-arresten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn. Van Uden maakte daar en passant de

65 Zie President Rb. Breda 15 februari 2000, *JAR* 2000/76, Hof Den Bosch, 22 augustus 2000, *JAR* 2000/207, President Rb. Haarlem 3 oktober 2001, *JAR* 2001/231, en President Rb. Zwolle 9 oktober 2001, Rb. Rotterdam 1 september 2014, *AR update* 2014/0796, Rb. Rotterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RPROT:2015:1698.

66 Rb. Gelderland 12 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2180.

67 Hof Amsterdam 28 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3067.

68 H.T. ten Have, ‘Onsplitsbaarheid van het ontslag van een statutair directeur’, *VNO* 2005 nr. 9, en de conclusie van A-G Timmerman bij HR 3 februari 2006, *JAR* 2006/66.

‘functioneel bestuurder’ van.⁶⁹ Bij mijn weten is dit standpunt slechts tweemaal gevolgd in de rechtspraak.⁷⁰ Eerder heb ik gesproken van ‘Calimero-rechtspraak’.⁷¹ Niet alleen heeft de Hoge Raad geen ruimte voor het functioneel bestuurderschap geboden in de 15-april-arresten (waarin slechts twee uitzonderingen op de hoofdregel worden genoemd) ook blijkt uit het Bennenbroek-arrest⁷² dat het ontheffingsbesluit op basis waarvan het BBA niet van toepassing was op bestuurders, ruim moest worden geïnterpreteerd en dat ook voor een leidinggevende die een soortgelijke positie had als de bestuurder van een nv of bv (namelijk de bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon) geen BBA-bescherming gold. Met de invoering van artikel 7:671 lid 1 sub e BW is het Bennenbroek-arrest in de wet opgenomen en is de definitie van de bestuurder verruimd. Behalve uit ‘zieligheidsoverwegingen’ is er geen grond om het leerstuk van de functioneel bestuurder toe te passen. Ik bevind mij in goed gezelschap van Verburg.⁷³

6.4.4.4 Overeenkomst van opdracht en 15-april-arresten

De vraag is of de lijn van de 15-april-arresten kan worden doorgetrokken naar de overeenkomst van opdracht. Eerder hebben Bennaars en Zaal gepleit tegen een ruimhartiger oprekking van de 15-april-arresten.⁷⁴ Dat kwam omdat de Hoge Raad zijn oordeel (voornamelijk) had gebaseerd op de wetsgeschiedenis van artikel 2:244 BW. In haar onvolprezen proefschrift⁷⁵ heeft Bennaars er terecht op gewezen dat de lagere jurisprudentie niet eenvoudig te duiden valt, omdat niet alleen de vraag speelt in hoeverre de 15-april-arresten moeten worden toegepast, maar ook vaak sprake is van een ingewikkelde structuur waarbij de opdrachtovereenkomst niet altijd op het niveau bestuurder-vennootschap is gesloten. In haar proefschrift wijst Bennaars analoge toepassing van de 15-april-arresten in navolging van het Hof Amsterdam⁷⁶ voorzichtig van de hand, vooral ingegeven op basis van de wetshistorische argumenten. Ik heb mij in soortgelijke zin uitgelaten.⁷⁷ Ik heb daarbij nog gewezen op niet alleen de wethistorische argumenten die ten grondslag liggen aan de 15-april-arresten, maar ook naar het arrest Bruijns/Arrow,⁷⁸ kort gezegd inhoudende dat het arbeidsrecht niet analoog van toepassing is op de managementovereenkomst. Brink en Martis⁷⁹ hebben gepleit voor het toepassen van de 15-april-arresten, in ieder geval indien de bestuurder zijn activiteiten verricht onder een

69 F.C. van Uden, ‘De functioneel statutair bestuurder’, *ArbeidsRecht* 2006/12.

70 Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JAR* 2007/176, en Ktr. Venlo 5 februari 2008, *JAR* 2008/85.

71 E.S. de Bock, a.w. (noot 33).

72 HR 15 september 1995, *NJ* 1996/234.

73 Zie L.G. Verburg, a.w. (noot 3).

74 J.H. Bennaars en I. Zaal, ‘Arbeidsrechtelijke consequenties van het wetsvoorstel bestuur en toezicht’, *TAO* 2012/1, p. 54.

