



Postbus 1110
3000 BC Rotterdam
Weena 750
3014 DA Rotterdam
T +31 10 224 00 00
F +31 10 414 84 44

Rotterdam, 4 september 2003
Cie CG 04092003.doc

C.G. Scholtens, advocaat
T 31 10 224 03 67
F 31 10 224 00 11
gijs.scholtens@nautadutilh.com

Commissie Corporate Governance
T.a.v. drs. R. Abma
p/a Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Mijne heren,

SN/hdk - Conceptcode Corporate Governance d.d. 1 juli 2003

Met veel belangstelling heb ik kennis genomen van de conceptcode en maak gaarne gebruik van de geboden mogelijkheid commentaar daarop te leveren.

Als arbeidsrecht advocaat beperk ik mij daarbij tot het onderdeel dat betrekking heeft op de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurders van vennootschappen.

In I.1.1 wordt voorgesteld een benoemingsperiode van maximaal vier jaar met herbenoemingsmogelijkheid telkens wederom voor maximaal vier jaar. Vennootschapsrechtelijk is dat naar huidig recht mogelijk, doch de vraag is welke arbeidsrechtelijke implicaties dat, naar huidig recht, zou hebben. Ervan uitgaande dat er, wederom naar huidig recht, sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap waarvan hij bestuurder is (op de situatie dat de bestuurder in dienst is van een andere concernvennootschap kom ik hierna terug) zijn er twee mogelijkheden. Of er wordt een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd van vier jaar (of een kortere benoemingsperiode) al of niet met mogelijkheid van tussentijdse opzegging, waarbij dan derhalve de vennootschapsrechtelijke benoemingsperiode en de arbeidsrechtelijke contractduur parallel lopen. Of er wordt een arbeidsovereenkomst aangegaan voor onbepaalde tijd, waarbij dientengevolge, wanneer de vennootschapsrechtelijke benoemingsperiode als bestuurder eindigt, de arbeidsovereenkomst niet automatisch gelijktijdig eindigt.

Amsterdam
Brussel
Londen
Luxemburg
New York
Rotterdam

NautaDutilh N.V. is gevestigd te Rotterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24338323. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst tot opdracht met NautaDutilh N.V. Op de overeenkomst zijn van toepassing de algemene voorwaarden van NautaDutilh N.V. Deze algemene voorwaarden bevatten onder meer een beperking van aansprakelijkheid, zijn gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Rotterdam, zijn in te zien op www.nautadutilh.com en worden op verzoek kosteloos toegezonden.
ABN AMRO Bank 42.61.85.323; Fortis Bank 64.02.57.747; ING Bank 69.33.63.282; Postbank 9047; ten name van Stichting Beheer Derdengelden Advocatuur NautaDutilh.

In de eerste situatie (de overeenkomst voor bepaalde tijd) zal op grond van art. 7:668a BW (de zogenaamde ketenbepaling) bij een herbenoeming na een eerste periode van drie jaar of langer voor een bepaalde duur aan het einde van de tweede (en alle volgende) herbenoemingsperiode(n) de arbeidsovereenkomst niet meer van rechtswege eindigen, omdat dan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal zijn ontstaan, welke slechts door opzegging (ontbinding door de rechter wegens gewichtige redenen op grond van art. 7:685 BW hier maar even buiten beschouwing latend) kan worden beëindigd. De (her)benoemingsperiode loopt dan dus niet meer synchroon met de arbeidsrechtelijke contractduur. Voor het door de Commissie blijkbaar voorgestane systeem dat (het einde van) de arbeidsovereenkomst automatisch gekoppeld is aan (het einde van) de benoemingsperiode als bestuurder, zal dientengevolge wetswijziging nodig zijn door, onder meer, art. 7:668a BW buiten toepassing te verklaren op de arbeidsovereenkomst van bestuurders.

Is er, al of niet van de aanvang af, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, dan geldt sowieso dat die arbeidsovereenkomst niet automatisch eindigt aan het einde van de benoemingsperiode. Eindigt in dat geval de benoemingsperiode dan is de bestuurder daarna geen bestuurder der vennootschap meer, maar nog wel in dienst –met dezelfde arbeidsvoorwaarden!- als "gewoon" werknemer en zal als ontslag moet plaatsvinden alsnog opzegging van de arbeidsovereenkomst dienen te volgen dan wel ontbinding op grond van art. 7:685 BW door de rechter. Daarbij doet zich dan de complicatie voor dat door de Hoge Raad nog steeds niet is beslist of de inmiddels dan "gewone" werknemer zijnde ex-bestuurder wel of niet beschermd wordt door art. 6 BBA en dientengevolge slechts met toestemming van de CWI kan worden opgezegd.

