

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Inleiding

In het afgelopen decennium is er vanuit verschillende invalshoeken veel aandacht geweest voor de positie van bestuurders.

Bestuurders van onder meer beursvennootschappen, financiële instellingen, en (semi-) publieke instellingen zoals ziekenhuizen en woningcorporaties hebben veelvuldig in de publieke belangstelling gestaan. Die (vaak negatieve) aandacht is voornamelijk gericht geweest op beloningen, ontslagvergoedingen en ‘verantwoordelijkheid nemen’. De maatschappelijke kritiek op (te) veel verdienende bestuurders heeft zich vertaald in een scala aan codes en regelgeving die de contractsvrijheid van partijen op het punt van beloningen aan banden probeert te leggen. Daarnaast is er in de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor corporate governance en voor het rechtspersonenrecht. Aandacht die onder meer is ingegeven door de wens Nederland als vestigingsland aantrekkelijk te houden voor buitenlandse ondernemingen. Ten slotte is er in de afgelopen jaren met enige regelmaat door juristen en sociologen stilgestaan bij de vraag welke groepen wel en welke niet de bescherming van het arbeidsrecht verdienen. Dit alles komt – al dan niet bedoeld – samen in de wet van 6 juni 2011.¹ Die wet voegt aan artikel 2:132 BW een derde lid toe waarin is bepaald dat de bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap géén arbeidsovereenkomst heeft.

De drie hierboven beschreven tendensen hebben gemeen dat er weinig tot geen aandacht is voor de juridisch dogmatische aspecten van de positie van de bestuurder. Deze studie beoogt daarin te voorzien ten aanzien van de positie van bestuurders van besloten en naamloze vennootschappen. De nadruk ligt op complicaties daar waar de contractuele band tussen bestuurder en vennootschap wringt met de vennootschapsrechtelijke band.

¹ Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275, inwerkingtreding 1 januari 2013 (Besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 455).

1.1.1 *Probleemstelling*

Bestuurders van NV's en BV's hebben doorgaans een dubbele juridische band met de vennootschap. Enerzijds is sprake van een vennootschapsrechtelijke band: de statutair bestuurder wordt krachtens Boek 2 BW benoemd (en ontslagen) door een ander orgaan van de vennootschap. Door dit (aanvaarde) benoemingsbesluit verkrijgt de bestuurder zijn statutaire status en worden de betreffende bepalingen uit Boek 2 BW, zoals bepalingen over ontslag, aansprakelijkheid en bezoldiging op hem van toepassing. Hij wordt deel van de interne rechtsorde van de vennootschap. Anderzijds bestaat tussen bestuurder en vennootschap vaak ook een contractuele band. Is de bestuurder een natuurlijk persoon, dan zal in de regel sprake van een arbeidsovereenkomst. Deze relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon wordt beheerst door titel 10 van Boek 7 BW. De bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap vormt hierop als gezegd een uitzondering: vanaf 1 januari 2013 bepaalt artikel 2:132 lid 3 BW dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en een beursgenoteerde vennootschap niet wordt aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Hoewel de wet daarover niets bepaalt, ligt het voor de hand aan te nemen dat in dat geval een opdracht-overeenkomst bestaat. Ook dan blijft de dubbele band bestaan: een contractuele en vennootschapsrechtelijke band.

Tussen de contractuele en de vennootschapsrechtelijke band kan spanning bestaan. Een bekend voorbeeld is de vennootschapsrechtelijke regel dat de bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen, terwijl het arbeidsrecht allerlei beschermende bepalingen kent met betrekking tot ontslag. Een ander voorbeeld: wat is rechtens als in de (arbeids- of opdracht)overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap een ander loon is overeengekomen dan is opgenomen in het vennootschapsrechtelijke eenzijdige bezoldigingsbesluit? Doorgaans is de premisse dat deze spanning wordt veroorzaakt door het beschermingskarakter van het arbeidsrecht. Dat zou de vennootschapsrechtelijke bevoegdheidsverdeling doorkruisen, of minstgenomen daar niet bij passen. Deze tegenstelling is vooral bij ontslag pregnant, maar komt ook naar voren bij de benoeming en de beloning.

