Boek OR en Bestuurder: pag. 49 tot en met 83
2007

DE BESTUURDER VANUIT JURIDISCH PERSPECTIEF

Mr. M.W.A.M. van Kempen[2]

Inleiding

De relatie tussen de ondernemingsraad en de bestuurder van de onderneming is er bij gebaat als beide partijen begrijpen wat de positie van de ander is en welke bevoegdheden, rechten en plichten er bij die positie horen. De positie van de bestuurder ten opzichte van de ondernemingsraad is ook niet altijd even helder. In concernsituaties waarbij de juridische zeggenschap over de onderneming en de feitelijke zeggenschap niet automatisch langs dezelfde lijnen lopen, kan het overleg soms stroef verlopen omdat de bestuurder zelf wordt verrast door gebeurtenissen die op een ander, hoger niveau in de organisatie plaatsvinden en waarop hij geen invloed kan uitoefenen.

In de huidige tijdgeest zijn begrippen als 'corporate governance' en 'transparantie' gemeengoed en worden zij veelal in verband gebracht met het functioneren van bestuurders van ondernemingen. In dit kader is er veel discussie in de media over de bezoldiging van bestuurders en de invloed die de verschillende partijen, zoals vakbonden en politiek, hierop kunnen en willen uitoefenen. De ondernemingsraad die behoort te handelen in het belang van de onderneming in al zijn facetten, wordt met deze discussie geconfronteerd. Dergelijke discussies kunnen van invloed zijn op het overleg tussen de ondernemingsraad en de bestuurder.

In de relatie ondernemingsraad-bestuurder zijn er vele facetten die van invloed zijn op het goed functioneren van de medezeggenschap. Vragen die gesteld kunnen worden zijn:
Kan een bestuurder altijd afspraken maken met een ondernemingsraad die de ondernemer binden, is de bestuurder wel altijd bevoegd? Heeft de bestuurder de vrijheid om in overleg met de ondernemingsraad besluiten te nemen in het belang van de onderneming? Wat is de rol van de ondernemingsraad bij de aanstelling en het ontslag van een bestuurder? Hoe komt de bezoldiging van een bestuurder tot stand? Kan de ondernemingsraad invloed uitoefenen op de bezoldiging van een bestuurder? Het betreft hier vragen die de juridische positie van de bestuurder raken. In het overleg tussen de ondernemingsraad en de bestuurder kunnen dergelijke vragen een rol spelen.

Dit hoofdstuk beoogt de positie van die bestuurder inzichtelijk te maken, zowel vanuit het perspectief van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), als het rechtspersonenrecht en het arbeidsrecht. Deze drie verschillende invalshoeken samen vormt de bestuurder tot de gesprekspartner die de ondernemingsraad tegenover zich vindt. In dit hoofdstuk komen achtereenvolgens aan de orde: het begrip bestuurder, de taken en de bevoegdheden van de bestuurder, de rechtspositie van de bestuurder waaronder de aanstelling, het ontslag en de bezoldiging.

Het begrip 'bestuurder'

Het begrip 'bestuurder' in de context van de WOR vraagt om een nauwkeurige uitleg. Dit om verwarring te voorkomen. Deze verwarring ontstaat omdat er verschillende soorten bestuurders zijn. Zo heeft men het over kerkbestuurders, politieke bestuurders, schoolbestuurders, trambestuurders, bestuurders van de plaatselijke volleybalvereniging, bestuurders van grote multinationals, zakkenvullende bestuurders, et cetera.

---

[2] Dit hoofdstuk kwam mede tot stand dankzij mr. S.A. van Santen en mr. G.W. van der Wilt, eveneens als mr. M.W.A.M. van Kempen, advocaat bij Holland Van Gijzen.

Het medezeggenschapsrecht neergelegd in de WOR[3] definieert de bestuurder als 'hij die alleen dan wel samen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. Of hiervan sprake is moet aan de hand van de feitelijke situatie worden vastgesteld.

Indien de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld een rechtspersoon is, is van belang dat het rechtspersonenrecht zijn eigen bestuurdersbegrippen heeft. Het rechtspersonenrecht kent een gelimiteerd aantal rechtspersonen, onder te verdelen in publiekrechtelijke[4] en privaatrechtelijke', te weten verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen (nv), besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (bv) en stichtingen.[5] Daarnaast hebben kerkgenootschappen rechtspersoonlijkheid.[6] Het rechtspersonenrecht geldt niet voor publiekrechtelijke rechtspersonen en kerkgenootschappen.

Het bestuur van een rechtspersoon, de ondernemer, is belast met het bestuur over de rechtspersoon en vertegenwoordigt deze rechtspersoon naar buiten toe. De specifieke taken en bevoegdheden van het bestuur zijn per rechtspersoon in de wet geregeld.[7] Het bestuur over een rechtspersoon, de ondernemer, is echter iets anders dan de hoogste zeggenschap bij de leiding van de arbeid in de onderneming. De leiding van de arbeid impliceert het aansturen van werknemers die in de onderneming werkzaam zijn.

Er is dan ook een verschil tussen het bestuurdersbegrip in het medezeggenschapsrecht en in het rechtspersonenrecht. In het medezeggenschapsrecht wordt het begrip 'bestuurder' gekoppeld aan de onderneming. In het rechtspersonenrecht aan de ondernemer. Een bestuurder als bedoeld in het medezeggenschapsrecht hoeft dan ook niet een bestuurder van een rechtspersoon te zijn. Dit geldt ook andersom. Een bestuurder van een rechtspersoon is daardoor niet automatisch een bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden.

Dit onderscheid is van belang nu bijvoorbeeld verenigingen en stichtingen die een onderneming in stand houden, de operationele verantwoordelijkheid vaak neerleggen bij een aan te stellen titulair directeur. Deze directeur oefent dan de hoogste zeggenschap bij de leiding van de arbeid uit, maar maakt geen deel uit van het bestuur van de stichting of de vereniging. Hij is wel bestuurder in de zin van de WOR/WMW, maar als zodanig niet zondermeer bevoegd de stichting of vereniging te vertegenwoordigen. Hiervoor is een aparte volmacht vereist.

Ook bij collegiaal bestuur kan het onderscheid zich voordoen. Binnen een privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen meerdere bestuurders zijn benoemd en kan er een taakverdeling zijn gemaakt. Hierbij kan de ene bestuurder gekwalificeerd worden als bestuurder in de zin van de WOR en een ander niet. Zo zal een financieel directeur of een directeur buitenland vrijwel nooit de hoogste zeggenschap uitoefenen bij de arbeid binnen de onderneming. Hij is daardoor niet automatisch bestuurder in de zin van de WOR. Dit onderscheid is van belang voor ondernemingen die werken met een Raad van Bestuur. De WOR biedt wel de mogelijkheid om samen met anderen de hoogste leiding bij de arbeid te hebben in een onderneming.

---

[3] Artikel 1 lid 1 sub e WOR.

[4] Zoals de Staat, de gemeenten, de provincies, waterschappen en andere publiekrechtelijke lichamen (art. 2:1 BW).

[5] Artikel 2:3 BW.

[6] Artikel 2:2 BW.

[7] Zie bijvoorbeeld artikel 2:44 BW voor de vereniging, artikel 2:129 en 130 BW voor de nv.

In de publieke sector geldt dat politieke bestuurders niet als bestuurder in de zin van de WOR kunnen fungeren[8] zoals de minister of een staatssecretaris bij een ministerie, de commissaris van de Koningin, leden van gedeputeerde en provinciale staten bij de provincie en de burgemeester, wethouders en leden van de gemeenteraad bij de gemeente. Gelet op de definitie van de bestuurder in de WOR zou het overigens ook hoogst onwaarschijnlijk zijn dat dergelijke politieke functies daar onder zouden vallen. Dit zal veelal de hoogste ambtenaar zijn.[9]

Het onderscheid tussen de bestuurdersbegrippen is van belang voor de vraag wie de ondernemer vertegenwoordigt in het overleg met de ondernemingsraad en welke bevoegdheden de bestuurder daarbij heeft om de ondernemer te binden aan afspraken met de ondernemingsraad. De ondernemingsraad heeft natuurlijk het meest baat bij overleg met een bestuurder die daadwerkelijk het beleid van de onderneming bepaalt en niet afhankelijk is van anderen in de organisatie. Het onderscheid is ook van belang voor de vraag of de ondernemingsraad een adviesrecht heeft ex artikel 30 WOR bij de aanstelling of het ontslag van een bestuurder.

Taken en bevoegdheden bestuurder

ALGEMEEN

De taken en bevoegdheden van de bestuurder hangen af van de hoedanigheid waarin de bestuurder opereert. Zo is het takenpakket van de bestuurder van een rechtspersoon gericht op de rechtspersoon zelf en dient hij het belang van die rechtspersoon. De bestuurder in de zin van de WOR baseert zijn taken en bevoegdheden op grond van de WOR. Indien de bestuurder werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, houdt dit in dat hij als werknemer in een gezagsverhouding staat tot zijn werkgever en zich moet richten naar de belangen van die werkgever, zijnde de rechtspersoon waarvoor hij werkzaam is.

Hieronder worden de taken en bevoegdheden vanuit het perspectief van het rechtspersonenrecht, het arbeidsrecht en de WOR behandeld.

BESTUURDER VAN DE RECHTSPERSOON

Taken bestuurder
Het bestuur van een rechtspersoon heeft de dagelijkse leiding over de activiteiten van de rechtspersoon en vertegenwoordigt die rechtspersoon richting derden. Naast de dagelijkse leiding heeft een bestuur als taak plannen te maken voor de toekomst en het beleid uitstippelen. Het bestuur vormt het centrale punt in de rechtspersoon en is betrokken bij de voorbereiding, totstandkoming en vaststelling van een besluit en vervolgens bij de uitvoering hiervan. Een belangrijke taak van het bestuur van een rechtspersoon is verder het voeren en bewaren van een correcte administratie van de rechtspersoon.[10]

De bestuurstaak is in beginsel een taak van de gezamenlijke bestuurders, waarvoor iedere bestuurder verantwoordelijkheid draagt. Op basis van statuten of een bestuursreglement kan een nadere taakverdeling worden gemaakt tussen de bestuurders onderling. Zo treft men dikwijls het onderscheid

---

[8] Artikel 46d sub a WOR.

[9] Zie hierover uitgebreid: Mr. L.C.J. Sprengers, De Wet op de Ondernemingsraden bij de Overheid, Kluwer Deventer 1998, pag. 205 e.v.

[10] Artikel 2:10 BW.

tussen een algemeen en financieel directeur aan.[11] Ondanks deze taakverdeling blijft iedere bestuurder collectief verantwoordelijk voor het gevoerde beleid.[12]

Bestuurders worden geacht het belang van de rechtspersoon voorop te stellen. Het bestuur voert zijn taken zelfstandig uit. Wel legt men verantwoording af over het gevoerde beleid. Per rechtspersoon is dit apart geregeld.