Terzijde merk ik op dat het niet mogelijk is in de arbeidsovereenkomst de ontbindende voorwaarde op te nemen dat de arbeidsovereenkomst automatisch eindigt indien de bestuurder de hoedanigheid van bestuurder verliest, omdat dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in strijd zou zijn met het stelsel van ontslagbescherming.

Tenslotte kan de situatie zich voordoen binnen een concern dat de bestuurder in dienst is als "gewoon" werknemer bij een andere concernvennootschap. Dat zal zich bij beursgenoteerde vennootschappen waarschijnlijk niet of nauwelijks voordoen, maar bij andere vennootschappen is dat in concernverhoudingen regelmatig het geval. Dan is er slechts een vennootschapsrechtelijke band met de vennootschap waarvan de bestuurder bestuurder is en kan, zonder consequenties voor de arbeidsrechtelijke relatie van de bestuurder met de vennootschap waar hij in dienst is als "gewoon" werknemer, het door de Commissie voorgestane systeem worden toegepast.

In alle gevallen waarin de bestuurder in dienst is van de vennootschap waarvan hij bestuurder is zal, zoals uit bovenstaande mag blijken, vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt ingrijpende, wetswijziging nodig zijn om het door de Commissie beoogde effect te bereiken.

Voorts stelt de Commissie in I.2.10 voor om de ontslagvergoedingen van bestuurders te maximeren tot één jaar (het vaste jaarsalaris). Naar ik aanneem doelt de Commissie zowel op bij voorbaat in de arbeidsovereenkomst overeengekomen regeling in geval van ontslag als op door de rechter toe te kennen ontslagvergoedingen in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen ex art. 7:685 BW of wegens kennelijk onredelijke opzegging ex art. 7:681 BW.

Onduidelijk is welke de beweegredenen van de Commissie daartoe zijn. Indien het voorstel is ingegeven door de recente commotie over vermeende bovenmatige gouden handdrukken zou dat onjuist zijn, waartoe ik korthedshalve verwijs naar mijn artikel "Misplaatste commotie over gouden handdrukken" in het Nederlands Juristenblad van 9 mei jl., blz. 972/973.

Ook in het geval de "kantonrechttersformule" wordt gehanteerd bij ontslag van bestuurders van (beursgenoteerde) vennootschappen wijs ik erop dat die formule bij een "falende" bestuurder in beginsel zou leiden tot een vergoeding van nul. Het probleem is echter –maar dat geldt niet alleen voor bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen maar ook voor bestuurders van alle vennootschappen, ja zelfs voor alle werknemers- dat falen dan ook wel aangetoond moet zijn. Het enige verschil in dit opzicht tussen een bestuurder van een NV of BV en/of "gewone" werknemer is dat een "gewone" werknemer slechts een inspanningsverplichting heeft terwijl een bestuurder gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en dus eerder op het resultaat kan en mag worden, letterlijk, "afgerekend", maar dat komt in de C(orrectie)-factor in de kantonrechttersformule voldoende tot zijn recht. Het huidige recht laat in de artikelen 7:681 en 7:685 BW alle ruimte aan de rechter om een billijke vergoeding vast te stellen, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval en limitering tot één jaar (vast) salaris zou dientengevolge ook slechts door een -ook hier ingrijpende- arbeidsrechtelijke wetswijziging kunnen worden gerealiseerd.

Door de Commissie wordt dan ook sub 2 Annex 1 een wetswijziging voorgesteld om de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen (maar ook van andere vennootschappen) te wijzigen, waarbij de Commissie zelfs zo ver gaat voor te stellen dat het arbeidsovereenkomstenrecht niet langer van toepassing zal zijn op bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen.

Vooropgesteld moet worden dat, naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, het er niet toe doet hoe partijen een rechtsverhouding typeren, maar als er sprake is van, kort gezegd, het verrichten van arbeid in ondergeschiktheid gedurende een zekere tijd tegen beloning er een arbeidsovereenkomst is waarop de artikelen 7:610 e.v. BW van toepassing zijn. De wet kent daarop voor een bestuurder van een NV of BV enkele uitzonderingen. Door de Commissie is reeds gewezen op art. 2:134 BW, terwijl, belangrijker nog, de preventieve ontslagtoets door de CWI van art. 6 BBA niet van toepassing is op het ontslag van een bestuurder van een NV of BV.