Het onderzoek richt zich op een nadere beschrijving van de verhouding tussen het vennootschapsrecht en (arbeids)overeenkomstenrecht. De kernonderwerpen van het onderzoek zijn de benoeming, de bezoldiging en het ontslag van de bestuurder. Het onderzoek beoogt aan de hand van deze nadere beschouwing een meer genuanceerd antwoord te geven op de vraag of de regels van Boek 2 en Boek 7 BW botsen, welke problemen dat oplevert en hoe die spanning kan worden opgelost. Waar nodig wordt het leerstuk van samenloop gebruikt om vraagstukken op te lossen.

1.1.2 *Plan van aanpak en verantwoording*

Het onderzoek begint na deze verkennende inleiding met overzicht van de relevante wetsgeschiedenis. Zowel in de arbeidsrechtelijke als in de vennootschapsrechtelijke wetsgeschiedenis is aandacht besteed aan de positie van de statutair bestuurder, bijvoorbeeld bij het tot stand komen van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 en

bij de totstandkoming van de (voorlopers van) de artikelen 2:134 en 244 BW. Bij sommige wetwijzigingen is juist helemaal geen aandacht besteed aan de bestuurder; gedacht kan worden aan de invoering van de bijzondere opzegverboden. Dit is in hoofdstuk 2 in kaart gebracht. De opvatting van de wetgever is onder meer relevant omdat de Hoge Raad in de standaardarresten² over de rechtspositie van de bestuurder gebruik maakt van de wetshistorische uitlegmethode.

Hoofdstuk 3 bevat een beschouwing over het leerstuk samenloop. Samenloop is het voor de hand liggende leerstuk om vragen over botsende regelstelsels op te lossen. Toch komt samenloop, buiten de situatie van bestuurdersaansprakelijkheid,³ niet snel aan de orde als het gaat om de rechtspositie van de bestuurder. In de verdere hoofdstukken wordt onderzocht of het samenloopleerstuk niet vaker soelaas kan bieden. Hoofdstuk 3 beoogt daartoe een algemeen kader te bieden.

De hoofdstukken 4, 5 en 6 behandelen achtereenvolgens de benoeming, de beloning en het ontslag in het licht van de probleemstelling: hoe verhouden het vennootschapsrecht en het (arbeids)overeenkomstenrecht zich tot elkaar, is sprake van samenloop of juist niet en kunnen de regels met betrekking tot samenloop wellicht een oplossing bieden bij botsingen? Hoofdstuk 7 is een samenvattend en concluderend hoofdstuk.

Ik heb er voor gekozen het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid niet te behandelen, hoewel daar als eerder gezegd zeker vraagstukken van samenloop spelen. Over bestuurdersaansprakelijkheid is in 2010 de zeer grondige dissertatie van Strik verschenen.⁴ Daaruit blijkt dat het onderwerp dermate omvangrijk is dat het een geheel eigen onderzoek rechtvaardigt.

Het onderzoek bevat evenmin een rechtsvergelijkend onderdeel. Dit is voornamelijk ingegeven door de wens tot beperking (zowel qua inhoud als qua tijdsbesteding). Hoewel een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van statutair bestuurders zeker toegevoegde waarde heeft,⁵ past het minder goed bij de gekozen onderzoeksvraag. Aan de positie van bestuurders van andere rechtspersonen is slechts incidenteel aandacht besteed.

Dit onderzoek is niet empirisch. 'De bestuurder' bestaat niet. De DGA is niet te vergelijken met een bestuurder van een grote beursgenoteerde instelling. Een bestuurder in concernverband is niet te vergelijken met de bestuurder van een middelgroot familiebedrijf met enkele familieleden als aandeelhouder. Toch geldt voor al die bestuurders, met uitzondering van de 'beursbestuurder', hetzelfde Boek 2 BW en – indien werknemer – hetzelfde arbeidsrecht. Het zou interessant zijn de omvang van

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

3 Zie bijvoorbeeld HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 m.nt. Ma, JAR 2007/90 (Nutsbedrijf Westland/S.).

4 Strik 2010.

5 Vgl. bijvoorbeeld Koster 2005 die een helder overzicht geeft van de positie van bestuurders in de ons omringende landen.

de verschillende groepen in kaart te brengen en de resultaten daarvan mee te nemen in de vraag of en hoe er iets moet veranderen in de positie van een bestuurder. Dit gaat het bestek van (dit) juridisch onderzoek echter te buiten.