Nv/bv
De nv en bv zijn kapitaalvennootschappen waarbij kapitaal wordt ingebracht tegen uitgifte van aandelen. De aandeelhouders krijgen hierdoor zeggenschap over de vennootschap. De nv/bv is gericht op het behalen van winst ten behoeve van de aandeelhouder. Het bestuur legt verantwoording af aan de Algemene vergadering van Aandeelhouders (AVA).

Binnen de rechtspersoon bestaat er geen instructiebevoegdheid. Andere organen van de rechtspersoon, zoals de AVA kunnen het bestuur dan ook geen instructies geven.

De functie van bestuurder moet worden onderscheiden van de functie van commissaris. De bestuurder is belast met de leiding over de rechtspersoon en het bepalen van het beleid. De commissaris is belast met het toezicht op het bestuur van de rechtspersoon. De positie van de commissaris heeft een wettelijke basis. De wet[13] noemt als basistaken van de Raad van Commissarissen (RvC) advies en toezicht, dat betrekking heeft op de algemene gang van zaken binnen de vennootschap en het bestuursbeleid. Teneinde haar taak te kunnen vervullen dient het bestuur de RvC tijdig te voorzien van de benodigde informatie.[14]

Voorts kan de RvC één of meer bestuurder(s) schorsen. In diagramvorm ziet dit er als volgt uit voor vennootschappen.

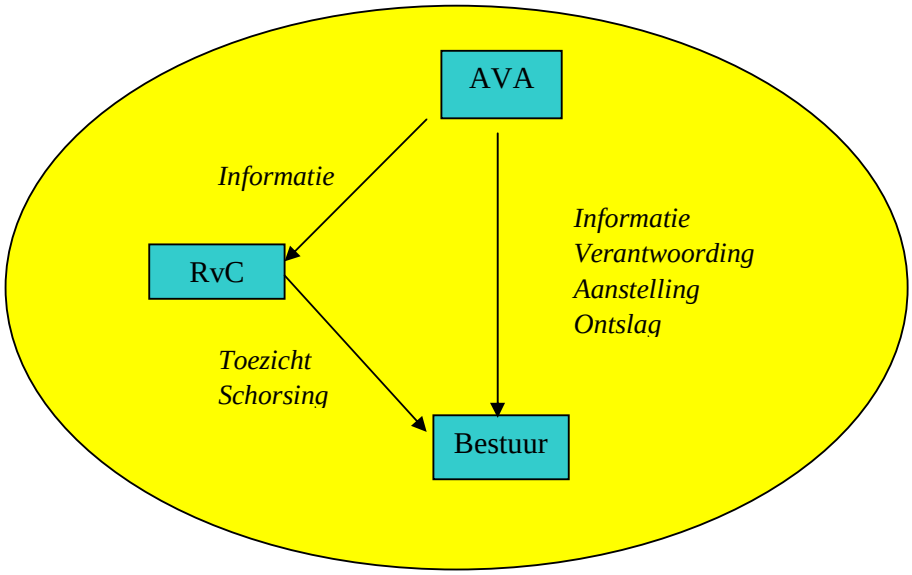
Figuur 2. De relatie tussen RvC, AVA en bestuur.

[11] In modern taalgebruik nu ook de CEO en de CFO genoemd.

[12] Met dien verstande dat een bestuurder die op grond van artikel 2:9 aansprakelijk is gesteld, zich kan disculperen indien hij aantoont dat de desbetreffende taak niet tot zijn werkkring behoorde.

[13] Artikel 2:140/250 e.v. BW (nv/bv).

[14] Artikel 2:141/251 BW (nv/bv).



Vereniging/Coöperatie/Onderlinge waarborgmaatschappij
De coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij zijn beide bijzondere verenigingen. *Verenigingen* kunnen een onderneming drijven in de zin van de WOR. Te denken valt bijvoorbeeld aan vakbonden.

De coöperatie is een vereniging die zich ten doel stelt om in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien via overeenkomsten met hen gesloten in het bedrijf dat ze uitoefenen.[15] De coöperatie komt veel voor in de agrarische sector. Te denken valt aan de verschillende zuivelcoöperaties waarbij de veehouders/leden hun melk leveren en vanuit de coöperatie deze melk in de markt verkopen. Een andere bekende coöperatie is de Rabobank.

De *onderlinge waarborgmaatschappij* is een vereniging met als doel verzekeringen met haar leden te sluiten.[16] De onderlinge waarborgmaatschappij moet het verzekeringsbedrijf uitoefenen en speelt, evenals de coöperatie, een belangrijke rol in de agrarische sector. Feitelijk is het een verzekeringsmaatschappij van en voor de leden.

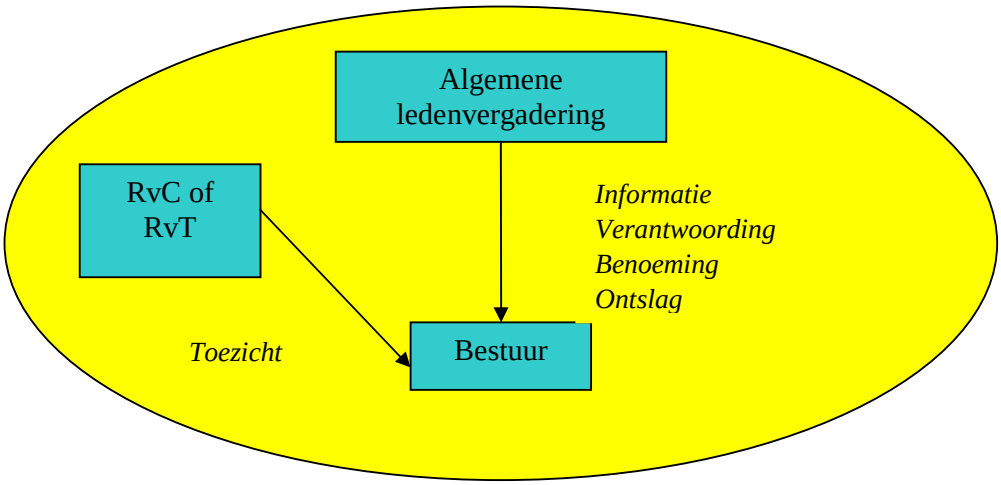
Bij de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij voorziet de wet[17] in de mogelijkheid om een RvC in te stellen. De RvC heeft de mogelijkheid bestuurders te schorsen.[18] Bij de vereniging is geen wettelijke regeling opgenomen voor de Raad van Commissarissen. De RvC heeft in de wet desondanks een rol gekregen, te weten bij de ondertekening van het jaarverslag van de vereniging.[19] De RvC dient, voor zover aanwezig, samen met het bestuur de balans en de staat van baten en lasten te ondertekenen. Via de statuten kan in een RvC of Raad van Toezicht (RvT) worden voorzien.

---

[15] Artikel 2:53 lid 1 BW.
[16] Artikel 2:53 lid 2 BW.
[17] Artikel 2:57 lid 1 BW.
[18] Artikel 2:57 lid 3 BW.
[19] Artikel 2:48 lid 1 BW.

In diagramvorm ziet de structuur van de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij met haar organen er als volgt uit:

Figuur 3. Structuur van de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij met organen.

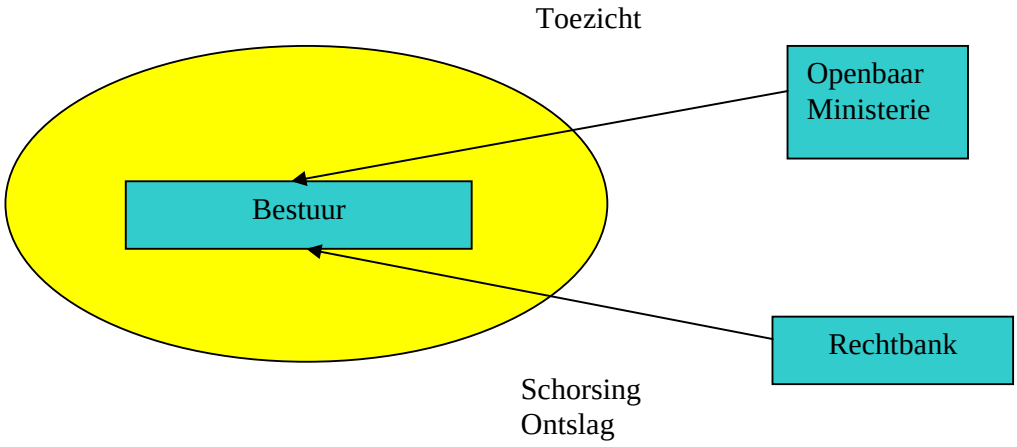


Stichting
De stichting kent als zodanig maar één orgaan, te weten het bestuur. Het bestuur hoeft in beginsel aan niemand verantwoording af te leggen. Hierin verschilt de stichting derhalve fundamenteel van de andere rechtspersonen waarin het bestuur rekening en verantwoording moet afleggen aan de aandeelhouders (nv/bv) respectievelijk de leden (vereniging/coöperatie/onderlinge waarborgmaatschappij). Toezicht op het reilen en zeilen binnen de stichting geschiedt formeel door het Openbaar Ministerie (OM).[20] Het is echter de vraag in hoeverre dit toezicht ook daadwerkelijk in de praktijk wordt gebracht.

In diagramvorm ziet de stichting met haar organen er als volgt uit:

Figuur 4. Stichting met organen.

[20] Artikel 2:297 lid 1 BW.



BEHOORLIJK ONDERNEMERSBESTUUR, CORPORATE GOVERNANCE

Tot voor kort was de invulling van de bestuurstaak wettelijk niet nader ingevuld. Men had de algemene verplichting tot behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.[21] Op 9 december 2003 heeft de Commissie Tabaksblat de beginselen van behoorlijk ondernemersbestuur en de daarbij behorende 'Best Practice'-bepalingen vastgesteld, ook wel de Nederlandse Corporate Governance Code genoemd. De code is van toepassing op in Nederland gevestigde beursgenoteerde nv's. De kernbegrippen uit de code zijn: transparantie, goed ondernemersbestuur, beheersing van en rapportage over risico's en vergroting van de rol van de aandeelhoudersvergadering. Het is nog niet duidelijk of die beginselen van behoorlijk ondernemersbestuur en het daarbij behorende takenpakket ook zullen doorwerken in de andere rechtspersonen. Het is de verwachting dat dit wel het geval zal zijn.[22]

De code bepaalt allereerst dat het bestuur en de Raad van Commissarissen verantwoordelijk zijn voor de corporate governance-structuur van de vennootschap en de naleving van de code. Zij leggen hierover verantwoording af aan de aandeelhoudersvergadering.

Over de taak en werkwijze van het bestuur bepaalt de code dat het bestuur verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. Het bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af. Het bestuur is tevens verantwoordelijk voor het beheersen van de risico's die verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur en de RvC verschaffen de Algemene vergadering van Aandeelhouders alle verlangde informatie, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet[23].

