



Woerden, 24 maart 2010

Vereniging voor Arbeidsrecht

Betreft: Amendement Weekers en Van Vroonhoven-Kok
(Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 763, nr. 10)

secretaris mw. mr. P. de Casparis
e-mail info@verenigingvoorarbeidsrecht.nl

administratie mw. E.M. Clarijs
de Eem 15, 3448 DS Woerden
telefax 030 2809591
e-mail p.clarijs@wxs.nl
www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl

Geachte dames, heren,

De Vereniging voor Arbeidsrecht, Werkgroep Statutair Bestuurder, hierna te noemen: de "Werkgroep", heeft kennis genomen van het op 27 november 2009 door de leden Weekers en Van Vroonhoven-Kok ingediende amendement, welke inhoudt dat aan artikel 2:132 BW een lid 3 wordt toegevoegd dat bepaalt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursvennootschap niet als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt.

De toelichting op het amendement stelt dat aan de dubbele rechtsbetrekking tussen bestuurders van beursvennootschappen en de vennootschap nadelen kleven, die in het bijzonder bij een voortijdig vertrek van de bestuurder aan het licht treden. Weekers en Van Vroonhoven-Kok stellen dat de in de Nederlands Corporate Governance Code, hierna te noemen: de "Code", opgenomen norm (best practice bepaling II.2.8) een bestuurder van een beursvennootschap bij zijn vertrek geen hogere vergoeding meekrijgt dan maximaal een vast jaarsalaris, door het bestaan van een arbeidsovereenkomst kan worden doorkruist. Met artikel 2:132 lid 3 BW wensen Weekers en Van Vroonhoven-Kok te voorkomen dat een bestuurder van een beursvennootschap bij zijn vertrek een hogere vergoeding dan maximaal één vast jaarsalaris ontvangt.

De Werkgroep kan zich om de hierna genoemde redenen niet verenigen met artikel 2:132 lid 3 BW, om welke redenen de Werkgroep van mening is dat het wetsvoorstel 31 763 in de huidige vorm door de Eerste Kamer moet worden verworpen:

1. In de consultatieronde heeft de Minister de vraag opgeworpen of het wenselijk is te bepalen dat de relatie van de statutair bestuurder van de vennootschap niet langer wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Aangezien nagenoeg alle respondenten dat voorstel zo ingrijpend vonden dat zij de gevolgen daarvan onvoldoende konden overzien, en sommige respondenten zelfs ronduit tegen het voorstel waren, heeft de Minister destijds besloten dat voorstel afzonderlijk nader te bespreken. Het amendement loopt op die nadere gedachtevorming ten onrechte vooruit.
2. Het concept van de code-Tabaksblat suggereerde om bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen buiten de werking van boek 7, titel 10 BW te houden. In dat verband werd in de Verantwoording van de code-Tabaksblat



Vereniging voor Arbeidsrecht

voorstel waren, heeft de Minister destijds besloten dat voorstel afzonderlijk nader te bespreken. Het amendement loopt op die nadere gedachtevorming ten onrechte vooruit.

2. Het concept van de code-Tabaksblad suggereerde om bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen buiten de werking van boek 7, titel 10 BW te houden. In dat verband werd in de Verantwoording van de code-Tabaksblad opgemerkt dat het niet het beoogde doel was de bestuurder zijn positie als werknemer te ontnemen. De indieners van het amendement schenken ten onrechte geen aandacht aan het feit dat de 'werknemerspositie' van de bestuurder meer behelst dan de veronderstelde mogelijkheid op grond van een arbeidsovereenkomst een hogere vergoeding te ontvangen dan volgens de Code is toegestaan. De rechtspositie van de bestuurder vloeit voor een belangrijk deel voort uit de arbeidsovereenkomst. De keuze om de arbeidsovereenkomst in de rechtsverhouding(-en) tussen de bestuurder en de vennootschap te excommuniceren, verdient een betere motivering dan een enkele verwijzing naar de situatie in België, Duitsland en Frankrijk, waarbij een uiteenzetting van de juridische positie van bestuurders in die landen ontbreekt.
3. De Tweede Kamer in navolging van de indieners van het amendement geven er onvoldoende blijk van de consequenties van hun amendement goed te hebben doordacht. Het is niet duidelijk of zij de 'dubbele rechtsrelatie' tussen de bestuurder en de (beursgenoteerde) vennootschap willen verlaten. Als dat het geval is, miskennen zij de mogelijkheid dat naast de vennootschapsrechtelijke relatie de overeenkomst van opdracht blijft bestaan. In dat verband heeft mr. F.B.J. Grapperhaus er eerder op gewezen dat het nodig is, althans aanbeveling verdient om, hetzij in boek 2 BW, hetzij in boek 7 BW, een aantal specifieke bepalingen op te nemen ten aanzien van de opdrachtovereenkomst voor een bestuurder van beursgenoteerde ondernemingen. Laat men dat achterwege dan zouden bestuurders via de regels van de opdrachtovereenkomst een extra bescherming voor zichzelf kunnen verkrijgen, welke de indieners van het amendement trachten te verhinderen. Tevens is niet duidelijk of in de situatie dat de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap geen arbeidsovereenkomst meer heeft, sprake is van een overeenkomst van opdracht, of een overeenkomst *sui generis*.
4. De regeling biedt geen geschikt middel om het nagestreefde doel te bereiken. Bij de eenzijdige beëindiging van een overeenkomst van opdracht kan de rechter een vergoeding toekennen, welke vergoeding hoger kan uitvallen dan een bedrag ter grootte van een (vast) jaarsalaris. Voorts kunnen partijen, ongeacht de aard van de samenwerkingsovereenkomst (arbeidsovereenkomst, opdracht-overeenkomst, *sui generis*), op voorhand een vertrekvergoeding overeenkomen die de norm uit de Code te boven gaat. De huidige regeling, ook ter zake van de zogenaamde 'golden parachute'-clausules, is 'comply or explain'. Derhalve is afwijken mogelijk, mits toegelicht. Dat uitgangspunt blijft bestaan. Voorts is een mogelijkheid dat de