Ten slotte is dit geen handboek voor de rechtspositie van de bestuurder. Het onderzoek beoogt niet elke praktische verwikkeling waarin vennootschap en bestuurder kunnen geraken te beschrijven.

In deze inleiding behandel ik enkele preliminaire onderwerpen en beschrijf ik de positie van de bestuurder binnen het vennootschapsrecht (als orgaan van de vennootschap, paragraaf 1.2) alsmede zijn positie in het arbeidsrecht (als werknemer, paragraaf 1.3). Om in het verdere betoog de verhouding tussen het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht te kunnen kwalificeren is immers eerst begrip nodig van beide afzonderlijke posities. Het is van belang zich te realiseren dat beide posities niet samen hoeven te gaan. Dat er (vele) werknemers zijn die geen bestuurder zijn spreekt voor zich. Omgekeerd geldt hetzelfde: niet iedere bestuurder is ook werknemer. Denk bijvoorbeeld aan de bestuurder-rechtspersoon of de bestuurder die in dienst is bij de moeder van de vennootschap waar hij bestuurder is. Onderdeel 1.4 van dit hoofdstuk beschrijft de bestaande theorieën over de verhouding tussen beide rechtsposities (arbeidsrechtelijk en vennootschapsrechtelijk). In de hoofdstukken 4 t/m 6 wordt nader onderzocht welke theorie het best past op de verhouding bestuurder – vennootschap.

1.2 De positie van de bestuurder binnen de vennootschap

De bestuurder is lid van het bestuur en het bestuur is één van de organen van de vennootschap (artikel 2:78a en 2:189a BW). Wat betekent dit voor zijn positie ten opzichte van de vennootschap? Eerst wordt kort het wezen van de vennootschap beschreven (1.2.1). Paragraaf 1.2.2 handelt over de verhouding tussen het rechtspersonenrecht en het vermogensrecht. In paragraaf 1.2.3 wordt ten slotte een analyse gegeven van de verhouding tussen de bestuurder en vennootschap.

1.2.1 De vennootschap als instituut

Een rechtspersoon, en dus ook een vennootschap, is enerzijds net als een natuurlijk persoon drager van rechten en plichten. Aan de rechtspersoon is rechtssubjectiviteit toegekend, zodat deze kan deelnemen aan het rechtsverkeer (artikel 2:4 BW). Aan Boek 2 BW ligt verder geen bepaalde rechtspersoonlijksheidstheorie ten grondslag.⁶ Anderzijds is een vennootschap een deelrechtsorde, dat wil zeggen dat de vennootschap een zelfstandig juridisch systeem is dat tevens deel uitmaakt van een meeromvattend systeem.⁷ De wijze waarop de vennootschap als deelrechtsorde is georganiseerd, is bepaald in de wet en de statuten. In de loop der tijd is de heersende leer geworden dat deze organisatie moet worden gezien als een instituut en niet als

⁶ Van Zeben 1962, p. 14, Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 33.

⁷ Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 18.

een overeenkomst. Dit is een voor het verdere onderzoek relevante constatering omdat dat gevolgen kan hebben voor hoe gekeken wordt naar de positie van de bestuurder binnen de vennootschap (zie hierover verder paragraaf 1.2.3 van dit hoofdstuk).

Van contract naar instituut

De meeste bepalingen uit Boek 2 BW vinden hun oorsprong in het handelsrecht en niet in het burgerlijk recht. Het vennootschapsrecht is pas in 1976 opgenomen in het Burgerlijk Wetboek maar vindt zijn oorsprong in het Wetboek van Koophandel. In 1976 luidt de heersende leer weliswaar dat geen principieel verschil bestaat tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht,⁸ toch is de herkomst van de bepalingen in Boek 2 BW nog relevant voor een goed begrip van de verhouding tussen Boek 2 en de vermogensrechtelijke boeken van het BW. Bij de incorporatie van het vennootschapsrecht in Boek 2 BW heeft de wetgever een duidelijke keuze gemaakt voor de institutionele benadering van de vennootschap ten nadele van de tot dan toe heersende contractuele benadering. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in het nieuwe recht principieel wordt geabstraheerd van het overeenkomstenrecht. In de toelichting van Meijers bij zijn ontwerp voor het nieuwe BW⁹ staat dat de overeenkomst (de contractuele verhouding) tussen de oprichters van de vennootschap slechts bestaat tot het moment dat de vennootschap is voltooid. In bijvoorbeeld een vennootschap onder firma is dat anders. Uitgangspunt bij het opnemen van het vennootschapsrecht in het BW in 1976 is dus dat de vereniging en de vennootschap niet meer zullen zijn gebaseerd op een overeenkomst in de zin van het algemene overeenkomstenrecht, maar op een andere rechtshandeling: het oprichtingsbesluit.¹⁰ De vennootschap wordt niet meer beschouwd als een gekwalificeerde maatschap, maar als een zelfstandig instituut.