---

[21] Artikel 2:9 BW.

[22] Sindsdien zijn ook in andere sectoren bepaalde vormen van 'corporate governance' onderwerp van discussie zoals bij woningcoöperaties.

[23] Principe II.1, Corporate Governance Code.

Dit algemene principe is verder uitgewerkt in 'Best Practice'-bepalingen. Zo wordt een bestuurder voor maximaal vier jaar benoemd.[24] Verder bepaalt de code[25] dat een bestuurder een aantal zaken ter goedkeuring aan de RvC moet voorleggen, te weten:

1. De operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap.
2. De strategie die moet leiden tot het realiseren van die doelstellingen.
3. De randvoorwaarden die bij die strategie worden gehanteerd, bijvoorbeeld bepaalde financiële ratio's.

Het bestuur moet zorg dragen voor een intern risicobeheersings- en controlesysteem. Hierbij moet de vennootschap in ieder geval hanteren:[26]

1. Risicoanalyses van de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap.
2. Een gedragscode die op de website van de vennootschap wordt geplaatst.
3. Handleidingen voor de inrichting van de financiële verslaggeving en de voor de opstelling daarvan te volgen procedures;
4. Een systeem van monitoring en rapportering.

Het bestuur moet in het jaarverslag verklaren dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen adequaat en effectief zijn.[27] Het bestuur moet op grond van de code ervoor zorg dragen dat werknemers zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid hebben te rapporteren over onregelmatigheden binnen de vennootschap, de zogenaamde klokkenluidersregeling.[28]
[29]

Tot slot legt de code een bestuurder aan een beursgenoteerde nv ook beperkingen op. Zo mag een bestuurder in beginsel niet meer dan twee commissariaten hebben bij beursgenoteerde ondernemingen en mag hij geen voorzitter zijn van een RvC van een nadere beursgenoteerde onderneming. Andere nevenfuncties moeten worden gemeld aan de RvC. Voorts mag de bestuurder niet in concurrentie treden met de vennootschap en mag hij geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen voor zich zelf benutten. Daarnaast melden bestuurders (en commissarissen) (potentiële) tegenstrijdige belangen aan de (voorzitter van de) RvC. Transacties waarbij tegenstrijdige belangen aan de orde zijn en die van materiële betekenis zijn voor de vennootschap, moeten worden goedgekeurd door de RvC.

In het jaarverslag van beursgenoteerde vennootschappen dient aandacht te worden besteed aan de naleving van de code. Uitgangspunt is 'pas toe of leg uit'. Dit houdt kort gezegd in dat indien bepalingen uit de code niet worden toegepast, hiervoor de redenen moeten worden aangegeven in het jaarverslag.

Zoals hiervoor reeds gezegd geldt de code en derhalve ook de rapportageplicht over de naleving van de code in principe alleen voor in Nederland gevestigde beursgenoteerde vennootschappen. De in de code neergelegde beginselen bieden echter ook een goed handvat om het functioneren van bestuurders van andere rechtspersonen te toetsen.

BEVOEGDHEDEN BESTUURDER

---

[24] Best practice II.1.1.
[25] Best Practice II.1.2.
[26] Best Practice II.1.3.
[27] Best Practice II.1.4.
[28] Best practice II.1.6.
[29] Best practice II.1.7.

Het bestuur vertegenwoordigt de rechtspersoon. Deze bevoegdheid is in principe onbeperkt tenzij er beperkingen gelden volgens de wet of de statuten van de rechtspersoon.[30] Een bekende beperking is dat bestuurders vooraf goedkeuring moeten verkrijgen van de RvC voor bepaalde besluiten of transacties. Een andere veel gebruikte beperking is dat bepaalde besluiten of transacties alleen door twee bestuurders kunnen worden genomen, respectievelijk aangegaan. Een derde beperking is dat bestuurders bij een tegenstrijdig belang, bijvoorbeeld bij het afsluiten van een arbeidsovereenkomst met zichzelf, niet de rechtspersoon mag vertegenwoordigen.[31] De rechtspersoon kan in de statuten overigens ook vertegenwoordigingsbevoegdheden aan anderen dan het bestuur geven.

Arbeidsrecht
In de arbeidsovereenkomst kunnen specifieke taken en bevoegdheden worden neergelegd. Hoewel statutair bestuurders op grond van het rechtspersonenrecht geen instructies hoeven te aanvaarden, ligt dit in het arbeidsrecht bepaald anders. Uitgangspunt is dat de directeur in een gezagsverhouding staat tot zijn werkgever en derhalve instructies moet accepteren. Voert hij deze niet uit, dan kan een ontslagprocedure het gevolg zijn.

In veel arbeidsovereenkomsten met directeuren staat dat de aangestelde directeur of statutair bestuurder zich op behoorlijke wijze van zijn taak zal kwijten en alle mogelijke inspanningen zal plegen om het belang van de vennootschap te behartigen. In de arbeidsovereenkomst kunnen ook bepaalde gezagsverhoudingen worden uitgewerkt. Bijvoorbeeld met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid of het nemen van bepaalde besluiten. Hierdoor kan ook de handelingsbevoegdheid van een directeur aan banden worden gelegd, hoewel de directeur op grond van de wet of de statuten deze bevoegdheid wel heeft.

De directeur is dan wellicht statutair en wettelijk wel bevoegd bepaalde transacties aan te gaan of bepaalde besluiten te nemen. Arbeidsrechtelijk handelt hij dan in strijd met de arbeidsovereenkomst, wat dit kan leiden tot een ontslagprocedure.

VERPLICHTINGEN ONDERNEMER

De WOR kent in de relatie tussen de OR en de ondernemer verplichtingen toe op het gebied van informatie, advies en instemming aan de ondernemer.

Overleg
Minimaal tweemaal per jaar moet een overlegvergadering plaatsvinden over de algemene gang van zaken en adviesplichtige of instemmingsplichtige besluiten in die in voorbereiding zijn.[32]. Daarbij worden afspraken gemaakt over de wijze waarop de OR op de hoogte wordt gehouden en hoe deze verder in de besluitvorming wordt betrokken. Bij deze vergaderingen zijn tevens aanwezig leden van de

---

[30] Zo beperkt artikel 2:44 BW het bestuur van de vereniging om te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot koop of verkoop van een registergoed en het aangaan van borgstellingen. Dit mag alleen indien de statuten deze bevoegdheden aan het bestuur geven. Zie ook artikel 2:63j BW (grote coöperatie) en artikel 2:164 BW (grote nv) en artikel 2:274 BW (grote bv) in het kader van de structuurregeling waar het gaat om besluiten van het bestuur die aan de goedkeuring van de RvC onderworpen zijn, zoals uitgifte van aandelen, schuldbrieven of certificaten, het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking, collectieve ontslagen en ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden,.

[31] Zie artikel 2:130/240 BW (nv).

[32] Artikel 24 lid 1 WOR.

RvC (voor zover deze bestaat) indien het gaat om een nv, bv of coöperatie dan wel leden van het bestuur indien het gaat om een verenging of stichting.[33]

Informatie
De ondernemer is verplicht tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die de OR voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft.[34] Deze informatie kan gegeven worden in een overlegvergadering, maar moet schriftelijk worden verstrekt als de OR dat vraagt.

Bij het begin van de zittingsperiode verstrekt de ondernemer de bedrijfsgegevens.[35]

De ondernemer moet ten minste tweemaal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk algemene gegevens verstrekken over de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak, in het bijzonder met betrekking tot adviesplichtige aangelegenheden.[36] De ondernemer heeft de verplichting om ten minste tweemaal per jaar aan de OR mondeling of schriftelijk mededeling te doen over zijn verwachtingen ten aanzien van de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het komende tijdvak, in het bijzonder met betrekking tot adviesplichtige aangelegenheden zoals bedoeld in artikel 25 WOR en investeringen in binnenland en buitenland.

Advies/Instemming
Daar waar het gaat om adviesplichtige of instemmingsplichtige aangelegenheden, is de ondernemer verplicht tijdig advies of instemming te vragen aan de OR.[37]

RELATIE BESTUURDER-OR

De hierboven genoemde verplichtingen zijn verplichtingen van de ondernemer en niet van de bestuurder in de zin van de WOR. De bestuurder in de zin van de WOR is de persoon die namens de ondernemer met de OR overlegt over aangelegenheden die de onderneming betreffen. De bestuurder in de zin van de WOR vertegenwoordigt de ondernemer ook niet zondermeer. Hiervoor is het noodzakelijk dat de betreffende bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd is. Een bestuurder met te weinig mandaat kan het medezeggenschapsproces frustreren indien de bestuurder niet bij de besluitvorming waarover hij met de OR moet overleggen, is betrokken. Dit kan leiden tot gebrekkige informatievoorziening omdat de bestuurder zelf niet alle informatie krijgt. Met name in internationale concernverhoudingen kan dit probleem zich voordoen nu besluitvorming vaak op hoger internationaal niveau plaatsvindt. De OR kan dit probleem (deels) ondervangen door de overlegvergaderingen waarin de algemene gang van zaken binnen de onderneming wordt besproken, te benutten om zoveel mogelijk informatie te krijgen van de aanwezige RvC dan wel het bestuur van de vereniging of stichting die de onderneming drijft. Immers, in deze vergaderingen dient de ondernemer, via de bestuurder dan wel via de RvC of het bestuur informatie te verstrekken over advies- en instemmingsplichtige besluiten die in voorbereiding zijn. Dit punt dient dan ook vast op de agenda te staan. De OR en de ondernemer kunnen echter zelf afspraken maken over de frequentie van de aanwezigheid van de RvC of het bestuur. Het is aanbevelenswaardig van deze mogelijkheid gebruik te maken.

Een gebrekkige informatievoorziening kan er ook toe leiden dat het medezeggenschapsproces, zeker waar het om adviesplichtige of instemmingsplichtige besluiten handelt, aanzienlijk wordt vertraagd.

---

[33] Artikel 24 lid 2 WOR.

[34] Artikel 31 lid 1WOR.

[35] Artikel 31 lid 2WOR.

[36] Als bedoeld in artikel 25 WOR.

[37] Zie artikel 25, 27 en 30 WOR.

Een weldenkende OR zal immers geen advies of instemming zal geven ten aanzien van een voorgenomen besluit indien hij niet alle informatie heeft. Het is derhalve zowel in het belang van de OR als de ondernemer dat de informatieverstrekking van de ondernemer aan de OR gladjes en ordentelijk verloopt. Binnen een internationaal concern is het aan de bestuurder om zijn buitenlandse collega's van de noodzaak hiervan te overtuigen. De OR en de bestuurder zouden op dit vlak kunnen samenwerken.