Vereniging voor Arbeidsrecht

bestuurder, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, zijn vordering baseert op art. 6:162 BW, al dan niet in combinatie met art. 6:74 BW. De noodzaak daartoe ontbrak tot dusverre, maar bij gebreke van een arbeidsovereenkomst zullen juristen de reikwijdte van art. 2:8 BW trachten op te rekken en komt mogelijk een nieuwe rechtsgrond voor een vordering van een (aanvullende) ontslagvergoeding in het vizier.

5. De voorgestelde regeling is eenvoudig te ontduiken. Zo kan de bestuurder tegen een geringe beloning bij een beursvennootschap worden benoemd en daarnaast voor de daadwerkelijke beloning als bestuurder met een arbeidsovereenkomst bij een werkmaatschappij van de beursvennootschap wordt aangesteld. Tevens kan worden gekozen voor een separate arbeidsovereenkomst voor een andere functie in de onderneming, naast het bestuurderschap met de bijbehorende opdrachtovereenkomst en beloning. Andere mogelijkheden zijn dat de bestuurder gedurende de periode van zijn benoeming een slapende arbeidsovereenkomst heeft, die herleeft na defungeren als bestuurder; dat reeds bij de benoeming/aanvaarding als bestuurder wordt afgerekend met zijn arbeidsverleden; en dat vlak vóór de ontslagregeling andere financiële afspraken met de bestuurder worden gemaakt die niet zijn te herleiden tot de ontslagvergoeding. Dit zijn slechts enkele voorbeelden. De Werkgroep verwacht dat bij invoering van het wetsvoorstel de praktijk meer mogelijkheden tot ontduiking van de regeling zal laten zien.
6. De indieners van het amendement stellen dat een bestuurder met een beroep op zijn arbeidsovereenkomst bij de vennootschap en uiteindelijk bij de rechter een hogere vergoeding kan bepleiten. Zonder enige onderbouwing stellen de indieners dat falende bestuurders onder het huidige recht kunnen worden beloond en verwijzen daarbij naar – niet nader genoemde – recente praktijkvoorbeelden. De Werkgroep verzet zich tegen deze aanname. Exorbitant hoge ontslagvergoedingen van bestuurders komen in de praktijk niet vaak voor. Slechts een paar gevallen rechtvaardigen niet de invoering van lid 3 bij artikel 2:132 BW. Dit geldt des te meer nu hoge vergoedingen kunnen worden voorkomen door met de bestuurder duidelijke afspraken te maken over zijn functioneren en met gebruik van een behoorlijk dossieropbouw. In de arbeidsovereenkomst, dan wel overeenkomst van opdracht of overeenkomst *sui generis* dient een bepaling te zijn opgenomen waarmee de vertrekregeling kan worden gewijzigd of worden ingetrokken bij slecht functioneren van de bestuurder. In een kennelijk onredelijke ontslagprocedure zal de rechter minder snel geneigd zijn een hoge vergoeding aan de bestuurder toe te kennen wanneer hij de beschikking heeft over een goed gefundeerd dossier met betrekking tot het disfunctioneren van de bestuurder. Een hoge ontslagvergoeding bij falende bestuurders hoeft derhalve niet aan de orde te zijn.
7. Door de bestuurder uit het arbeidsrecht te halen, vervallen beschermende voorzieningen uit het arbeidsrecht. Zo vallen bestuurders buiten de sociale zekerheidswetten (WW, WIA). Bestuurders zullen hiervoor dure aanvullende