Ook de gangbare handboeken wijzen op deze bedoeling van de wetgever. Zo wijst Maeijer in zijn bewerking van de Asser-serie erop dat de personenvennootschappen destijds niet in Boek 2 BW zijn opgenomen *omdat* die een contractuele basis hebben.¹¹ Enkele nummers verder schrijft hij: “[d]e statuten bepalen voor een groot deel het eigen niet-contractuele rechtsregime waaraan de oprichters en latere toetreders zijn gebonden.”¹² Van der Grinten (als ook de bewerker) schrijft in het Handboek dat de NV en BV anders dan de persoonlijke vennootschappen niet een overeenkomst zijn.¹³ Zijn

8 Zie Stein & De Groot 1999, p. 3 en de uitgebreide verwijzingen in de voetnoten aldaar. Zie ook de toelichting van E.M. Meijers bij zijn ontwerp voor het nieuw BW in Van Zeben 1961, p. 126.

9 Toelichting van E.M. Meijers bij zijn ontwerp voor het nieuw BW in Van Zeben 1961, p. 133.

10 Zie Christiaanse, Slagter & Plompen (Algemene Inleiding I), p. 50 en 50a.

11 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 29. In vergelijkbare zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 36.

12 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 36, in vergelijkbare zin de nieuwe bewerkers: Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 175.

13 Handboek 2013, nr. 48.

argument hiervoor is even simpel als doeltreffend: de NV of BV is immers bestaanbaar met één aandeelhouder.¹⁴ Ook Slagter is van oordeel dat aan de contractuele opvatting de nekslag is toegebracht door de mogelijkheid dat één aandeelhouder een NV of BV opricht.¹⁵ Sinds een NV of BV kan worden opgericht door één aandeelhouder, is het dus ook niet meer vanzelfsprekend dat de oprichting een contractuele handeling is. Van Schilfgaarde onderschrijft eveneens de institutionele theorie, maar gaat er daarbij wel van uit dat de organen van de vennootschap (de aandeelhouders en het bestuur) enerzijds deelnemer aan de vennootschap zijn en anderzijds derde, zie hierover verder paragraaf 1.2.3 van dit hoofdstuk.¹⁶ Raaijmakers bepleit in zijn oratie uit 1987 dat de contractuele vorm weer tot richtpunt van het rechtspersonenrecht zou moeten worden, maar aan die oproep is weinig gevolg gegeven.¹⁷ Wel is het zo dat met de inwerkingtreding met de Wet flex-BV¹⁸ meer ruimte bestaat voor contractuele rechten en plichten tussen aandeelhouders.¹⁹

Nu is vastgesteld dat in de heersende leer de NV en de BV op grond van de institutionele theorie gezien moeten worden als een organisatie (een deelrechtsorde), is de volgende vraag welke regels dan binnen die deelrechtsorde gelden. Het antwoord luidt: de wet en de statuten bepalen de organisatie binnen de vennootschap. Wordt nu met 'de wet' uitsluitend bedoeld op het vennootschapsrecht in Boek 2 BW of speelt ook het algemene vermogensrecht een rol?

1.2.2 Verhouding rechtspersonenrecht en vermogensrecht

Dat een rechtspersoon die deelneemt aan het rechtsverkeer is gebonden aan de regels van het vermogensrecht, is logisch en behoeft in het kader van dit onderzoek geen verdere bespreking.²⁰ Relevanter is de vraag of het vermogensrecht binnen de vennootschapsrechtelijke organisatie (de deelrechtsorde) nog een rol speelt. Wordt de verhouding tussen de organen onderling of de verhouding tussen de organen enerzijds en de vennootschap anderzijds uitsluitend door Boek 2 BW geregeerd of ook door het algemene vermogensrecht (en dan met name Boek 3 en Boek 6 BW)?

