

MR. P.H.E. VOÛTE

Het contract van de bestuurder en de commissaris

Bestuurders van een NV of BV staan doorgaans in een dubbele of beter gezegd tweeledige rechtsbetrekking tot de rechtspersoon waar zij tot bestuurder zijn benoemd. De rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de vennootschap behoort enerzijds tot het rechtspersonenrecht, anderzijds bestaat tussen bestuurder en rechtspersoon een contractuele relatie. Bestuurder en vennootschap zijn vrij om te bepalen of en zo ja welke aanvullende contractuele verhouding zij aangaan. Dit kan zijn een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst *sui generis*. In de meeste gevallen heeft een bestuurder een arbeidsovereenkomst met de vennootschap.

Genoemde tweeledige rechtsbetrekking komt ook tot uitdrukking bij de beëindiging van de relatie tussen de bestuurder en de vennootschap. In het Sjardin-arrest van 26 oktober 1984 (*NJ* 1985, 375) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een ontslagbesluit wel ten aanzien van de wijze van totstandkoming wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid kan worden vernietigd, doch dat de redenen voor het ontslag uitdrukkelijk buiten deze toetsing vallen. De materiële inhoud van een ontslagbesluit zal in beginsel slechts aan de regels van het arbeidsrecht – meer in het bijzonder aan artikel 7:681 BW – worden getoetst. Dit laat overigens onverlet dat de vennootschapsrechtelijk bepaalde wijze van totstandkoming en de inhoud van het ontslagbesluit kunnen worden verdisconteerd in de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, ook indien de ontslagen bestuurder de vernietiging van het ontslagbesluit niet heeft gevorderd (zie onder andere HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 609). Beide relaties tussen bestuurder en vennootschap – de rechtspersonenrechtelijke en de arbeidsrechtelijke – kunnen onafhankelijk van elkaar worden beëindigd.

Tweeledig is ook de positie van de commissaris. Immers, enerzijds maakt de commissaris als onderdeel van een orgaan van de vennootschap, de RvC, deel uit van de vennootschap, anderzijds staat de commissaris in een contractuele relatie tot de vennootschap. In afwijking van de positie van de bestuurder kan naast de vennootschapsrechtelijke verhouding geen arbeidsovereenkomst worden onderscheiden. Ingeval een bestuurder tevens een gedelegeerd commissaris (dit is een commissaris die blijkens de statuten met een speciale taak belast is zoals een meer intensief toezicht op of een meer geregeld overleg met en advies aan de raad van bestuur¹) is, kan deze kwestie wellicht anders liggen.

De meest voorkomende aanvullende overeenkomsten tussen bestuurder en vennootschap zijn de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). De overeenkomst met de commissaris kan men aanduiden als een overeenkomst van opdracht.

De arbeidsovereenkomst

Een van de meest aangewezen en zuivere contractvormen tussen de vennootschap en de bestuurder is de arbeidsovereenkomst. Indien tussen partijen (expliciet) een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, onderkennen bestuurder en vennootschap dat tussen partijen een werknemer/werkgeverrelatie bestaat (eventueel naast de rechtspersonenrechtelijke relatie). Partijen dienen zich bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst te houden aan de bepalingen uit de arbeidsovereenkomst en Boek 7 BW en meer in het bijzonder aan de dwingendrechtelijke bepalingen voortvloeiende uit Boek 2 BW, alsmede aan de Statuten van de vennootschap. In onderstaande zal ik mij beperken tot de bijzondere aandachtspunten van de arbeidsovereenkomst.

Het contract van de bestuurder en de commissaris

Het is verstandig om in de arbeidsovereenkomst ondubbelzinnig te bepalen dat partijen hebben bedoeld de positie van de bestuurder te kwalificeren als statutair directeur in de zin van Boek 2 BW (en dus niet als titulair directeur). Indien het de bedoeling van partijen is dat de bestuurder de positie van statutair directeur gaat vervullen, doen partijen er (om discussies in de toekomst te voorkomen) goed aan op te nemen dat de betreffende bestuurder, onder vermelding van de datum, bij aandeelhoudersbesluit is benoemd tot statutair directeur, welke benoeming de betreffende bestuurder als zodanig heeft aanvaard. De rechtspositie van de bestuurder is van cruciaal belang bij de beoordeling van de contractuele relatie en met name de wijze van beëindiging daarvan. De rechtspositie bepaalt tevens welke rechterlijke instantie bevoegd is van een geschil kennis te nemen. Bij statutaire bestuurders is dat de rechtbank, bij reguliere werknemers de kantonrechter. Enkele malen hebben directeuren zich in situaties waarin de benoeming of de aanvaarding daarvan niet duidelijk bleek met succes op onbevoegdheid van de rechtbank beroepen (zie onder andere Hof 's-Gravenhage 28 september 1999, *JAR* 1999, 177).