75 J.H. Bennaars, a.w. (noot 38).

76 Hof Amsterdam 12 november 2013, *JAR* 2014/66.

77 E.S. de Bock, a.w. (noot 33).

78 HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/215.

79 M. Brink en S. Maris, ‘Het ontslag van de Statutair Bestuurder met een managementovereenkomst, mede naar aanleiding van de Wet Bestuur en Toezicht’, *TvOB* 2013/1.

managementovereenkomst gesloten tussen de vennootschap en de bestuurder zelf. Van Delden daarentegen bevindt zich in het kamp van Zaal en Ben-naars.⁸⁰ Waar de Rechtbank Midden Nederland⁸¹ tot het oordeel kwam dat analoge toepassing acceptabel was ook bij een tussengeschoven management-bv, benadrukte Van Delden juist dat bij een managementovereenkomst, als een vennootschap wordt tussengeschoven en waarbij de natuurlijke persoon als de bestuurder zijn werkzaamheden uitoefent maar zelf geen partij is bij de managementovereenkomst, er ruimte is voor twijfel. Ook Hoekstra⁸² benadrukt het verschil tussen een overeenkomst van opdracht, waarbij de vennootschap rechtstreeks contracteert met de bestuurder–natuurlijke persoon en een overeenkomst van opdracht, waarbij de vennootschap de natuurlijke persoon benoemt tot bestuurder, maar tevens een overeenkomst van opdracht aangaat met een door de bestuurder gecontroleerde management-bv die de bestuurder vervolgens ter beschikking stelt. Hoekstra zet tien uitspraken op een rij.⁸³ Hoekstra stelt dat indien de managementovereenkomst is gesloten tussen de vennootschap en een management-bv, waarbij deze is benoemd tot statutair bestuurder of, indien de natuurlijke persoon als statutair bestuurder wordt benoemd en zelf een opdrachtovereenkomst heeft, analoge toepassing aan de 15-april-arresten moet worden gegeven omdat de managementovereenkomst bij gebreke daarvan inhoudsloos wordt bij ontslag in vennootschapsrechtelijke zin. In de situatie dat de managementovereenkomst wordt gesloten tussen de vennootschap en een management-bv, waarbij niet de bv is benoemd maar de natuurlijke persoon, is volgens Hoekstra geen sprake van een duale rechtsbetrekking. Dit onderscheid komt ook terug in het hier eerdergenoemde arrest van het Hof Den Haag in de zaak Cadac. Verburg heeft met de overtuigingskracht van een vroegere topadvocaat de eerder door mij gebezigde argumenten van tafel geveegd. Hij wijst erop dat artikel 2:244 BW feitelijk vooral bepaalt dat in sommige situaties het vennootschapsrecht voorgaat boven de contractuele vormgeving in het arbeidsrecht (of in de overeenkomst van opdracht). Ook wijst hij erop dat de wetsgeschiedenis van artikel 2:132 lid 3 BW de (bepaling op basis waarvan de beursbestuurder een overeenkomst van opdracht heeft) geen aanleiding geeft om te veronderstellen dat men bij de managementovereenkomst tot een andere conclusie zou komen dan op basis van de 15-april-arresten het geval zou zijn indien sprake was van een arbeidsovereenkomst. Verburg wijst erop dat zijn visie in lijn is met het Ineko-arrest.⁸⁴ In die zaak ging het om de bevoegdheid tot de vaststelling van een aanvullende managementvergoeding

80 G.B. van Delden, 'De analoge toepassing van de 15 april arresten op de management overeenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/15.

81 Rb. Midden-Nederland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2798.

82 T. Hoekstra, 'De Statutair Bestuurder en de Management-B.V.: een gespleten persoonlijkheid?', *TAP* 2015/1.

83 Rb. Leeuwarden 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5149, Rb. Haarlem 16 februari 2012, *JOR* 2012/139, Hof Den Haag 11 juni 2013, *RAR* 2013/126, Hof Amsterdam 12 november 2013, *JAR* 2014/66, Rb. Midden Nederland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:42798, en Hof Amsterdam 16 september 2014, *JAR* 2014/257.

84 Hr. 6 januari 2012, *RvdW* 2012/91.

voor een commissaris die bestuurswerkzaamheden verrichtte. Dat diende in de visie van de Hoge Raad te geschieden door de in de wet en statuten aangewezen organen. Het feit dat een commissaris voor een zekere tijd daden van het bestuur verrichtte, maakte de commissaris nog geen bestuurder zonder daartoe strekkend benoemingsbesluit. Kort gezegd: een commissaris die als bestuurder handelt (maar niet als zodanig is benoemd), blijft commissaris zodat niet de RvC maar de AvA bevoegd is een managementvergoeding vast te stellen, zulks mede ter voorkoming van afstemmingsproblemen. Het formele bestuurderschap is beslissend voor de vraag welk orgaan bevoegd is.