Bij de inwerkingtreding van de Boeken 3, 5 en 6 BW per 1 januari 1992 is tevens een aantal wijzigingen in de Boeken 1 en 2 BW doorgevoerd. Dit is voor verschillende

14 Sinds de inwerkingtreding van de Derde anti-misbruikwet (wet van 21 mei 1986, Stb. 275, in werking getreden op 1 januari 1987) is de oprichting van een vennootschap door één persoon mogelijk door de schrapping van het woord 'meerzijdig' in art. 2:64 en 175 BW.

15 Slagter 2005, p. 31.

16 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 1, p. 19 en nr. 45, p. 171.

17 Raaijmakers 1987, p. 12/13.

18 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 299.

19 Zie bijvoorbeeld art. 2:192 BW en M.J.C. Raaijmakers in zijn annotatie bij HR 4 april 2014 (*Cancun II*), AA 2014, nr. 459/6, p. 459-465.

20 Dat zich ook hier nog wel eens complicaties kunnen voordoen blijkt bijvoorbeeld uit de bespreking van het arrest van het Hof Amsterdam 1 november 2001, NJ 2004, 528 in: Van der Ploeg 2005.

schrijvers aanleiding geweest stil te staan bij de verhouding tussen het vermogensrecht en het – interne – rechtspersonenrecht. Slagter heeft betoogd dat rechtspersonenrecht ook vermogensrecht is, met uitzondering van enkele onderdelen.²¹ Maeijer spreekt van een eigen niet-contractueel rechtsregime waaraan de organen van de rechtspersoon, zij die deel uitmaken van de organen en ook de rechtspersoon zelf zijn gebonden.²² Van der Ploeg²³ is het hier niet geheel mee eens en komt tot de volgende benadering die mij juist(er) lijkt. Door de invoering van Boek 2 BW is de band tussen het interne rechtspersonenrecht en het vermogensrecht verbroken (vgl. onder 1.2.1). De rechten en verplichtingen van de betrokkenen worden in principe niet bepaald door overeenstemming tussen de rechtspersoon en betrokkenen, maar worden in het algemeen voor alle betrokkenen vastgesteld (wet en statuten) en kunnen door de organisatie zelf worden gewijzigd, zonder instemming van de betrokkenen. De regels die de interne verhoudingen beheersen, zijn niet de regels die gelden voor de vermogensrechtelijke overeenkomst. Van der Ploeg concludeert vervolgens dat deze verhoudingen worden beheerst door de statuten, reglementen en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW voor zover het gaat om niet-vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen. Bestaan wel vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen tussen de betrokkene enerzijds en de rechtspersoon anderzijds, dan is het vermogensrecht van toepassing tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt.²⁴ Van der Ploeg schrijft dat de 'toetreding' tot de vennootschapsrechtelijke organisatie niet als een verbintenisscheppende vermogensrechtelijke overeenkomst kan worden beschouwd. Dit geldt volgens hem voor leden die toetreden tot een vereniging, maar ook voor de rechtshandeling waardoor iemand (in de woorden van Van der Ploeg) 'orgaanbemannen' wordt. Dat daarnaast een contract kan worden gesloten (in het geval van een bestuurder meestal een arbeidsovereenkomst) doet daaraan niet af. Die contractuele verhouding wordt dan door het algemene vermogensrecht (waaronder in dit verband dan ook begrepen het arbeidsrecht) beheerst. De rechten en verplichtingen die een orgaanbemannen (zoals een bestuurder) heeft op grond van Boek 2 BW, worden door de regels van Boek 2 BW beheerst.