Enige algemene opmerkingen ten aanzien van de inhoud van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder:

Emolumenten

Naast vastlegging van het 'vaste' brutosalaris verdient het de voorkeur de (mogelijke) aanspraak op een variabel salaris ondubbelzinnig tussen partijen in de arbeidsovereenkomst vast te leggen. Daarbij is het, gelet op de jurisprudentie, van belang dat in de arbeidsovereenkomst dient te worden opgenomen dat toekenning van de variabele beloning tot de discretie van de Raad van Commissarissen dan wel de algemene vergadering van aandeelhouders (afhankelijk van de statutaire regeling van de betrokken vennootschap, zie de artikelen 2:135 en 2:245 BW) behoort en dat toekenning in enig jaar geen rechten genereert ten aanzien van volgende jaren. Echter, ondanks een heldere formulering van mogelijke aanspraken op variabele beloning kan een bonus die veelvuldig dan wel jaarlijks aan de bestuurder is uitgekeerd, verheven zijn tot verworven recht en daarmee vast bestanddeel zijn gaan uitmaken van de arbeidsvoorwaarden van de betreffende bestuurder. Deze kwestie komt met name naar voren bij de berekening van de hoogte van de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zie voor overige (fiscale en civiele) complicaties bij bonus en optietoekenningen (met name bij beëindiging) de bijdragen van de andere auteurs.

Vooraf overeengekomen afvloeiingsregeling

Een bijzonder punt van aandacht verdient de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst die veelvuldig door de bestuurders bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst wordt bedongen. Zo'n afvloeiingsregeling, bij voorbaat ook wel 'golden parachute' genoemd, behelst in de regel een vooraf tussen partijen overeengekomen financiële vergoeding in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hier is niet bedoeld 'een regeling waarbij bestuurders van de over te nemen vennootschap aanspraak kunnen maken op een exorbitante uitkering wanneer zij door de overnemer gedwongen worden ontslag te nemen', waarop P. van Schilfgaarde in *Van de BV en NV* doelt.

Het bedingen van een dergelijke clause in de arbeidsovereenkomst door de betreffende bestuurder hangt vaak samen met de mindere ontslagbescherming van de bestuurder in vergelijking met de reguliere werknemer. Immers, een statutair bestuurder kan overeenkomstig artikel 2:134/244 BW te allen tijde worden ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Voorafgaande toestemming van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) is bij het ontslag van een bestuurder niet vereist.

Het vooraf overeengekomen van een afvloeiingsregeling betekent dat partijen vaststellen dat een ontslag kennelijk onredelijk zal zijn, tenzij alsdan voor de werknemer een bepaalde afvloeiingsregeling geldt. Die afvloeiingsregeling is dan de voorziening in de zin van artikel 7:681 lid 2 BW. Reeds in 1980 (Nebig/Nolen, *NJ* 1980, 502) besliste de Hoge Raad dat aan een dergelijke overeenkomst geen rechtsregel in de weg staat.

Daarmee is niet gezegd dat een vooraf overeengekomen afvloeiingsregeling als een vaststellingsovereenkomst moet worden beschouwd waarboven de werknemer geen verdere aanspraken kan geldend maken. Immers, iedere bepaling die de bestuurder het recht ontnemt om zijn zaak aan de rechter voor te leggen is nietig. Het staat de bestuurder daarom vrij om te allen tijde een kennelijk onredelijke ontslagprocedure aanhangig te maken (artikel 7:681 BW). De rechter moet indien hij van mening is dat de arbeidsovereenkomst, al dan niet met inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen, kennelijk onredelijk is opgezegd, een schadevergoeding toekennen (artikel 7:681 BW). De rechter is vrij in zijn beoordeling van een toe te kennen vergoeding, maar moet wel rekening houden met hetgeen in de arbeidsovereenkomst reeds is verdisconteerd (HR 7 april 1995, *NJ* 1995, 681, *JAR* 1995, 98, Staten-