De vraag is voorts in hoeverre toezeggingen van de bestuurder ten aanzien van een bepaald adviesrecht of een door de bestuurder ondertekende ondernemingsovereenkomst met de OR de ondernemer ook binden, indien de bestuurder niet bevoegd was dergelijke toezeggingen te doen of overeenkomsten aan te gaan. Ik meen dat dergelijke toezeggingen en overeenkomsten de ondernemer in beginsel binden, tenzij het mandaat van de bestuurder in de zin van de WOR op voorhand in het overleg met de OR is aangegeven. Dit is de taak van de bestuurder.

Conclusie
De uiteindelijke zeggenschap over de onderneming ligt in principe bij het bestuurder van de rechtspersoon die de onderneming drijft. Er bestaat voor de rechtspersoon geen instructierecht richting deze bestuurders. Arbeidsrechtelijk bestaat dit instructierecht wel. Hierdoor kan de bestuurder van een rechtspersoon in conflict raken omdat hij enerzijds geconfronteerd kan worden met ontslag, maar anderzijds de plicht heeft het belang van de rechtspersoon te dienen.

De bestuurder in de zin van de WOR heeft alleen de bevoegdheid tot het voeren van overleg namens de ondernemer. Het gevaar bestaat dat de bestuurder in de zin van de WOR niet of nauwelijks bij de besluitvorming over de onderneming wordt betrokken. Vanuit de arbeidsrechtelijke verhouding kan het eventuele mandaat van een bestuurder, of dit nu van een rechtspersoon is of alleen in het kader van de WOR, nog verder worden ingeperkt. Dit kan het overleg met de OR danig frustreren.

In de medezeggenschapsituatie is het zaak dat de OR en de bestuurder zich van deze problematiek bewust zijn. Een goede analyse van de taken en bevoegdheden van de gesprekspartner van de OR kan onnodige frustraties in de medezeggenschap voorkomen.

Aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen

ALGEMEEN

Zoals hiervoor uiteengezet, is iedere bestuurder van een rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. Doet hij dit niet, dan kan hij in privé aansprakelijk worden gehouden. Indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk uitvoert, is iedere bestuurder hoofdelijk (dat wil zeggen ieder voor het geheel) aansprakelijk voor de gevolgen hiervan.[38] De bestuurder die wordt aangesproken, kan regres nemen op de andere bestuurders voor hun aandeel. Veelal worden tussen bestuursleden taakverdelingen afgesproken. Als het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, kan een bestuurder zich individueel disculperen (vrijpleiten) van een tekortkoming indien hem daarvan geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden.

Uit de literatuur en jurisprudentie blijkt dat van aansprakelijkheid slechts sprake is indien het bestuur van de niet-behoorlijke taakvervulling een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. Een alledaagse fout of een beleidsfout levert dus in beginsel geen aansprakelijkheid voor bestuurders in privé op. Van aansprakelijkheid zal in de praktijk pas sprake zijn als kan worden aangenomen dat geen enkele redelijk handelende bestuurder in dezelfde positie op dezelfde wijze zou hebben gehandeld.

[38] Artikel 2:9 BW.

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘interne’ en ‘externe’ aansprakelijkheid.

Intern
Een bestuurder kan intern door de rechtspersoon zelf aansprakelijk worden gesteld indien (1) hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en hem hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, (2) de rechtspersoon hierdoor schade lijdt en (3) de schade een logisch gevolg is van de onbehoorlijke taakvervulling (causaal verband).

Het bestuur kan van interne aansprakelijkheid worden ontheven doordat het bestuur décharge (kwijting) wordt verleend voor het gevoerde beleid (bijvoorbeeld bij de vaststelling van de jaarrekening of bij ontslag).

Extern
Daarnaast kan het bestuur ook jegens derden, extern, aansprakelijk zijn, onder meer als wordt aangetoond dat het bestuur jegens deze derden onrechtmatig heeft gehandeld en zij hierdoor schade hebben geleden. Van onrechtmatig handelen is bijvoorbeeld sprake indien het bestuur namens de rechtspersoon een overeenkomst is aangegaan met een derde terwijl het bestuur al wist of had behoren te weten dat de rechtspersoon haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen en de derde daardoor mogelijk nadeel ondervindt (opwekken van schijn van kredietwaardigheid). Ook kan een bestuurder persoonlijk aansprakelijk zijn tegenover een derde als hij een rechtshandeling aangaat namens de rechtspersoon terwijl hij daartoe niet bevoegd is.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID BIJ FAILLISSEMENT VAN EEN NV OF BV

Belangrijke verplichtingen van het bestuur zijn ervoor zorg te dragen dat er (1) een goede en inzichtelijke boekhouding beschikbaar is, (2) dat de jaarrekening tijdig wordt opgemaakt en (3) dat deze via het handelsregister van de Kamer van Koophandel wordt gepubliceerd, dat wil zeggen binnen acht dagen na vaststelling, maar in ieder geval uiterlijk dertien maanden na het einde van het boekjaar.

Als het bestuur deze verplichtingen niet naleeft en het komt tot een faillissement van de rechtspersoon, dan staat volgens de wet vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Daarbij geldt een wettelijk vermoeden dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Het bestuur mag dan bewijzen dat andere oorzaken debet waren aan het faillissement (omkering bewijslast). Slaagt het bestuur hier niet in, dan is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort.

Overigens wordt krachtens artikel 2:248 lid 7 en artikel 2:248 lid 7 BW de feitelijke bestuurder/leidinggevende gelijkgesteld met de statutaire bestuurder. Onder feitelijk leidinggevenden wordt begrepen alle personen die het beleid (mede) bepalen als ware zij bestuurders.

BETALINGSONMACHT

De bestuurder kan onder omstandigheden tevens aansprakelijk worden gesteld voor verschuldigde sociale premies, pensioenpremies, omzetbelasting en loonbelasting. Is eenmaal gebleken dat de rechtspersoon dergelijke betalingsverplichtingen niet kan voldoen gezien haar financiële situatie, dan is iedere bestuurder verplicht deze betalingsonmacht binnen 14 dagen aan de uitvoeringsinstelling, het pensioenfonds of de belastingdienst te melden. Als de melding namens de rechtspersoon tijdig en op juiste wijze plaatsvindt, kunnen de bestuurders slechts persoonlijk aansprakelijk worden gesteld als aannemelijk is dat het niet-betalen aan hen te wijten is als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bewijslast hiervan rust dan op de betrokken instanties. Niet (juist) melden doet het vermoeden

ontstaan dat de niet-betaling aan de bestuurders is te wijten. Op hen rust dan de last te bewijzen dat dit niet het geval is (omkering bewijslast). Slagen zij hier niet in, dan is iedere bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor de ontstane premie- en belastingschulden.

MISLEIDENDE CIJFERS

Daarnaast kunnen bestuurders aansprakelijk zijn indien door openbaar gemaakte jaarstukken een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van rechtspersoon en derden die daarop afgaan, schade lijden.

CONCLUSIE

Het bovenstaande betreft een globale uiteenzetting van de belangrijkste aansprakelijkheidsrisico's van bestuurders van rechtspersonen. Risico's doen zich voor in uitzonderingsgevallen waarin het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld of een bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld, zulks ernstig verwijtbaar is en schade is berokkend.

Voor het bestuur als geheel is van belang dat zij de financiële zaken, dossiers, notulen en gemaakte (schriftelijke) afspraken goed op orde houdt en bewaart, zodat de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon te allen tijde inzichtelijk zijn. Met name dienen de jaarstukken correct te worden opgesteld en tijdig te worden gepubliceerd via het handelsregister van de Kamer van Koophandel om de bijzondere aansprakelijkheidsregeling bij faillissement buiten toepassing te houden. Voor het overige kan een taakverdeling worden gemaakt, waarbij steeds kritisch dient te worden meegedacht over de hoofdlijnen van het werkgebied van medebestuursleden. Daarnaast dient steeds goed toezicht te worden gehouden op de wijze waarop taken die zijn gedelegeerd aan een directeur of commissie, worden uitgeoefend. Periodieke rapportages en controles zijn derhalve erg belangrijk om te voorkomen dat er onbehoorlijke taakvervulling optreedt.

Tot slot wordt vermeld dat een aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders kan worden afgesloten om bepaalde risico's af te dekken.

Aanstelling en ontslag van de bestuurder

ALGEMEEN

Bij de aanstelling en het ontslag van een bestuurder moet onderscheid worden gemaakt tussen de positie als bestuurder van de rechtspersoon enerzijds en de bestuurder/directeur die in een arbeidsverhouding staat tot die rechtspersoon. Het betreft formeel twee los van elkaar staande relaties. Met name de positie van de statutair bestuurder van de nv/bv is van belang nu deze niet dezelfde ontslagbescherming heeft als de gewone werknemer.

Hieronder volgt een overzicht van de aanstelling en ontslagregels vanuit het rechtspersonenrecht en het arbeidsrecht. De positie van de OR bij de aanstelling en het ontslag is er een van een relatieve buitenstaander, zij het dat deze een adviesrecht heeft ten aanzien van de benoeming en het ontslag van de bestuurder.

RECHTSPERSONENRECHT

Hieronder volg een overzicht van de regels voor de verschillende rechtspersonen. Achtereenvolgens komen aan bod de nv/bv, vereniging/coöperatie en tot slot de stichting.

Nv/bv

Gezamenlijke behandeling van de nv en de bv ligt, gelet op de nagenoeg gelijke structuur, in de rede.

De benoeming van de bestuurder vindt voor de eerste maal plaats bij de akte van oprichting van de nv/bv en later door AVA, tenzij er sprake is van een structuurregeling. In dat laatste geval benoemt de RvC de bestuurder. Voor beursgenoteerde vennootschappen bepaalt de Code Tabaksblat dat bestuurders voor een periode van vier jaar worden benoemd.

Een bestuurder kan te allen tijde worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming.[39] In de regel is dit de AVA. Voor het nemen van een besluit moet de formele weg worden gevolgd, waarvoor de wet en de statuten regels geven. Zo worden besluiten alleen genomen in een daartoe gehouden aandeelhoudersvergadering. De AVA moet hiertoe worden bijeengeroepen (ook al bestaat deze uit één persoon). De oproeping geschiedt eveneens met inachtneming van het bepaalde in de wet en de statuten van de vennootschap.

De bestuurder heeft een raadgevende stem in de AVA.[40] Bij het nemen van een besluit tot schorsing en/of ontslag van een bestuurder betekent dit dat de bestuurder moet worden gehoord in de AVA. Hij zal dus uitgenodigd moeten worden voor de vergadering en de agenda, met daarop als agendapunten zijn schorsing en/of ontslag, moet hem ter hand worden gesteld. Aangezien het een besluit is met betrekking tot zijn rechtspositie, zal hij van te voren op de hoogte gesteld moeten worden van de redenen van het voorgenomen besluit, zodat hij zijn verdediging kan voorbereiden.

Nadat de bestuurder is gehoord kan het besluit worden genomen. Het besluit kan ontslag met onmiddellijke ingang of ontslag op termijn inhouden. In het laatste geval wordt meestal ook een schorsingsbesluit genomen. Van de vergadering zullen notulen opgesteld moeten worden, zodat het besluit schriftelijk is vastgelegd.