Van belang zijn voorts de schakelbepalingen in Boek 3 en 6 BW. Het betreft de volgende bepalingen: 3:15 (algemene bepalingen), 3:59 (rechtshandelingen), 3:78/79 (volmacht), 6:216 (meerzijdige rechtshandeling) en 7:424 (lastgeving) BW. De Kluiver heeft deze bepalingen in 1992 uitgebreid besproken.²⁵ Uit deze bespreking blijkt dat het vermogensrecht – door de schakelbepalingen – een rol speelt in het vennootschapsrecht. Als voorbeeld van meerzijdige rechtshandelingen noemt hij de toetreding als lid tot een vereniging en het verkrijgen van aandeelhouderschap

21 Slagter 1992, p. 6.

22 Maeijer 1984, p. 38.

23 Van der Ploeg 1992, p. 70 e.v.

24 Mij komt voor dat ook de Hoge Raad deze opvatting is toegedaan: HR 12 november 1992, NJ 1993, 265 (*Levison/MAB*), HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 (*Eggenhuizen/Unidek*) en NJ 2005, 483 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144 (*Bartelink/Ciris*).

25 De Kluiver 1992, p. 11-20.

(bij emissie) in een NV of BV. Daar gelden dan de regels over aanbod, aanvaarding en beroep op wilsgebreken.²⁶

Samengevat: het vermogensrecht speelt een rol in de interne vennootschapsrechtelijke verhoudingen voor zover er vermogensrechtelijke rechten en plichten bestaan (tenzij Boek 2 BW daarop een uitzondering maakt) en indien de schakelbepalingen uit het vermogensrecht leiden tot toepasselijkheid.²⁷

1.2.3 De verhouding tussen vennootschap en bestuurder

In de literatuur wordt wel aangenomen dat de rechtsbetrekking die ontstaat door de benoeming van een bestuurder (en de aanvaarding daarvan door de bestuurder) *altijd* een contractuele component heeft en dat die contractuele component ook ontstaat door de vennootschapsrechtelijke benoeming. Zo stellen Van Schilfgaarde en zijn bewerkers dat voor bestuurders (en commissarissen) net als voor de aandeelhouders geldt dat hun verhouding tot de vennootschap tweeledig is. Enerzijds heeft de bestuurder de uit de wet en statuten voortvloeiende zeggenschapsrechten waardoor hij deel uitmaakt van de vennootschap als deelrechtsorde. Anderzijds is de bestuurder een derde omdat hij de vennootschap kan aanspreken, bijvoorbeeld tot uitbetaling van salaris.²⁸ Deze tweeledigheid noemt Van Schilfgaarde de vennootschapsrechtelijke betrekking die bestaat uit twee poten. Naast de institutionele poot bestaat een contractuele poot. Vaak is die contractuele poot een arbeidsovereenkomst.²⁹ Maeijer schrijft in zijn bewerkingen van de Asser-serie dat de termen 'benoemen', 'verkiezen' en 'aanstellen' ons niet op een dwaalspoor mogen brengen. Deze termen dienen uitsluitend om de rechtshandeling vanuit het gezichtspunt van de rechtspersoon te beschouwen. Voor het ontstaan van de rechtsband is de aanvaarding van de aan te stellen bestuurder nodig. Iemand wordt bestuurder van een rechtspersoon door zijn benoeming als zodanig en aanvaarding door hem van die benoeming. De bestuurder wordt bestuurder van de rechtspersoon door een tweezijdige rechtshandeling tussen de rechtspersoon en hem. Er zijn onvoldoende termen om deze tweezijdige rechtshandeling niet als overeenkomst te kwalificeren.³⁰ Van der Grinten en bewerkers spreken van een bestuursovereenkomst die ontstaat door de benoeming³¹ en ook Raaijmakers in zijn bewerking van Pitlo's Rechtspersonenrecht

26 De Kluiver 1992, p. 31.

27 Dit is ook goed terug te zien in de 15 april arresten: HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, JAR 2005/177, JOR 2005/145 (Eggenhuizen/Unidek) en NJ 2005, 483 m.nt. GHvV, JAR 2005/153, JOR 2005/144 (Bartelink/Ciris). Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.1.

28 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 1, p. 19. Ik acht de term salaris wat ongelukkig gekozen door Van Schilfgaarde en de bewerkster. Op grond van Boek 2 kan de bestuurder bezoldigd zijn. In Boek 2 komt voorts de term beloning voor. Salaris is een term die, hoewel het geen wettelijke term is, hoort bij de arbeidsrechtelijke terminologie. Het recht op beloning kan dus ook op Boek 2 worden gebaseerd.

29 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 45 p. 171-172.