In de visie van Verburg gaan de 15-april-arresten eigenlijk vooral om de vraag welk orgaan bevoegd is tot opzegging. De 15-april-arresten maken duidelijk dat het in het normale geval de AvA is die opzegt, waarbij het ontslagbesluit direct externe werking heeft. In de visie van Verburg kan een ontslagbesluit niet soms wel direct externe werking hebben (bij een arbeidsovereenkomst) en in andere gevallen (bij een overeenkomst van opdracht) plotseling niet. Ik ben het inmiddels met Verburg eens omdat ik met name dit argument overtuigend vind. Wel denk ik dat analoge toepassing van de 15-april-arresten alleen aan de orde is indien sprake is van een daadwerkelijke duale betrekking, met andere woorden: indien de bestuurder zelf partij is bij de overeenkomst van opdracht. Indien een management-bv is tussengeschoven gaat mijns inziens het argument van het direct extern werkende ontslagbesluit niet op. Het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit blijft dan direct extern werkend. Dat betekent dat het ook de bestuurder-natuurlijke persoon direct raakt, maar mijns inziens niet de management-bv. De management-bv is als rechtspersoon een andere partij dan de natuurlijke persoon-bestuurder. Dat een ontslagbesluit ook direct extern werkend zou zijn ten opzichte van derden, niet zijnde een wederpartij van het vennootschapsrechtelijke besluit, gaat mij vooralsnog te ver. Van Schilfgaarde omschrijft ook een besluit met direct externe werking als een 'rechtstreeks tot de wederpartij gerichte rechtshandeling van de rechtspersoon'.

De gelijkstelling van de managementovereenkomst gesloten met een management-bv en een managementovereenkomst die gesloten is rechtstreeks met de bestuurder (in de uitspraak van de Rechtbank Midden Nederland van 7 juli 2014)⁸⁵ spreekt mij niet aan. De voorzieningenrechter motiveerde een en ander door te stellen dat de management-bv de persoonlijke houdstermaatschappij is en dat veelal in verband met de fiscaliteit en aansprakelijkheidskwesties gebruik wordt gemaakt van een management-bv. Dat moge zo zijn maar vereenzelviging tussen een natuurlijk persoon en een rechtspersoon is overigens wel zeer uitzonderlijk. Beltzer had ook dit punt al getackeld.⁸⁶

85 Rb. Midden-Nederland 7 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2798.

86 R.M. Beltzer, 'Hoe 15 april ook het einde van een managementovereenkomst kan meebrengen', *AR updates* 2014/0620.

De lagere rechtspraak op het terrein van de toepasbaarheid van de 15-april-arresten ten aanzien van opdrachtovereenkomst is verdeeld.⁸⁷ Verburg legt aldus de nadruk op de direct externe werking van een ontslagbesluit.⁸⁸ In zijn visie maakt het niet uit hoe het contract kwalificeert, maar brengt de direct externe werking met zich dat het bijpassende contract wordt beëindigd. Daar komt nog bij dat Verburg terecht stelt dat artikel 2:244 BW niet zozeer de arbeidsovereenkomst als uitgangspunt neemt, maar vooral met zich brengt dat de vennootschapsrechtelijke regels hier boven de contractuele regels uitgaan. Ook met de totstandkoming van artikel 2:132 lid 3 BW is geen aparte regeling getroffen voor de beursbestuurder, terwijl dit artikel zoals Verburg terecht zegt, dateert van na de 15-april-arresten. Verburg lijkt vooralsnog het pleit te hebben gewonnen.⁸⁹ Het is de vraag of dat artikel alleen ziet op de arbeidsovereenkomst of op de gedachten van Verburg dat het vennootschapsrecht dient te prevaleren boven de contractuele bepalingen. Zolang de Hoge Raad hier nog niet over gesproken, heeft blijft deze situatie naar ik vrees onduidelijk.

Ik vraag mij overigens af of voor de praktijk een en ander grote gevolgen heeft. Nu er op zijn zachtst gezegd enige onduidelijkheid bestaat, doen partijen er verstandig aan om ervan uit te gaan dat separate opzegging verstandig c.q. noodzakelijk is. De opzegging van de overeenkomst van opdracht behoeft geen voorafgaande toestemming van het UWV en normaliter ook niet van enig ander orgaan. Een op zijn taak toegesneden AvA zou derhalve het standpunt kunnen innemen primair dat uit een ontslagbesluit het einde van de managementovereenkomst voortvloeit à la Verburg en dat subsidiair de overeenkomst – voor zover nodig – wordt opgezegd. Die situatie verschilt niet erg veel van de vroeger gangbare ontslagpraktijk ten aanzien van statutair bestuurders met een arbeidsovereenkomst, voordat de 15-april-arresten werden gewezen.