Het niet-inachtnemen van de wettelijke of statutaire regels ten aanzien van het totstandkomen van besluiten in het algemeen, dus ook bij besluiten tot schorsing of ontslag, kan tot gevolg hebben dat het besluit nietig is of vernietigbaar. Het is *nietig* als het in strijd is met de wet of de statuten, en *vernietigbaar* als is genomen in strijd met de wettelijke of statutaire bepalingen die het totstandkomen van besluiten regelen, of als het in strijd is met de redelijkheid of billijkheid, of als het in strijd is met een reglement. Een ontslagbesluit zal bijvoorbeeld vernietigbaar zijn als de directeur niet is gehoord in de AVA of het ontslagbesluit niet is gemotiveerd. De vernietiging moet binnen een jaar worden ingeroepen door middel van een vordering bij de rechtbank. De rechtbank kan het besluit vernietigen.

Vereniging/coöperatie/onderlinge waarborgmaatschappij
Het bestuur van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij wordt uit de leden benoemd. De statuten kunnen echter bepalen dat bestuurders ook buiten de leden kunnen worden geworven.[41] De benoeming geschied door de Algemene Ledenvergadering (ALV). In de statuten kan de mogelijkheid worden opgenomen dat een deel van het bestuur, doch minder dan de helft, door anderen dan de leden wordt benoemd. Ook is het mogelijk in de statuten op te nemen dat de benoeming geschiedt volgens een bindende voordracht. Deze bindende voordracht kan worden gepasseerd met tweederde van de stemmen. Benoeming geschiedt voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd.

---

[39] Artikel 2:134/244 BW (nv/bv).

[40] Artikel 2:217/227 lid 4 BW (nv/bv).

[41] Artikel 2:37 lid 1 BW.

Een bestuurslid kan te allen tijden worden geschorst of ontslagen door het orgaan dat hem heeft benoemd. De besluitvorming vindt plaats met inachtneming van de wet en de statuten van de vereniging. De bestuurder kan uiteraard zelf te allen tijde ontslag nemen.

Stichting
De wet voorziet niet in een specifieke regeling op het gebied van benoeming en ontslag van bestuurders van een stichting. Bij de oprichting van de stichting dient de notaris zich er van te vergewissen dat de statuten een regeling op het gebied van aanstelling, schorsing en ontslag van bestuurders bevat. Benoeming van bestuurders geschiedt in de regel door het zittende bestuur (coöptatie). Statutair kan het echter anders worden ingericht. Zo kan in de statuten bijvoorbeeld worden opgenomen dat een derde partij bevoegd is (een deel van het) bestuur te benoemen of te ontslaan.

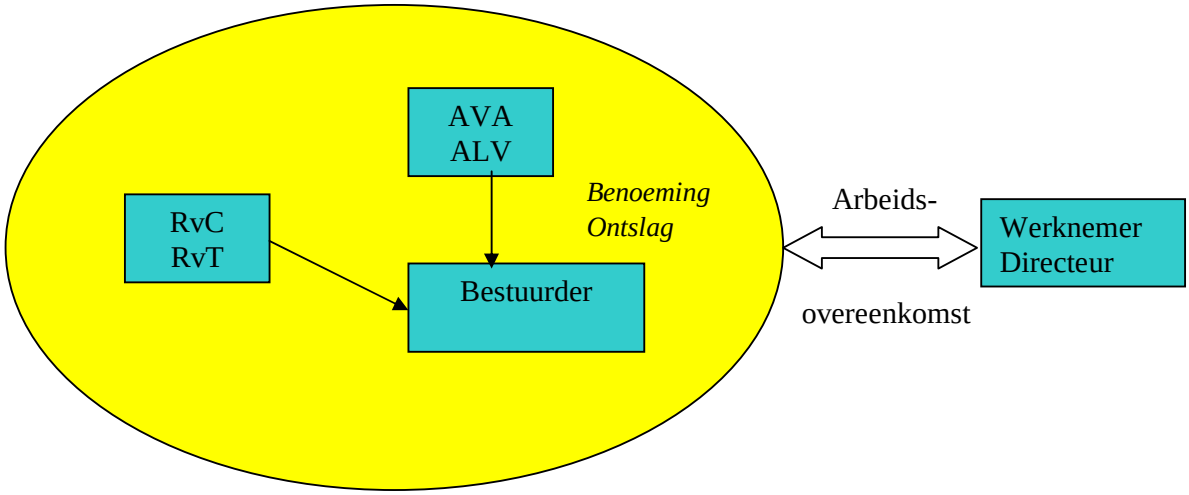
Ontslag en schorsing van de bestuurder van een stichting is wel mogelijk door de rechtbank. De rechtbank gaat hiertoe over op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van iedere belanghebbende. Voorwaarde voor ontslag is dat de bestuurder in strijd handelt met de statuten of de wet, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer. Ook kan ontslag volgen indien een bestuur geen gehoor geeft aan een bevel van de president van de rechtbank om de financiële stukken en bescheiden te overhandigen aan het OM.

ARBEIDSRECHTELIJK: BENOEMING EN ONTSLAG

Algemeen
Arbeidsrechtelijk is er sprake van een contractuele werkgever/werknemer relatie. Dit houdt derhalve in dat de bestuurder van een rechtspersoon niet alleen binnen de rechtspersoon rechten en verplichtingen jegens de andere organen onderhoudt, maar tevens een contractuele relatie met de rechtspersoon zelf heeft. Hij is dan een derde buiten de rechtspersoon.

Schematisch is dit als volgt weergegeven.

Figuur 5. De arbeidsrechtelijke verhoudingen.



Ontslag van de bestuurder van de rechtspersoon
Behoudens de bijzondere positie van de bestuurder van een nv of bv is de bestuurder van een rechtspersoon een gewone werknemer waarop het reguliere arbeidsrecht met de daarbij behorende ontslagbescherming van toepassing is.

Het ontslag als bestuurder van een rechtspersoon brengt niet automatisch mee dat hiermee ook het ontslag in arbeidsrechtelijke zin wordt bewerkstelligd. De ontslagbeschermingsregel gelden, en worden ook toegepast. De wijze waarop de ontslagprocedure binnen de rechtspersoon is gevolgd, kan van invloed zijn op het arbeidsrechtelijke ontslag en de hoogte van de toe te kennen ontslagvergoeding.

Nv/bv
De statutair bestuurder van de nv/bv heeft een bijzondere arbeidsrechtelijke positie en verdient een afzonderlijke behandeling.

De relatie tussen de bestuurder en de vennootschap is tweeledig. Enerzijds wordt deze beheerst door het vennootschapsrecht, zoals hiervoor uiteengezet, en anderzijds is er sprake van een arbeidsovereenkomst. Er is dus een interne relatie binnen de vennootschap en een externe relatie met de vennootschap.

De positie van de bestuurder met een arbeidsovereenkomst verschilt op een aantal onderdelen van die van een gewone werknemer. Bij geschillen tussen de bestuurder en de vennootschap over de arbeidsovereenkomst, is bijvoorbeeld niet de kantonrechter, maar de rechtbank bevoegd.[42]

Verder mist de bestuurder van een nv of bv de ontslagbescherming van het Buitengewoon besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is geen ontslagvergunning vereist van het CWI, zoals bij gewone werknemers. De bestuurder kan zijn ontslag in arbeidsrechtelijke zin dan ook niet tegenhouden en is dan ook feitelijk vogelvrij. De bestuurder kan ook - anders dan een gewone werknemer - geen herstel van de dienstbetrekking eisen.[43]

- Voor het overige heeft de bestuurder alle rechten die gewone werknemers ook hebben. De belangrijkste rechten bij ontslag zijn de volgende:De wettelijke of overeengekomen opzegtermijn moet in acht worden genomen.
- De ontslagverboden gelden (bijvoorbeeld tijdens ziekte).
- Het ontslag kan kennelijk onredelijk zijn zodat een schadeloosstelling aan de bestuurder kan worden toegekend. Dit is in de regel een langdurige en kostbare procedure.

In tegenstelling tot de andere rechtspersonen geldt bij de nv/bv wel dat bij een vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit, behoudens de ontslagverboden, ook automatisch de arbeidsrechtelijke relatie wordt beëindigd.[44]

POSITIE OR BIJ BENOEMING EN ONTSLAG VAN EEN BESTUURDER

Adviesrecht
Op grond van artikel 30 WOR heeft de OR een adviesrecht bij een voorgenomen besluit tot benoeming en ontslag van de bestuurder in de zin van de WOR. Het ontslag hoeft niet een ontslag in arbeidsrechtelijke zin te zijn. Ook indien een directeur die bestuurder is in de zin van de WOR een

---

[42] Art. 2:131/141 BW (nv/bv).

[43] Art. 2:134/244 lid 3 BW (nv/bv).

[44] Zie recentelijk Hoge Raad 15 april 2005, RvdW 2005/57.

andere functie krijgt waarin hij niet meer de hoogste zeggenschap heeft bij de leiding bij de arbeid, geldt dit als een ontslag en heeft de OR adviesrecht.

De ondernemer hoeft het advies van de OR echter niet te volgen. De OR heeft geen beroepsrecht. Niettemin kan eventueel in kort geding worden opgetreden als een ontslag of benoemingsbesluit is genomen zonder dat het advies van de OR is gevraagd of verkregen. Op deze wijze kan de OR de besluitvorming terugdraaien. In het verleden zijn ontslagbesluiten op last van de kort gedingrechter al eens ingetrokken.[45] Dit middel kan van belang zijn indien de ondernemer onvoldoende ingaat op de beweegredenen en weigerachtig is verdere informatie te verstrekken over de beweegredenen van het ontslag, maar ook over de eventuele aanstelling van een nieuwe bestuurder. In dat geval zou de OR het advies kunnen aanhouden totdat alle informatie is verstrekt. Zolang er geen advies is, kan de ondernemer niet overgaan tot ontslag of benoeming.

De bestuurder van een rechtspersoon kan zelf geen beroep doen op het feit dat aan de OR geen advies is gevraagd. Het niet vragen van advies aan de OR maakt het besluit niet nietig of vernietigbaar.[46] Wel kan het een factor zijn waarmee de rechter in een arbeidsgeschil rekening houdt bij de hoogte van een toe te kennen ontslagvergoeding.

Overlegvergadering
Zoals bij elk voorgenomen besluit, moet minimaal een overlegvergadering plaatsvinden over het voorgenomen besluit. Als het gaat om het voorgenomen besluit tot ontslag van een statutair bestuurder, tevens bestuurder in de zin van de WOR, kan dit een probleem zijn. Het zal duidelijk zijn dat een bestuurder geen overleg met de OR kan gaan plegen over zijn eigen ontslag. Het overleg vindt dan plaats met een andere vertegenwoordiger van de ondernemer, bijvoorbeeld een medebestuurder of een ander orgaan van de rechtspersoon zoals de RvC.