Het contract van de bestuurder en de commissaris

bank/Fiet). Een *golden parachute* heeft derhalve te gelden als een minimumregeling. Dit kan onder omstandigheden tot zeer onbillijke uitkomsten leiden. Wil men op voorhand dus een afvloeiingsregeling overeenkomen, dan is het zaak dat de omstandigheden waaronder aanspraak bestaat op een vergoeding of onder welke omstandigheden niet, duidelijk en uitputtend in de overeenkomst worden vastgelegd. Daarnaast dient ook de berekening van de vergoeding objectief bepaalbaar te zijn. Desondanks dient de vennootschap zich te realiseren dat een *golden parachute* het minimum is waarop de werknemer bij beëindiging aanspraak heeft.

Concurrentiebeding

Partijen kunnen met elkaar een concurrentiebeding overeenkomen. Het concurrentiebeding kan overigens mede onderdeel van de *golden parachute* zijn, bijvoorbeeld in die zin dat een bestuurder die bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet aan het concurrentiebeding gehouden wordt een lagere vergoeding ontvangt dan ingeval het concurrentiebeding onverkort van toepassing blijft.

Op een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst is artikel 7:653 BW van toepassing. Van belang is dat artikel 7:653 BW alleen betrekking heeft op de arbeidsovereenkomst. Een concurrentiebeding dat onderdeel uitmaakt van een managementovereenkomst tussen een vennootschap die directeur is van een andere vennootschap, wordt niet beheerst door artikel 7:653 BW.

Een wijziging in de arbeidsrechtelijke status van de statutair bestuurder kan consequenties hebben voor een eerder overeengekomen concurrentiebeding. In de zaak Van Uffelen/Brabant (HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat wanneer een wijziging in de arbeidsverhouding tussen partijen van zo ingrijpende aard is dat het concurrentiebeding aanzienlijk zwaarder gaat drukken, het concurrentiebeding opnieuw schriftelijk moet worden overeengekomen. Het Levison-arrest (HR 13 november 1992, NJ 1993, 265) heeft tot gevolg dat een statutair bestuurder tijdens ziekte krachtens artikel 2:134/244 BW kan worden ontslagen in zijn hoedanigheid van bestuurder, maar niet als werknemer. Betoogd is wel dat het verlies van de status van bestuurder een ingrijpende wijziging van de functie betekent, waardoor het concurrentiebeding vervalt.

Commissaris

De commissaris dient te worden benoemd (behoudens structuurvennootschappen) door de algemene vergadering van aandeelhouders. Na deze

benoeming volstaan partijen veelal met de bevestiging over en weer van de bezoldiging van de commissaris, alsmede de duur, voorzover de statuten daarin niet voorzien. Opgemerkt dient te worden dat de maximale leeftijd voor het vervullen van een commissariaat 72 jaar is (artikel 2:142 lid 4 BW). Bij statuten kan de leeftijdsgrens lager worden gesteld. Overigens is recent een wetsvoorstel aangekondigd waarin de maximale leeftijdsgrens zal worden geschrapt (wetsvoorstel 18 april 2001, nr. 27 670).

Anders dan bij de bestuurder, kan een rechtspersoon geen commissaris zijn (artikel 2:140 lid 1 BW).

Overeenkomst van opdracht

'De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken'. (Artikel 7:400 BW)

Formeel is het enige verschil tussen een opdrachtovereenkomst en een arbeidsovereenkomst gelegen in de instructiebevoegdheid van de opdrachtgever/werkgever. Met andere woorden, het gaat om de vraag naar de eventuele ondergeschiktheid. Aangezien de opdrachtgever, krachtens de wet, bevoegd is om bepaalde instructies/aanwijzingen te geven aan de opdrachtnemer omtrent de wijze waarop de opdracht moet worden uitgevoerd, is er sprake van een dunne scheidslijn tussen de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst. Duidelijk is dat, indien de opdrachtnemer in feite in grote mate afhankelijk is van een opdrachtgever en die opdrachtgever een grote mate van instructiebevoegdheid heeft, er sneller sprake zal zijn van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen hen beiden.