30 Asser/Van der Grinten/Maeijer (2-II) 1997, nr. 42, Asser/Maeijer & Kroeze (2-I*) 2015, nr. 195 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2-II*) 2009, nr. 425.

31 Handboek 2013, nr. 244.

gaat ervan uit dat de benoeming een tweezijdige rechtshandeling is die een overeenkomst in het leven roept.³² Löwensteyn gaat in zijn dissertatie³³ uit van een gemengde overeenkomst waarvan deel uitmaken een lastgeving en een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (Löwensteyn wijst het bestaan van een arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk af). Blanco Fernández³⁴ hangt een ander standpunt aan. In zijn dissertatie over de raad van commissarissen binnen een NV of BV schrijft hij over de verhouding tussen commissaris en vennootschap: “Benoeming is een abstracte rechtshandeling van rechtspersonenrechtelijke aard, welke handeling, na aanvaarding van het benoemingsaanbod door de kandidaat, de verhouding tussen commissaris en vennootschap doet ontstaan.” Hij neemt afstand van Glasz die stelt dat de benoeming stoelt op een voorafgaande overeenkomst.³⁵

Ik ben van oordeel dat geen van deze standpunten voldoende rekening houdt met de scheiding tussen het vermogensrecht en het rechtspersonenrecht zoals die is ontstaan door de invoering van Boek 2. Met de benoeming van de bestuurder ontstaat naar mijn oordeel slechts een rechtsbetrekking die vennootschapsrechtelijk van aard is. Huizink heeft datzelfde betoogd in zijn dissertatie uit 1989. Hij is van oordeel dat met de benoeming (en de aanvaarding daarvan) een rechtsbetrekking ontstaat die uitsluitend rechtspersonenrechtelijk van aard is. Hiermee bedoelt hij dat deze verhouding wordt beheerst door de bepalingen van Boek 2 BW, de statuten en eventueel de reglementen van de rechtspersoon en de besluiten van de rechtspersonenrechtelijke organen. Huizink heeft dit ook wel aangeduid als de functionele rechtsbetrekking.³⁶ Zie ik het goed dan heeft hij deze opvatting ook in recentere publicaties niet verlaten.³⁷ De rechtspersonenrechtelijke betrekking is volgens hem wel het resultaat van de meerzijdige rechtshandeling van benoeming en aanvaarding van die benoeming, maar wordt daarmee niet van contractuele aard. Blanco Fernandez gaat verder door te betogen dat voor de totstandkoming van de benoeming aanbod en aanvaarding niet vereist zijn.³⁸ Zijn stelling dat aanvaarding van het ambt vervolgens wel nodig is voor het ontstaan van de aan het ambt verbonden verplichtingen vind ik moeilijk te rijmen met zijn uitgangspunt en ook overigens niet logisch. Wat zou in dat geval de status van een benoeming zonder aanvaarding

32 Pitlo/Raaijmakers (2) 2000, nr. 4.176. In de meest recente druk van het handboek komt deze opvatting niet meer zo scherp terug: Pitlo/Raaijmakers (2) 2006, p. 215 en 394.

33 Löwensteyn 1959, p. 109-110.

34 Blanco Fernández 1993, p. 94. Hoewel het citaat ziet op de rechtsverhouding vennootschap-commissaris, blijkt uit het verdere betoog (p. 100-101), en zijn latere publicaties dat hij dit voor bestuurders gelijk ziet.

35 Glasz 1992, p. 7.

36 Huizink 1989, p. 8-13.

37 Huizink 2001, nr. 48; Huizink 2003, p. 19 en zijn aant. 10.1 op art. 2:132 BW in: *Losbladige Rechtspersonen*, Kluwer. In zijn aant. 2 op art. 2:9 BW is Huizink overigens minder eenduidig en schrijft hij dat de rechtsbetrekking van een rechtspersoon tot zijn bestuurder een samengesteld karakter draagt: enerzijds maakt de bestuurder deel uit van de organisatie van de rechtspersoon, anderzijds staan bestuurder en rechtspersoon tot elkaar in een rechtsbetrekking. Ook deze laatste rechtsbetrekking draagt een tweeledig karakter: enerzijds vindt deze verhouding haar grondslag in het rechtspersonenrecht, anderzijds bestaat er mogelijk eveneens een contractuele betrekking. Gelet op het gebruik van het woord ‘mogelijk’, ga ik ervan uit dat ook Huizink van oordeel is dat het bestuurderschap op zichzelf door het rechtspersonenrecht wordt geregeerd.