Conclusie
De benoeming en het ontslag van een bestuurder van een rechtspersoon geschiedt volgens de in de wet en de statuten van die rechtspersonen aangewezen wijze. Beëindiging van het bestuurderschap binnen de rechtspersoon maakt niet dat hiermee ook automatisch de contractuele arbeidsrechtelijke relatie wordt verbroken. Dit is anders bij de bestuurder van de nv/bv, waar dit wel het geval is. De bestuurder van een nv of bv, tevens werknemer, heeft minder ontslagbescherming dan andere werknemers.

De OR is een relatieve buitenstaander en kan vrij weinig invloed uitoefenen op het uiteindelijke besluit tot ontslag of benoeming. Wel kan de OR zijn mogelijkheden om informatie te verkrijgen optimaal benutten door geen advies te geven totdat alle informatie verstrekt is.

Positie van de bestuurder in concernverhoudingen

ALGEMEEN

Als op internationaal niveau besluiten worden genomen die betrekking hebben op ondernemingen in verschillende landen, waaronder Nederland, heeft een Nederlandse OR geen rechtstreekse invloed op deze besluitvorming kunnen uitoefenen, aangezien de WOR territoriale werking heeft. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat de besluitvorming over het verplaatsen van productie-eenheden naar lage lonenlanden niet plaatsvindt in de productieonderneming zelf, maar op een niveau hoger in de organisatie. De bestuurder waarmee de OR overleg voert, heeft geen zeggenschap over die

[45] Zie Pres. Rechtbank Haarlem 15 december 1989, KG 1990/58; Pres. Rechtbank Zwolle 30 januari 1995, KG 1995/139.

[46] Hof Amsterdam, 20 mei 1999, JAR 1999/146.

besluitvorming en kan hierop ook geen invloed uitoefenen. Feitelijk kan de internationale directie gewoon bewerkstelligen dat de productieopdracht niet meer naar de Nederlandse onderneming gaat, maar naar de vestiging in het lage lonenland. Dit besluit leidt onmiskenbaar tot het verval van arbeidsplaatsen en valt onder het adviesrecht van de OR, zij het dat het besluit niet wordt genomen door de ondernemer die de OR heeft ingesteld. Het lijkt erop dat een Nederlandse OR wat betreft dergelijke beslissingen machteloos staat. In (internationale) concernverhoudingen bestaat derhalve het gevaar van uitholling van de medezeggenschap doordat de gesprekspartner van de OR, de bestuurder in de zin van de WOR, in het geheel niet betrokken is bij de besluitvorming die rechtstreeks ingrijpt in de betreffende onderneming.

POSITIE BESTUURDER IN CONCERNVERHOUDINGEN

Enerzijds is in concernverhoudingen het uitgangspunt dat het bestuur van een rechtspersoon autonoom moet kunnen optreden en zelfstandig een afweging moet kunnen maken van de voor- en nadelen van een bepaald besluit.

Anderzijds is het denkbaar dat de onderneming dusdanig is geïntegreerd binnen het concern dat de rechtspersoon niet of nauwelijks zonder dat concern zou kunnen bestaan. Dit is met name het geval indien de besluitvorming van de ondernemer zodanig verweven is met de concernpolitiek, dat het eigen belang van de onderneming ondergeschikt is aan het concernbelang.

De wet geeft geen instructiebevoegdheid aan de concernleiding jegens het bestuur van dochterondernemingen. Daarom geldt als uitgangspunt de autonomie en eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de dochter. Niettemin staat dit principe op gespannen voet met de praktijk. Ook in de rechtspraak wordt erkend dat de feitelijke afhankelijkheid van de dochter mede inhoudt dat het bestuur bij haar besluitvorming wel degelijk rekening moeten houden met het concernbelang.

De bestuurder van een dochtervennootschap bevindt zich derhalve in een lastige positie. Immers, het bestuur heeft de taak de eigen verplichtingen van de dochter na te komen en haar belangen te behartigen, maar anderzijds heeft zij zich te voegen naar het beleid zoals door de concernleiding is uitgezet. Negeert het bestuur van de dochter dit concernbeleid structureel, dan zal de moedermaatschappij in beginsel niet nalaten om te dreigen met schorsing of ontslag van de bestuurder.

Een veel voorkomend verschijnsel is dat directies van dochterondernemingen moeten meetekenen bij kredietovereenkomsten die afgesloten zijn door de concernleiding. De banken eisen vaak dat de dochtermaatschappijen medeaansprakelijk zijn voor de aflossing van de bankschuld die de moedermaatschappij aangaat. Voorts wordt van dochtermaatschappijen vaak verlangd dat zij, door middel van rekening-courantverhoudingen kasoverschotten ter beschikking stellen aan het concern om schulden van andere concernonderdelen te voldoen.

Zoals hiervoor al is gezegd, heeft een holdingdirectie geen directe instructiemiddelen om dergelijke handelingen te laten verrichten door de directie van de dochteronderneming. Bij weigering van een directie om aan dergelijke arrangementen mee te werken, kan de holdingdirectie, via het arbeidsrecht overgaan tot ontslag van de betreffende bestuurder. In deze gevallen wordt wel het concernbelang getoetst naast het belang van de dochtervennootschap. Een voorbeeld waar dit is geschied is een uitspraak van de voorzieningenrechter 's-Gravenhage van 7 augustus 2002[47].

Voorbeeld
In dit geval weigerde de bestuurder van de vennootschap NEM B.V. een garantieverklaring te

[47] Vzr 's-Gravenhage 7 augustus 2002, JOR 2002/173 met noot van prof. mr. F.J.P van den Ingh.

tekenen voor de nakoming van verplichtingen van een zustervennootschap, beiden behorend tot het Babcock-concern. Het verzoek om garant te staan voor de schulden van de zustervennootschap had de steun van de moedervennootschap Babcock GmbH en ook van de RvC die voor een groot deel bestond uit vertegenwoordigers van Babcock. De directie is van oordeel dat het belang van NEM B.V. zich verzet tegen medewerking aan het verzoek van de concernleiding nu dit ten koste zal gaan van de continuïteit van NEM B.V.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het voorgenomen ontslag van de directie gerelateerd is aan de weigering van de directie om ervoor zorg te dragen dat NEM B.V. zich garant stelt voor de nakoming van de verplichtingen van een zustervennootschap. De voorzieningenrechter oordeelt verder dat de bezwaren van de directie gerechtvaardigd overkomen. Het eigen vermogen van NEM B.V. bedraagt namelijk € 63 mio terwijl NEM B.V. reeds € 44.1 mio aan leningen binnen het Babcock-concern heeft uitstaan, zonder dat hier zekerheden tegenover staan. Voorts is gebleken dat onder andere Babcock GmbH in surseance verkeert. Deze omstandigheden rechtvaardigen volgens de voorzieningenrechter de beslissing van de directie om niet mee te werken aan de garantstelling. De voorzieningenrechter neemt hierbij tevens in ogenschouw dat het meewerken aan een dergelijke garantstelling wellicht kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid voor de betrokken directie.

RELATIE OR-BESTUURDER IN CONCERNVERHOUDINGEN

Uitgangspunt in de rechtspraak is echter dat de Nederlandse ondernemer zijn verplichtingen krachtens de WOR volledig moet nakomen, ook al is hij afhankelijk van een derde. De vraag is echter in hoeverre de OR nog invloed kunnen uitoefenen op de uitwerking van een onherroepelijk besluit dat op internationaal niveau is genomen. Heeft de Nederlandse medezeggenschap nog betekenis?

MEDEONDERNEMERSCHAP, TOEREKENING

Als het op internationaal niveau genomen besluit leidt tot implementatiebesluiten in Nederland die advies- of instemmingsplichtig zijn, heeft de OR alle rechten op grond van de WOR. De OR zal echter pas actie kunnen ondernemen als advies of instemming wordt gevraagd. Nu kan het voorgenomen besluit in Nederland worden genomen door een hogere concernmaatschappij in Nederland dan de ondernemer die het overleg met de OR voert. In dat geval kan de OR onder bepaalde omstandigheden een beroep doen op toerekening of medeondernemerschap. Of een beroep op toerekening of medeondernemerschap mogelijk is, hangt af van de vraag in hoeverre de ondernemers onderling met elkaar zijn verweven en of er sprake is van dusdanige zeggenschapsverhoudingen dat de derde partij wordt geacht de betreffende onderneming mede in stand te houden.

In de afgelopen jaren is diverse malen de vraag naar voren gekomen in hoeverre besluiten van derden, bijvoorbeeld van de moedermaatschappij, adviesplichtig waren doordat zij op een of andere wijze konden worden toegerekend aan de ondernemer. De Ondernemingskamer oordeelde over deze mogelijkheden in zaken als Howson Algraphy[48], en Shell Research[49] en Heuga[50].

[48] HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212.

[49] OK 2 april 1987, NJ 1988, 382.

[50] HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545.

In de zaak van de Haagse grenscorrecties[51] heeft de Hoge Raad het begrip 'medeondernemerschap' geïntroduceerd. In deze zaak werd geoordeeld dat het onvoldoende is dat een besluit van een derde rechtstreeks ingrijpt in een onderneming om van toerekening te kunnen spreken. Van medeondernemerschap is slechts dan sprake indien de betreffende derde ten opzichte van de onderneming een dusdanige positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed geeft op de besluitvorming binnen de onderneming, dat gezegd kan worden dat die onderneming mede door hem in stand wordt gehouden.

OVERLEGMOGELIJKHEDEN

Binnen internationale concernverhoudingen is het voor de OR niet eenvoudig tijdig alle informatie te verkrijgen die van belang kan zijn voor de onderneming waarde OR is ingesteld. De OR zal zijn bevoegdheden in de WOR optimaal moeten benutten. De aangewezen mogelijkheid lijkt de overlegvergadering te zijn, waarin het algemene beleid van de onderneming ter sprake komt. In dit overleg moet de ondernemer ook mededeling doen van die advies- of instemmingsplichtige besluiten die in voorbereiding zijn, de zogenoemde beleidsvoornemens. Nu deze overlegvergaderingen plaatsvinden in het bijzijn van de RvC dan wel het bestuur van de vennootschap, zal vanuit die partijen de informatievoorziening moeten plaatsvinden. Een goede voorbereiding van de OR op deze overlegvergaderingen is dan ook op zijn plaats.

CONCLUSIES

In (internationale) concernverhoudingen wordt de positie van de bestuurder ten opzichte van de OR duidelijk. De vraag is of de bestuurder van de rechtspersoon, dan wel in de zin van de WOR voldoende informatie en bevoegdheden heeft om zelfstandig leiding te geven aan de organisatie. OR en bestuurder zullen dit ieder voor zichzelf, in het belang van het functioneren van de onderneming in al zijn facetten, moeten nagaan. De OR kan het overleg over de algemene gang van zaken binnen de onderneming benutten, in het bijzijn van de RvC of het bestuur van de rechtspersoon, om zoveel mogelijk informatie over de onderneming en de nabije toekomst te verkrijgen.