A contrario, indien de opdrachtnemer meerdere opdrachtgevers heeft, die elk slechts in een beperkte mate instructies kunnen geven en dan nog slechts omtrent de pure uitvoering van de opdracht (bijvoorbeeld dat er bij een onderzoek bepaalde aspecten worden belicht en dat de rapportage in een bepaalde presentatievorm zal worden gegoten), dan zal veel minder snel sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

Afgezien van de hiervoor genoemde instructiebevoegdheid is de bedoeling van partijen essentieel voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een opdrachtovereenkomst. Behalve naar de expliciet verwoorde bedoeling zal de rechter kijken naar de feiten en omstandigheden om de bedoeling

Het contract van de bestuurder en de commissaris

van partijen te achterhalen. Omstandigheden als een arbeidsovereenkomst voorafgaand aan een opdracht, voltijds of deeltijds uitvoeren van de werkzaamheden en elementen in de overeenkomst die specifiek duiden op een arbeids- of opdrachtrelatie, kunnen daarbij de doorslag geven.

De fiscus/uitvoeringsinstelling hanteert een geheel eigen toetsing voor de vraag of sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. De fiscus/uitvoeringsinstelling kan concluderen dat er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking terwijl de verhouding civielrechtelijk toch niet als arbeidsovereenkomst wordt beschouwd. Primair wordt echter aansluiting gezocht bij de civielrechtelijke toetsing (zie hiervoor). Als de fiscus/uitvoeringsinstelling de aanwezigheid van een fictieve dienstbetrekking aanneemt kunnen zij alsnog met terugwerkende kracht loonbelasting en premies sociale zekerheid naheffen bij de vermeende werkgever (opdrachtgever). De werkgever zal vervolgens die premies sociale zekerheid en de loonbelasting willen verhalen op de werknemer. Hoofregel is dat de premies sociale zekerheid niet verhaald kunnen worden op de werknemer. Verhaal van loonbelasting is niet per definitie uitgesloten. In dat verband verdient het aanbeveling overeen te komen dat de opdrachtnemer de opdrachtgever vrijwaart voor aanspraken van de fiscus. Voorts is het sinds 1 januari 2001 mogelijk bij de belastingdienst een zelfstandige verklaring aan te vragen. Met zo'n verklaring staat vast dat op het honorarium van de opdrachtnemer geen loonbelasting behoeft te worden ingehouden. In april 2001 is een wetsvoorstel ingediend voor een vergelijkbare verklaring ten aanzien van de verzekeringsplicht.

De hiervoor beschreven risico's zijn er bij een opdrachtsovereenkomst met de commissaris niet. Een commissaris kan immers geen arbeidsovereenkomst met de vennootschap hebben. Deze risico's kunnen evenwel wel bestaan in het geval van een opdrachtsovereenkomst met de bestuurder.

De opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst van opdracht opzeggen. De statuten en de bepalingen uit Boek 2 BW bepalen dat het orgaan dat bevoegd is tot benoeming van de bestuurder of commissaris (veelal de *ava*) tevens bevoegd is tot schorsing en ontslag van de bestuurder of commissaris.

Beëindiging van de opdracht door ontslag van de bestuurder of commissaris kan slechts onder bijzondere omstandigheden leiden tot een schadevergoedingsverplichting aan de zijde van de vennootschap. Of een opzegging tot schadevergoeding leidt, hangt af van hetgeen partijen zijn overeengekomen alsmede

van de algemene verbintenisrechtelijke regels uit Boek 6 BW. Een toerekenbare tekortkoming kan gelegen zijn in het niet in acht nemen van een opzegtermijn. Daarnaast kan de opdrachtnemer gerechtigd zijn tot een redelijk vast te stellen deel van de beloning ingeval de overeenkomst eindigt voordat de opdracht is voltooid of de tijd waarvoor zij is verleend is verstreken (artikel 7:411 BW).

De overeenkomst van opdracht komt onder allerlei namen voor: managementovereenkomst, freelance overeenkomst, *consultancy agreement* enzovoorts. Belangrijk is om te realiseren dat het hier steeds gaat om een overeenkomst van opdracht (artikelen 7:400 e.v. BW).