38 Blanco Fernández 2000, p. 474 e.v.

zijn? Er komt dan wel een bestuurderschap tot stand, maar zonder de daaraan verbonden verplichtingen. Dat roept vragen op met betrekking tot bijvoorbeeld de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ook zou in zo'n geval onduidelijk zijn of de bestuurder dan wel recht heeft op bezoldiging.

Met hem en Huizink ben ik van oordeel dat het wettelijke systeem ertoe leidt dat de vennootschapsrechtelijke band tussen de bestuurder en de rechtspersoon die door de benoeming tot stand komt, niet door het enkele feit van de benoeming een contractuele component heeft. Een eventueel daarnaast bestaande verhouding, bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst, is uiteraard wel van contractuele aard. In die relatie is sprake van twee partijen die door de overeenkomst aan elkaar verbonden worden, maar wel afzonderlijke rechtssubjecten blijven. Hun verhouding wordt beheerst door de partijbedoeling en door partijbelangen. In de vennootschapsrechtelijke relatie wordt de bestuurder, als de relatie eenmaal tot stand is gekomen, onderdeel van het organisatorische geheel van de rechtspersoon. In deze relatie staat het belang van de rechtspersoon voorop.³⁹ Voor mijn stelling dat tussen bestuurder en rechtspersoon in beginsel een rechtsrelatie zonder contractuele component bestaat, heb ik een aantal argumenten die ik hieronder zal uitwerken.⁴⁰ Het feit dat in de artikelen 2:131 en 241 BW is bepaald dat de rechtbank de bevoegde instantie is om kennis te nemen van alle rechtsvorderingen *betreffende de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap* vind ik in dit verband niet doorslaggevend. Deze bepaling is opgenomen voor die gevallen waarin de bestuurder een arbeidsovereenkomst heeft met de vennootschap en schrijft niet voor dat dat altijd het geval moet zijn. Is er een arbeidsovereenkomst, dan zou volgens de geldende bevoegdheidsregels de kantonrechter zich moeten buigen over een arbeidsrechtelijk geschil tussen de bestuurder en de vennootschap. Dit is door de wetgever niet wenselijk geacht en daarom is van die bevoegdheidsregel afgeweken in de genoemde artikelen.⁴¹ Dat wil niet zeggen dat altijd een arbeidsovereenkomst moet bestaan. De artikelen 2:131 en 241 BW moeten niet zo gelezen worden dat altijd een overeenkomst tussen bestuurder en vennootschap bestaat, maar als afwijkende bevoegdheidsbepaling voor het geval er een arbeidsovereenkomst is. Hetzelfde geldt voor de artikelen 2:134 lid 3 en 2:244 lid 3 BW. De benoeming en de aanvaarding daarvan vormen wel een tweezijdige rechtshandeling, waarop bepalingen uit Boek 6 BW krachtens 6:216 BW van toepassing zijn.

39 Blanco Fernández 2000, p. 474 e.v.

40 Vgl. Rb. Rotterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:7265 (*Johnsol*). In deze uitspraak oordeelt de rechter dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (er werd geen loon betaald), noch gebleken is van een andere overeenkomst. Wanprestatie jegens de bestuurder kon niet aan de orde zijn, wegens het ontbreken van een contractuele band.

41 Vgl. p. 28 van het verslag van de Commissie van Voorbereiding, *Kamerstukken II 1924/25*, 69, nr. 1. Van regeringszijde wordt opgemerkt dat het niet aan de wetgever is hoe de verhouding tussen vennootschap en bestuurder precies moet worden gedefinieerd (lastgeving, arbeidsovereenkomst of beiden) maar dat voorkomen moet worden dat problemen ontstaan met betrekking tot de rechterlijke competentie. Daarom is bepaald dat *de kantonrechter* de bevoegde rechter is. Later in de parlementaire behandeling is dit via een amendement Droogleever Fortuyn (*Kamerstukken II 1926/27*, 27, nr. 8, overgenomen in een gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken II 1926/27*, 27 nr. 14) gewijzigd in arrondissementsrechtbank. Deze wijziging is overigens niet toegelicht.