Bezoldiging bestuurder

ALGEMEEN

De bezoldiging van bestuurders is de afgelopen jaren vaak onderwerp van discussie geweest. Het betrof hier vaak discussies over de wijze waarop bestuurders zich via lucratieve optieregelingen en andersoortige regelingen excessief zouden verrijken. De OR staat midden in deze discussie, nu veel aandacht in de media over de bezoldiging van de bestuurder een negatief effect op het reilen en zeilen in de onderneming kan hebben. Het innemen van een standpunt over de bezoldiging van de bestuurder of over het door de ondernemer gevoerde bezoldigingsbeleid, vraagt wel begrip van de wijze waarop deze bezoldiging tot stand komt. De bezoldiging van de bestuurder heeft rechtspersoonlijke, arbeidsrechtelijke en medezeggenschapsrechtelijke aspecten. De behandeling zal dan ook in deze volgorde geschieden.

BESTUURDER VAN DE RECHTSPERSOON

Voor de bestuurder van de rechtspersoon geldt dat de bezoldiging voor die functie in beginsel een arbeidsrechtelijke aangelegenheid is. Dit is anders voor de bestuurder van de nv/bv. Hier geldt dat de

[51] HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 (zie recentelijk ook OK, 13 februari 2003, JAR 2003/164 en OK 28 april 2004, ARO 2004, 72, beide uitspraken inzake FNV ledenservice).

bezoldiging van de bestuurder wordt vastgesteld door de AVA[52]. De statuten van de vennootschap kunnen bepalen dat een ander orgaan van de vennootschap dan de AVA de bezoldiging van de bestuurders vaststelt.

Ten aanzien van de nv dient de AVA een beleid vast te stellen op het terrein van de bezoldiging van het bestuur.[53] De OR heeft van de wetgever op dit punt een informatierecht verkregen. Het bezoldigingsbeleid wordt namelijk schriftelijk en gelijktijdig met de aanbieding aan de AVA ter kennisgeving aan de OR aangeboden[54].

Bezoldigingsbeleid, Corporate Governance
In de Nederlandse Corporate Governance Code zijn voor de in Nederland gevestigde en beursgenoteerde vennootschappen twee principes met bijbehorende Best practice- bepalingen opgenomen met betrekking tot de bezoldiging van de bestuurders.[55] Het eerste principe betreft de hoogte en samenstelling van de bezoldiging. Het tweede principe ziet op de vaststelling en openbaarmaking van die bezoldiging.

Principe op het gebied van hoogte en samenstelling van de bezoldiging
Uitgangspunt bij de hoogte en samenstelling van de bezoldiging is dat de bezoldiging, zowel qua hoogte als structuur, zodanig is dat hiervoor gekwalificeerde en deskundige bestuurders kunnen worden aangetrokken. Een belangrijk element hierbij is dat variabele beloningselementen (bonus, opties, aandelen) moeten zijn gekoppeld aan vooraf bepaalde, meetbare en beïnvloedbare prestatiecriteria die deels op de korte termijn en deels op de lange termijn moeten worden bereikt.

De bezoldigingsstructuur, inclusief vooraf bepaalde ontslagvergoedingenb moet zo zijn dat zij de belangen van de vennootschap op middellange en lange termijn bevordert, niet aanzet tot gedrag van bestuurders in hun eigen belang met veronachtzaming van het belang van de vennootschap en falende bestuurders bij ontslag niet beloont. Bij de vaststelling van de hoogte en structuur worden ondermeer de resultatenontwikkeling, de ontwikkeling van de beurskoers van de aandelen, alsmede andere voor de vennootschap relevante ontwikkelingen meegenomen.

Het aandelenbezit van de bestuurder in de vennootschap is ter belegging voor de lange termijn. De ontslagvergoeding mag niet hoger zijn dan één jaarsalaris, tenzij dit in de omstandigheden van het geval kennelijk onredelijk is.

Bovengenoemd principe is als volgt uitgewerkt Best practicebepalingen. Deze komen globaal op het volgende neer:

1. opties zijn een voorwaardelijke bezoldigingscomponent. Toekenning geschiedt pas na ten minste drie jaar, waarbij de bestuurders ook vooraf vastgestelde prestatiecriteria hebben gerealiseerd.[56]
2. Aandelen die aan bestuurders worden toegekend zonder tegenprestatie dienen ten minste vijf jaar te worden aangehouden dan wel tot het einde van het dienstverband.[57]

---

[52] Artikel 2:135/2:245 BW (bv).
[53] Artikel 2:135 lid 1 BW.
[54] Artikel 2:135 lid 2 BW.
[55] Hoofdstuk II.2 Code.
[56] Best practicebepaling II.2.1 en II.2.2.
[57] Best practicebepaling II.2.3.

3. De uitoefenprijs van opties is niet lager dan de verifieerbare koers of een verifieerbaar koersgemiddelde op een of meer van tevoren vastgestelde dagen gedurende een periode van niet meer dan vijf beursdagen voor de dag van toekenning en mag niet gedurende de looptijd worden aangepast behoudens bijzondere omstandigheden.[58]
4. De RvC stelt een reglement vast waarin regels worden gesteld over de handel in effecten door bestuurders.[59]
5. De ontslagvergoeding bedraagt maximaal een jaarsalaris (van de vaste bezoldiging), maar, mocht dit kennelijk onredelijk zijn, zeker niet meer dan twee jaarsalarissen.[60]
6. Leningen aan en garanties ten behoeve van bestuurders (en commissarissen) mogen niet worden verstrekt tenzij in de normale uitoefening van het bedrijf.[61]

Principe op het gebied van de vaststelling en openbaarmaking van de bezoldiging
Het verslag van de RvC bevat de hoofdlijnen van het remuneratierapport van de RvC betreffende het bezoldigingsbeleid van de vennootschap, zoals opgemaakt door de remuneratiecommissie. De toelichting op de jaarrekening bevat in ieder geval de door de wet voorgeschreven informatie over de hoogte en structuur van de bezoldiging van de individuele bestuurders. Het in het remuneratierapport weergeven bezoldigingsbeleid van het komende boekjaar en de daaropvolgende jaren, wordt ter vaststelling aan de AVA voorgelegd. Iedere materiële wijziging in het bezoldigingsbeleid wordt tevens aan de AVA ter vaststelling voorgelegd. Regelingen die bestuurders belonen in aandelen of rechten tot het nemen van aandelen, en belangrijke wijzingen in deze regelingen worden ter goedkeuring aan de AVA voorgelegd.

De RvC stelt de bezoldiging van de individuele bestuurders vast na een voorstel van de remuneratiecommissie een en ander binnen het door de AVA vastgestelde bezoldigingsbeleid.

Dit principe is uitgewerkt in Best practicebepalingen:
1. De RvC stelt jaarlijks een remuneratierapport vast. Het rapport bevat een verslag van de wijze waarop het bezoldigingsbeleid in het afgelopen boekjaar in de praktijk is gebracht en bevat tevens een overzicht van het beleid dat voor het komend jaar en de daaropvolgende jaren wordt voorzien.[62]
2. Het remuneratierapport bevat in ieder geval de volgende informatie:[63]
    a. Verhouding tussen de vaste en variabele beloning met een gemotiveerde verklaring hiervoor.
    b. Verantwoording van een eventuele absolute verandering van de vaste bezoldiging.
    c. Indien van toepassing, een samenstelling van de zogenaamde ‘peer group’, zijnde de samenstelling van de groep van ondernemingen die mede bepalend is voor de hoogte en de samenstelling van de bezoldiging van de bestuurders.
    d. Samenvatting en verantwoording van het beleid van de vennootschap met betrekking tot de duur van de contracten met de bestuurders, de geldenopzegtermijnen en afvloeiingsregelingen en een verklaring in hoeverre de vennootschap de maximum ontslagvergoeding van een jaarsalaris onderschrijft.

---

[58] Best practicebepaling II.2.4 en II.2.5.
[59] Best practicebepaling II.2.6.
[60] Best practicebepaling II.2.7.
[61] Best practicebepaling II.2.8.
[62] Best practicebepaing II.2.9.
[63] Best practicebepaling II.2.10.

e. Een beschrijving van de prestatiecriteria waarop de variabele bezoldiging is gebaseerd.
f. Een verantwoording van die gekozen prestatiecriteria.
g. Een samenvatting van de beoordelingsmethoden voor de vaststelling of aan de prestatiecriteria is voldaan.
h. Indien de prestatiecriteria zijn gebaseerd op een vergelijking met externe factoren, een samenvatting van die factoren.
i. Een beschrijving van een verklaring voor iedere belangrijke voorgestelde wijziging van de voorwaarden waarop de variabele bezoldiging mede is gebaseerd.
j. Indien de variabele bezoldiging niet afhankelijk is van prestatiecriteria, een verklaring waarom dit niet het geval is.
k. Een overzicht van de pensioenregelingen en de financiering hiervan.
l. Vervroegde uittredingsregelingen voor bestuurders.

3. De belangrijkste elementen uit het contract met de bestuurder worden openbaar gemaakt, zoals de hoogte van het vaste salaris, de opbouw en samenstelling van de variabele bezoldiging, de eventuele afvloeiingsregeling, pensioenafspraken en prestatiecriteria.[64]
4. Indien gedurende het boekjaar een bijzondere vergoeding aan de bestuurder wordt betaald, bevat het remuneratierapport hierover een uitleg.[65]
5. Het remuneratierapport wordt gepubliceerd op de website van de vennootschap.[66]
6. Tot slot vermeldt de vennootschap de waarde van de aan bestuurders en het overige personeel toegekende opties in de jaarrekening.[67]

BEZOLDIGING VANUIT ARBEIDSRECHTELIJK PERSPECTIEF

Algemeen
De bezoldiging van de bestuurder/werknemer wordt vastgelegd in de arbeidsovereenkomst. Het loon is een van de essentiële onderdelen van die arbeidsovereenkomst. De hoogte en de samenstelling van het loon is vanuit arbeidsrechtelijk perspectief onderdeel van de contractsvrijheid van partijen. Ter bescherming van de werknemers zijn er slechts minimumvoorwaarden opgenomen zoals neergelegd in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

Naast het reguliere salaris, worden meestal onder allerlei benamingen winstdelingsregelingen of een aandelenoptieregeling opgenomen. Ook een pensioenregeling vormt over het algemeen een belangrijk onderdeel van de beloning.

Het spreekt voor zich dat een bestuurder na benoeming en na het aangaan van de arbeidsovereenkomst, al is hij bevoegd de bv alleen te vertegenwoordigen, geen arbeidsvoorwaarden voor zichzelf kan bedingen. In dat geval zal er sprake zijn van een tegenstrijdig belang. Zelfs al is hij op grond van de statuten wel bevoegd de bv te vertegenwoordigen, hij kan beter de schijn van belangenverstrengeling vermijden.