6.4.4.5 Beperking in de vergoeding

Het BW stelt geen begrenzingen aan de hoogte van een contractuele afvloeiingsregeling.⁹⁰ Natuurlijk geldt voor een bestuurder ook het maximum van de transitievergoeding van één jaarsalaris (artikel 7:673 lid 2 BW).

Weliswaar is de Wet Excessieve Bezoldiging niet louter van toepassing op bestuurders, maar onder omstandigheden kunnen bestuurders met een inkomen van meer dan € 538.000 in het relevante toetsjaar wel met de gevolgen van deze wet worden geconfronteerd. Ook de openbaarmakingsverplichtingen die voortvloeien uit het BW (artikel 2:383c-e, artikel 1:120 Wft, artikel 26 regeling Beheerst Beloningsbeleid 2014 en hoofdstuk 4 WNT, alsmede de best practice bepalingen II:2.1 en verder) gaat de nodige invloed uit.

87 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 11 juni 2013, *RAR* 2013/126, Hof Amsterdam 12 november 2013 *JAR* 2014/66, Rb. Haarlem 16 februari 2012, *JOR* 2012/139, Rb. Midden-Nederland 7 juli 2014, *JAR* 2014/207, Hof Amsterdam 16 september 2014, *JAR* 2014/257.

88 L.G. Verburg, a.w. (noot 3).

89 Hij bevindt zich in gezelschap van T. Hoekstra, a.w. (noot 82), en H. Brink en S. Martis, 'Het ontslag van de statutair bestuurder met een managementovereenkomst mede naar aanleiding van de wet bestuur en toezicht', *TVOB* 2013/1, anders G.P. van Delden, a.w. (noot 80).

90 Zie hiervoor E.S. de Bock, *Show me the money!*, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 313-319.

Daarnaast geldt voor de semipublieke sector de WNT en voor financiële instellingen de Wft. De WNT heeft eveneens duidelijk invloed op de statutair bestuurder al was het maar omdat de overeengekomen ontslagvergoeding niet hoger mag zijn dan € 75.000. Ook vanuit de Corporate Governance Code vloeien tal van beperkingen voort. Uit hoofdstuk 1.7 Wft vloeit tot slot niet alleen het bekende bonusplafond van 20% van de vaste beloning voort, maar gelden er ook allerlei eisen voor de variabele beloning die voor 50% moet bestaan uit een mix van cash en non-cash en waarbij voor ten minste 40% van de variabele beloning een retentieperiode van drie tot vijf jaar geldt. Voor de ontslagvergoeding wordt hier het beginsel 'no reward for failure' ingevoerd, waarbij bovendien een maximale vergoeding van een jaar wordt ingevoerd.

6.5 STATUS APARTE OF APARTE STATUS?

De bestuurder heeft het eigenlijk sinds de dagen van Pipo de Clown – waarbij de bestuurder te pas en te onpas werd geduid als 'Dikke Deur' – moeilijk. De rechtspositie van de bestuurder kristalliseert zich echter steeds meer uit, zij het dat de praktijk altijd weer nieuwe interessante casusposities weet te bouwen c.q. te verzinnen.

In 2013 heeft Beltzer er voor gepleit de statutair bestuurder van het arbeids-(overeenkomsten)recht uit te sluiten.⁹¹ De bestuurder zou minder bescherming behoeven en niet kwalificeren als 'zwakkere', de positie van de bestuurder zorgt steeds voor juridische problemen, er zou geen behoefte bestaan aan eenheid binnen het arbeidsrecht en bestuurders zouden het gemis aan arbeidsrechtelijke bescherming van Beltzer best mogen compenseren in de opdrachtovereenkomst. Dat is allemaal waar maar welk probleem probeert Beltzer nu op te lossen met zijn pleidooi? Beltzer onderstreept terecht dat het bestuurderschap een keuze is. Niemand wordt gedwongen tot het aanvaarden van het bestuurderschap. Het is echter de verscheidenheid aan bestuurders (die Beltzer onderkent, maar die hem niet overtuigt), die bij mij tot de overtuiging leidt dat de bestuurders in het arbeidsrecht moeten blijven. Het verschil tussen de CEO van een beursfonds en de gemiddelde directeur van een kleine onderneming is dusdanig groot dat de bestuurder de bescherming van het arbeidsrecht node zou missen. Het pleidooi van Beltzer is niet nieuw.⁹² Ik sluit mij echter aan bij Verburg, Don't fix it i fit ain't broken!⁹³

91 R.M. Beltzer, De wet Bestuur en toezicht - over een amendement dat niet ver genoeg gaat, *ArbeidsRecht* 2013/15.

92 Zie P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, De waarde van het sociaal recht handeling, *NJV* 2001-1, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

93 L.G. Verburg, a.w. (noot 3).