Vereniging voor Arbeidsrecht

verzekeringen moeten afsluiten. Ook zullen bestuurders een eigen aansprakelijkheidsverzekering moeten afsluiten, nu zij niet meer als werknemer onder de aansprakelijkheidspolis van het bedrijf vallen. Hiermee zijn extra kosten gemoeid, welke kosten de bestuurder in een verhoging van het salaris gecompenseerd wenst te zien. Tevens zal het pensioen van de bestuurder apart moeten worden geregeld. Ook zal de bestuurder geen beroep meer kunnen doen op de wettelijke opzegverboden. Voorts kan de bestuurder aan een zwaarder non-concurrentiebeding worden gebonden dan in het geval hij als werknemer onder artikel 7:653 BW valt.

8. Niet valt in te zien waarom bestuurders van een beursvennootschap geen beroep meer kunnen doen op een arbeidsovereenkomst en de daaronder vallende toplaag binnen de onderneming wel. Dit brengt rechtsongelijkheid binnen de onderneming met zich mee. De Hoge Raad heeft reeds in het arrest van 13 november 1992, *NJ* 1993, 265 (Levison/MAB) bepaald dat niet valt in te zien dat de positie van een in dienstbetrekking werkzame bestuurder zo wezenlijk verschilt van die van andere werknemers, waaronder niet tot bestuurder benoemde, maar wel met leidinggevende taken belaste werknemers, dat de bestuurder niet in aanmerking zou behoren te komen voor de bescherming krachtens het opzegverbod bij ziekte.
9. Voorts brengt artikel 2:132 lid 3 BW rechtsongelijkheid tussen bestuurders van beursvennootschappen en andere bestuurders met zich mee. Er zijn geen overtuigende argumenten waarom bestuurders van beursvennootschappen die (integrale) bescherming van het wettelijk regime van de arbeidsovereenkomst (Boek 7, titel 10 BW) zouden moeten ontberen, terwijl andere bestuurders die bescherming wel houden. Het amendement beoogt de ontslagvergoedingen van bestuurders te beperken. Het ontgaat de Werkgroep waarom daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen bestuurders van beursvennootschappen en andere bestuurders.
10. Een behoorlijk niveau van rechtsbescherming van de bestuurder is tevens noodzakelijk voor de nodige weerbaarheid van de bestuurder jegens de aandeelhouders. Gewenst is een onafhankelijke opstelling van de bestuurders tegenover de aandeelhouders. Indien het niveau van de rechtsbescherming niet behoorlijk is, zal de bestuurder zich minder onafhankelijk tegenover de aandeelhouders kunnen opstellen. Een dergelijke afhankelijke opstelling jegens de aandeelhouders is niet in het belang van de vennootschap en is derhalve niet gewenst.
11. De indieners van het amendement gaan ten onrechte niet in op de verhouding tot het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 7, titel 10 BW, in verband met het limiteren van de hoogte van de vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor werknemers met een jaarsalaris van € 75.000, of hoger (Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 862, nr. 2). Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen,



Vereniging voor Arbeidsrecht

wordt daarmee het doel dat met invoering van artikel 2:132 lid 3 BW wordt beoogd, gerealiseerd zonder voor het overige de rechtspositie van bestuurders aan te tasten.

12. Ten slotte wijst de Werkgroep op de wet 'Belastingheffing excessieve beloningsbestanddelen', op grond waarvan ontslagvergoedingen hoger dan één jaarsalaris worden belast met een eindheffing van 30% ten laste van de werkgever voor zover het jaarsalaris meer dan € 500.000 bedraagt. De heffing komt naast de reguliere heffing bij de werknemer, waardoor de totale loonbelasting over het bovenmatige deel van de ontslagvergoeding 82% is.

De Werkgroep vertrouwt erop met bovenstaande punten genoegzaam te hebben uiteengezet dat het door Weekers en Van Vroonhoven-Kok ingediende amendement niet goed doordacht is, geen geschikt middel biedt om het beoogde doel te bereiken en verstrekkende gevolgen voor de betreffende bestuurders heeft. Redenen waarom de Werkgroep van mening is dat het wetsvoorstel 31 763 in de huidige vorm niet kan worden aangenomen. De Werkgroep is bereid, desgewenst, nadere toelichting op haar standpunt te geven.

De Werkgroep pleit voor herziening van het huidige wetsvoorstel voor zover het artikel 2:132 lid 3 BW betreft.

Met vriendelijke groet,


Namens de Werkgroep
mr. M.J.E. Spoormaker