Afvloeiingsregelingen

Hoogte van de afvloeiïngsvergoeding

---

[64] Best practicebepaling II.2.11.
[65] Best practicebepaling II.2.12.
[66] Best practicebepaling II.2.13.
[67] Best practicebepaling II.2.14.

In Nederland worden afvloeiingsregelingen gebaseerd op het verdiende loon, vermeerderd met structurele variabele loonbestanddelen zoals de bonus, het gewogen aantal dienstjaren gebaseerd op de leeftijd van de werknemer en de factor 'verwijtbaarheid'. Dit rekenmodel is niet in de wet verankerd, maar vastgesteld door de Kring van Kantonrechters die dit rekenmodel bij de ontbinding van arbeidsovereenkomsten toepassen, ook wel de *Kantonrechtersformule* genoemd. Optieschade val hier niet onder en zal derhalve separaat gevorderd moeten worden. Optieschade ontstaat doordat de meeste optieregelingen een optievervalbeding bevatten waardoor bij het einde van het dienstverband de opties niet meer kunnen worden uitgeoefend.[68] Ook werkgeverspremies voor pensioenen vallen niet onder het rekenmodel van de kantonrechtersformule. Bij statutair directeuren van de nv/bv zijn er echter wel rechters die deze beloningscomponent meewegen bij de bepaling van de hoogte van de afvloeïingsvergoeding.

Afvloeiingsregeling bij voorbaat
Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met een bestuurder/directeur/werknemer komt het voor dat bij aanvang al een beëindigingregeling in de overeenkomst opgenomen.[69] De achtergrond van dergelijke regelingen is dat bestuurders van nv's en bv's veel minder ontslagbescherming hebben dan gewone werknemers. Voor die groep is een dergelijke regeling dan ook te billijken. Tegenwoordig ziet men dergelijke regelingen ook wel bij andere groepen leidinggevenden die wel de maximale ontslagbescherming genieten. De vraag is nu of dergelijke contractuele afspraken ook standhouden in procedures. Over dit onderwerp is veel rechtspraak gepubliceerd. De strekking daarvan is dat een rechter bij het einde van de arbeidsovereenkomst een discretionaire bevoegdheid heeft een vergoeding toe te kennen. Bij kennelijk onredelijk ontslag gaat het dan om een billijke schadevergoeding[70], bij ontbinding door de rechter op grond van artikel 7:685 BW om een billijke vergoeding. Deze artikelen bevatten dwingend recht, zodat hiervan niet rechtsgeldig bij overeenkomst kan worden afgeweken. Niettemin houdt de rechter wel rekening met de overeengekomen beëindigingvergoeding of afvloeiingsregeling. In het algemeen wordt een overeengekomen afvloeiingsregeling zo geformuleerd, dan deze niet verschuldigd is bij ontslag op staande voet of ernstige verwijtbaarheid ten aanzien van het ontstaan van de ontslaggrond van de zijde van de bestuurder/werknemer. De teneur van de rechtspraak is dat een dergelijke regeling als een minimum regeling kwalificeert nu de onredelijkheid van het ontslag mee kan brengen dat een hogere ontslagvergoeding billijk is.[71]

Ook kan een rechter, nadat een arbeidsovereenkomst is ontbonden met toekenning van een vergoeding, alsnog een vordering tot nakoming van een overeengekomen afvloeiingsregeling toewijzen. In het arrest van de Hoge Raad DCW/Blakborn[72] ging het om zo'n vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling. Indien de rechter in de ontbindingsprocedure – zonder bekend te zijn met een tussen partijen overeengekomen afvloeiingsregeling – een vergoeding naar billijkheid of geen vergoeding heeft toegekend, dient de rechter die in een latere procedure heeft te oordelen over de vordering tot nakoming van die afvloeiingsregeling, de toegekende ontbindingsvergoeding in zijn beschouwingen te betrekken, indien het debat van partijen daartoe aanleiding geeft. Uitgangspunt in laatstbedoelde procedure is dat de afvloeiingsregeling moet worden nagekomen. Indien de werkgever zich op het standpunt stelt dat in verband met de toegekende ontbindingsvergoeding nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zoals bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW, onaanvaardbaar is, dan dient de rechter op grond van zijn uitleg van de overeenkomst vast te stellen of partijen daarbij

---

[68] Zie onder andere HR 12 juni 1998, JAR 1998/183 (Cicurel/Alcatel).

[69] Zie ondermeer de modelovereenkomst van het Nederlands Centrum voor Directeuren.

[70] Artikel 7:681 BW.

[71] Zie onder andere HR 7 april 1995, JAR 1995/681 (Statenbank/Fiet) en Kantonrechter Leeuwarden 7 maart 2002, JAR 2002/90.

[72] HR 2 april 2004, JAR 2004/112.

rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat naast de afvloeiingsregeling door de rechter een ontbindingsvergoeding wordt vastgesteld. Indien dat het geval is, zal in het algemeen geen sprake zijn van onaanvaardbaarheid. Indien dat niet het geval is, kan wel sprake zijn van onaanvaardbaarheid, maar in verband met de terughoudendheid die bij de toepassing van deze maatstaf geboden is, is dit slechts bij hoge uitzondering het geval.

Is de rechter in de ontbindingsprocedure wel bekend met de tussen partijen overeengekomen afvloeiingsregeling, dan dient hij – zoals hiervoor reeds aan de orde kwam – bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding ervan uit te gaan dat die regeling zal worden nagekomen, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat dit in het betrokken geval niet mag worden verwacht.

DE OR EN HET BEZOLDIGINGSBELEID

Algemeen
De OR heeft geen medezeggenschap ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders. Hoewel het enige tijd ter discussie heeft gestaan of de OR een rol moest worden toebedeeld bij de beloning van de statutair bestuurder, bevat ook de Corporate Governance Code geen echte opening om de OR een rol te geven bij de besluitvorming ten aanzien van de hoogte van de bezoldiging van de bestuurder. Er zijn stemmen geweest die meenden dat het bezoldigingsbeleid van bestuurders van de nv/bv onder het instemmingsrecht zou vallen. Tot nu toe vindt dit geen navolging.

Informatierecht OR
Op dit moment heeft de OR ten aanzien van de bezoldiging van bestuurders nog een beperkt informatierecht. Bij de nv is dit sinds oktober 2004 gewijzigd. Artikel 2:135 BW bepaalt dat het bezoldigingsbeleid schriftelijk en gelijktijdig met de aanbieding aan de AVA ter kennisneming aan de OR moet worden aangeboden. De OR heeft dan de mogelijkheid zijn bevindingen informeel aan de AVA kenbaar te maken, voordat de AVA tot vaststelling van dit bezoldigingsbeleid overgaat.

Sinds 1 september 2006 kent de WOR middels een nieuw artikel 31 d WOR een informatierecht toe aan ondernemingsraden omtrent de hoogte van inkomens en overige arbeidsvoorwaarden van topkader, bestuurders en toezichthouders. Dit informatierecht is beperkt tot ondernemingen waar ten minste 100 personen werkzaamheden zijn. Uitgezonderd hiervan zijn familiebedrijven[73].

Mogelijkheden in het overleg tussen OR en de bestuurder
De OR kan de bezoldiging van de bestuurder met de ondernemer bespreken in het kader van het adviesrecht dat de OR heeft bij de benoeming van een bestuurder in de zin van de WOR.

Indien en voor zover de OR het bezoldigingsbeleid onderwerp wenst te maken van het overleg, ligt het voor de hand dat hiervoor het overleg wordt gekozen waarin de algemene gang van zaken van de onderneming wordt besproken. Bij dit overleg behoort de RvC aanwezig te zijn, dan wel het bestuur van de onderneming. De OR kan hierbij met gebruikmaking van het initiatiefrecht[74] voorstellen doen over het bezoldigingsbeleid dan wel de wijze waarop hierover met de ondernemer overleg wordt gevoerd. Indien de ondernemer weigert hierover afspreken te maken, zal de ondernemer in ieder geval moeten motiveren waarom hij dit niet wenselijk acht. Dit onderwerp zal verder ieder jaar op tafel kunnen komen nu het informatierecht ten aanzien van de beloningen van het bestuur en de rest van de werknemers wordt versterkt in het kader van de algemene gang van zaken van de onderneming.

Conclusies

---

[73] Artikel 31e WOR. In de volksmond ook wel de 'Wet Harrewijn' genoemd.
[74] Artikel 23 WOR.

De bezoldiging van de bestuurders is een onderwerp waar de OR tot op heden te weinig mee te maken heeft. Bij bestuurders van een nv of bv is het een zaak van de AVA en de RvC. Met de Corporate Governance Code en het nieuwe informatierecht zal de invloed van de OR op het bezoldigingsbeleid wellicht iets toenemen, zij het dat de AVA uiteindelijk beslist. Het voordeel van de Corporate Governance Code is dat deze transparante richtlijnen geeft over de wijze waarop de bezoldiging tot stand komt. Nadeel is dat de Corporate Governance Code niet op alle ondernemingsvormen van toepassing is. De OR kan via het initiatiefrecht proberen het bezoldigingsbeleid op de agenda te krijgen. Het is zaak dat dit overleg plaatsvindt met die gesprekspartners die daadwerkelijk iets met de voorstellen van de OR kunnen doen. Het lijkt erop dat dit voor de nv/bv de RvC is en voor de vereniging/coöperatie/onderlinge waarborgmaatschappij/stichting het bestuur.

Tot slot

In de voorgaande paragrafen heb ik getracht een overzicht te geven van de verschillende aspecten van het fenomeen 'bestuurder'. Dit vanuit het uitgangspunt dat de OR en de bestuurder overlegpartners zijn en beiden vanuit hun positie het belang van de onderneming moeten dienen. Het blijkt dat het begrip 'bestuurder' niet onder een noemer te vangen is. Dit heeft gevolgen voor de taken en bevoegdheden die de bestuurder heeft, ook in de relatie met de OR.

Voor een goede invulling van de relatie tussen de OR en de bestuurder is het van belang dat beide partijen weten wat zij van elkaar kunnen verwachten. Mocht blijken dat de bestuurder te weinig mandaat heeft voor een zinvol regulier overleg met de OR, dan zullen zowel de bestuurder als de OR de aandacht van belangrijke onderwerpen verschuiven naar de vergadering waarin de algemene gang van zaken wordt besproken.

De bestuurder van de nv of bv heeft arbeidsrechtelijk gezien een mindere positie dan de reguliere werknemer. Naast het risico van ontslag, bestaat er daarnaast voor bestuurders van rechtspersonen nog het risico van privé-aansprakelijkheid. Het betreft derhalve bijzondere posities met bijzondere taken en bevoegdheden, maar ook met verplichtingen. Hier past een goede bezoldiging bij, zij het dat tijdig inzicht in het te voeren bezoldigingsbeleid verhelderend kan werken, zowel voor de OR als de buitenwacht. Een belang waarmee de onderneming toch zeker gediend is, is publicitaire rust op dit terrein. De OR zou daaraan een bijdrage kunnen leveren indien alle betrokken partijen dit wensen.