Enige argumentatie of rechtvaardiging voor het voorstel van de Commissie om bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, terwijl zij dé-facto werknemer blijven (zij blijven immers arbeid verrichten in ondergeschiktheid tegen beloning) ontbreekt. Welke zou de rechtspositie van deze bestuurders dan wel moeten worden? Die rechtspositie zal immers toch een wettelijke regeling of tenminste grondslag moeten hebben, want niet goed is voor te stellen dat bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen rechteloos zouden (moeten) worden.

Wanneer de diepere achtergrond van het voorstel van de Commissie om bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen niet meer onder het arbeidsovereenkomstenrecht te laten vallen gelegen is –en het direct daaraan voorafgaande voorstel over de limitering van de ontslagvergoeding wijst in die richting- dat excessieve ontslagvergoedingen moeten worden vermeden, dan is daarvoor op zich geen wetswijziging, laat staan die welke de Commissie voorstaat, nodig.

Immers, met betrekking tot vooraf overeengekomen ontslagvergoedingen bestaat contractsvrijheid en mag van verstandige vennootschappen (lees: Raden van Commissarissen) verwacht worden dat zij goede overeenkomsten sluiten. Het daarin maximeren van de ontslagvergoeding op één jaar (vast salaris) is niet alleen in strijd met het huidige art. 7:681 BW, maar bovendien onbillijk, nu dat de bestuurder niet vrijwaart van kennelijk onredelijk ontslag. Anders gezegd zou een dergelijke limitering de vennootschap (lees wederom: de Raad van Commissarissen) een vrijbrief geven om een bestuurder maar naar willekeur te ontslaan als het toch niet meer dan één jaar (vast) salaris zou kosten, ook al is de bestuurder reeds lange tijd in dienst van de vennootschap. Vanzelfsprekend zullen verstandige commissarissen een bestuurder niet naar willekeur ontslaan, maar het aanwezig zijn van checks and balances behoort naar beide kanten te werken. Bestuurders moeten bij ontslag niet meer, maar ook niet minder, krijgen dan onder de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is (of dat nu is via een regeling bij voorbaat overeengekomen of door de rechter vastgesteld) maar omgekeerd dienen bestuurders beschermd te zijn tegen (kennelijk) onredelijk ontslag door de vennootschap.

Bovendien valt niet in te zien waarom er een principieel onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, bestuurders van andere NV's of BV's en "gewone" werknemers. Immers in alle gevallen zal, zoals hierboven reeds geschreven, de ontslagvergoeding bepaald worden op grond van alle omstandigheden van het geval. Daaraan voeg ik toe dat het onderscheid bestuurder/"gewone" werknemer in veel gevallen ook niet maatgevend kan zijn. Een "vice president" niet-bestuurder van een groot internationaal concern, en dus "gewone" werknemer, kan een veel zwaardere taak en verantwoordelijkheden hebben (met dienovereenkomstige beloning) dan de voorzitter van de Raad van Bestuur van een kleine beursgenoteerde vennootschap.

Ik laat gemakshalve de hele problematiek in dit verband van het wijzigen van de structuur van de onderneming en het naar of van de beurs gaan nog maar buiten beschouwing.

Er is eerder sprake van een universeel (in ons poldermodel) probleem van ontslagbescherming en ontslagvergoedingen.

Indien de conclusie zou moeten zijn dat wijzigingen in ons ontslagrecht wenselijk zouden zijn en in het bijzonder voor wat betreft het systeem van ontslagbescherming en ontslagvergoedingen, is dat niet iets dat alleen bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen of van NV's en BV's in het algemeen zou (moeten) betreffen, omdat dezelfde problematiek speelt in alle arbeidsverhoudingen van hoog tot laag, weliswaar met verschillend gewicht, maar toch in wezen hetzelfde.

Dat leidt er dan toe dat de hierboven beschreven voorstellen van de Commissie niet op die wijze overgenomen zouden kunnen en moeten worden, maar hoogstens aan de orde zouden kunnen komen in een veel bredere discussie over ons arbeidsovereenkomstenrecht en in het bijzonder ons ontslagrecht. Die discussie, wordt, zoals ik genoegzaam bekend veronderstel, al vele decennia, maar tot nu toe vruchteloos, gevoerd. Het separaat entameren van een wetswijziging als de Commissie voorstaat is, vrees ik, gezien die algemene discussie, los van mijn specifieke hierboven genoemde bezwaren, een mission impossible.

Tot nadere toelichting ben ik vanzelfsprekend bereid en ik wens de Commissie wijsheid toe bij de voltooiing van de, overigens zo constructieve en naar het mij voorkomt werkbare, code of conduct.

Tegen publicatie van de inhoud van deze brief op de website van de Commissie heb ik vanzelfsprekend geen bezwaar.

Hoogachtend



NautaDutilh N.V.

C.G. Scholtens