Aansprakelijkheid

Tot slot een aantal opmerkingen over aansprakelijkheid in relatie tot de aard van de overeenkomst van de bestuurder met de vennootschap.

Ingevolge artikel 2:9 BW is de bestuurder verplicht tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Een bestuurder vervult zijn taak behoorlijk als hij doet wat naar redelijkheid van hem verlangd kan worden. Van aansprakelijkheid is sprake bij een onmiskenbare tekortkoming, een tekortkoming waaraan geen redelijk oordelend en verstandig ondernemer twijfelt. Daarnaast heeft de bestuurder/werknemer de verplichting tot het behoorlijk verrichten van de bedongen arbeid (artikel 7:611 BW) en de bestuurder/opdrachtnemer tot het behoorlijk uitvoeren van de opgedragen opdracht (artikel 7:401 BW).

Een werknemer is wegens onbehoorlijke taakvervulling alleen aansprakelijk in geval van opzet of grove schuld. Dit is op het eerste gezicht een andere norm dan onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW. Er is sprake van onbehoorlijke taakvervulling indien de bestuurder van zijn handelen een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. In de praktijk zullen deze normen elkaar niet veel ontlopen. Het is echter wel zo dat bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van onbehoorlijk bestuur rekening gehouden zal worden met de specifieke taken die de wet aan de bestuurder toedeelt. De vraag of de aansprakelijkheid van een bestuurder moet worden beoordeeld aan de hand van de vennootschapsrechtelijke of de contractuele relatie tussen partijen, is in de literatuur onderwerp van discussie. De uit de vennootschapsrechtelijke relatie voortvloeiende aansprakelijkheid zou aan de hand van Boek 2 BW moeten worden beoordeeld en onder omstandigheden kan er aanleiding zijn voor analoge toepassing van de arbeidsrechtelijke aansprakelijkheid.

Het contract van de bestuurder en de commissaris

Ook voor de commissaris kan een dergelijk spanningsveld bestaan, zij het dat daar de vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheid (waarbij op grond van artikel 2:149 respectievelijk 2:259 BW het artikel 2:9 BW overeenkomstige toepassing vindt ten aanzien van de taakvervulling door de Raad van Commissarissen) in de regel tegenover de aansprakelijkheid van commissaris als opdrachtgever staat.

Slot

Het is van belang om vooral de relatie tussen de vennootschap en de bestuurder met de nodige zorgvuldigheid vorm te geven. Zo dient duidelijk in de overeenkomst tot uitdrukking te komen om wat voor soort overeenkomst het gaat (een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht). Als de vennootschap en de bestuurder een arbeidsovereenkomst wensen aan te gaan, dient de arbeidsovereenkomst duidelijk te vermelden dat de betreffende bestuurder op een nader aan te geven datum bij aandeelhoudersbesluit is benoemd tot statutair directeur, welke benoeming de betreffende bestuurder als zoda-

nig heeft aanvaard. Bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder is het voorts van groot belang dat de arbeidsovereenkomst geen twijfel laat bestaan over dat de toekenning van een bonus geen arbeidsvoorwaarde is, maar dat dit ter discretie van de Raad van Commissarissen dan wel de algemene vergadering van aandeelhouders staat. Ook dient een eventueel vooraf overeen te komen afvloeiingsregeling zeer duidelijk en volledig in de arbeidsovereenkomst te worden beschreven. Zo dient duidelijk te zijn onder welke omstandigheden de bestuurder wel en onder welke omstandigheden hij geen aanspraak kan maken op een vergoeding; ook dient de berekening van de vergoeding objectief bepaalbaar te zijn. Het moet overigens gezegd worden dat het opnemen van een *golden parachute* bepaling in de arbeidsovereenkomst voor de bestuurder veel voordelen heeft, terwijl het voor de vennootschap eigenlijk voornamelijk nadelen heeft.

Mw. mr. P.H.E. Voûte is advocaat bij Loyens & Loeff, Rotterdam.

¹ Zie over de positie en mogelijke taken van een gedelegeerd commissaris onder andere J.M.M. Maeijer, *Asser-Maeijer 2-III*, Deventer, 2000, nr. 345, p. 481-482 en P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer, 1998, nr. 70, p. 212-213.