

Juridische actualiteiten

Deze rubriek signaleert ontwikkelingen in regelgeving en jurisprudentie over onderwerpen die voor accountants en bedrijfseconomen van belang zijn.

De rubriek staat onder redactie van mr. M. Verhorst (lid redactieraad MAB voor het ondernemingsrecht) en prof. mr. A.F.M. Dorresteyn (hoogleraar privaatrecht Open universiteit). De bijdragen aan deze aflevering zijn verzorgd door verschillende auteurs.

Rechtspositie bestuurder rechtspersoon

Prof. Mr. A.F.M. Dorresteyn

Bestuurders van rechtspersonen zijn in meer opzichten gewone werknemers dan wel werd gedacht. Zij kunnen als elke andere werknemer aanspraak maken op bescherming tegen ontslag bij ziekte, aldus de Hoge Raad in een in 1993 gewezen arrest.

De rechtspositie van statutaire bestuurders van rechtspersonen heeft een hybride karakter, althans bij bestuurders die natuurlijke personen zijn en die in dienst zijn van de rechtspersoon. Deze bestuurder/werknemer treft men vooral bij nv's en bv's, bij andere rechtspersonen zoals de coöperatie zijn bestuurders om uiteenlopende redenen veelal niet in dienst van de rechtspersoon. Het hybride karakter vloeit voort uit het feit dat er sprake is van zowel een vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking (als we ons beperken tot bestuurders van nv en bv) als een arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking. Met name bij ontslagzaken kunnen de rechtsnormen uit die twee verschillende rechtsgebieden conflicteren. Volgens het vennootschapsrecht kan de algemene vergadering van aandeelhouders van een niet-structuurvennootschap een bestuurder te allen tijde

ontslaan (art. 2:132 jo. 134 en 2:242 jo. 244 BW), het arbeidsrecht kent daarentegen allerlei beperkingen en uitzonderingen betreffende ontslag.

Een bestuurder kan zijn ontslag langs twee wegen aanvechten. Langs de *vennootschapsrechtelijke weg* kan hij in beroep gaan tegen de wijze waarop het ontslagbesluit tot stand is gekomen, bijvoorbeeld als termijnen voor oproeping of agendering van de vergadering niet in acht zijn genomen of als het ontslagbesluit is genomen zonder dat ooit eerder tegen de bestuurder bezwaren zijn geuit. De bestuurder kan hiermee bereiken dat het besluit van de algemene vergadering moet worden teruggedraaid. Het ontslag is dan van de baan, de dienstbetrekking blijft in stand en hij of zij blijft statutair bestuurder.

Dat laatste kan hij of zij niet langs de *arbeidsrechtelijke weg* bereiken. Het arbeidsrecht heeft slechts betrekking op de dienstbetrekking van de werknemer, niet op zijn functie binnen de rechtspersoon. Een werkgever die een werknemer wil ontslaan, heeft te maken met opzegtermijnen, met een ontslagvergunning en soms, zoals bij ziekte van de werknemer, zelfs met een ontslagverbod (art. 7A:1639h BW). In verband met de bijzondere positie van statutaire bestuurders zijn zij van enkele van deze beschermende regels uitgezonderd. Zo is er voor ontslag van de bestuurder/werknemers geen ontslagvergunning vereist en kan de rechter de vennootschap niet veroordelen tot herstel van een eenmaal verbroken dienstbetrekking.

Lange tijd is onzeker geweest of de bestuurder aanspraak kon maken op bescherming door de ontslagverboden uit het BW. In het arrest *Levison/MAB* ging het om het ontslag door de algemene vergadering van aandeelhouders van de bestuurder. *Levison* geheten, die ten tijde van het ontslag gedeeltelijk ar-

beidsongeschikt was. De Hoge Raad besliste dat de bestuurder in zo'n geval moet worden beschouwd als een gewone werknemer. De ratio van het ontslagverbod bij ziekte is volgens de Hoge Raad de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die ontslagaan-zegging tijdens de ziekte kan veroorzaken en dat pleit ervoor om de bepaling ook op bestuurders toe te passen (HR 13 november 1993, NJ 1993, 265). Een beroep op een wettelijk ontslagverbod leidt tot nietigheid van het ontslag. Levison bereikte aldus dat zijn dienstbetrekking in stand bleef en dat hij in beginsel recht behield op doorbetaling totdat zijn arbeidsovereenkomst zou zijn beëindigd met inachtneming van de daarvoor geldende regels.

Levison bewandelde uitsluitend de arbeidsrechtelijke weg. Het ontslagbesluit heeft hij niet langs vennootschapsrechtelijke weg bestreden. Kennelijk was hij ervan overtuigd dat het besluit voor wat betreft de wijze van tot stand komen correct was. Het resultaat is dat hij nog wel werknemer is, maar niet meer als statutair bestuurder kan functioneren. Denkbaar is dat de vennootschap mede daarom om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen kan verzoeken (art. 7A:1639w BW).

Sale en lease back

Mr. P.C. Slangen

Is een sale en lease back constructie in strijd met het verbod tot zekerheidsoverdracht?

In het Burgerlijk Wetboek treft men een bepaling aan die de overdracht tot zekerheid verbiedt. De wet zegt het zo: een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed, art. 3:84 lid 3 BW. Deze bepaling verdient zeker geen schoon-

heidsprijs, maar vervelender is dat zij de praktisch voor problemen stelt. Want wat valt wel onder het verbod en wat (net) niet? Een begin van een antwoord treft men – voorzover het de zogeheten sale en lease back constructie betreft – aan in een recent kort-geding vonnis (Rb. Utrecht 25 mei 1993).

Garagebedrijf Kooijman (hierna: K) is enig aandeelhoudster van Trucklease Tiel BV (hierna: TLT). K heeft eind augustus 1992 een vordering van f 165.000,- op Transportbedrijf Van der Meent BV (hierna: M) uit hoofde van onderhouds- en reparatieovereenkomsten. K geeft aan M te kennen niet langer genoeg te nemen met diens positie als debiteur. En hij is niet de enige; M's huisbankier laat tevens weten de kredietverlening te zullen staken. Op 31 augustus 1993 verkoopt en levert M een aantal van haar bedrijfsauto's aan K. De koopprijs komt overeen met de getaxeerde handelswaarde en bedraagt in totaal ongeveer f 154.000,-. Op 1 september worden de bedrijfsauto's door TLT terugverhuurd aan M. Contractueel is overeengekomen dat de wagens geheel voor M's rekening en risico komen. Dat betekent onder meer dat M de wegenbelasting, het onderhoud en de verzekering van de wagens zal moeten betalen. Ook de huurprijs is niet mals; in enkele gevallen bedraagt zij 10% van de waarde van de bedrijfsauto.

Op 5 november 1992 legt de Ontvanger der Rijksbelastingen executoriaal beslag op de bedrijfsauto's die bij M in gebruik zijn. In kort geding eisen TLT en K opheffing van het beslag, resp. schorsing van de voorgenomen executie. Zij stellen zich daarbij op het standpunt dat het hier gaat om een normale koopovereenkomst die gevolgd is door een al even normale huurovereenkomst. De Ontvanger is van mening dat het een sale en lease back constructie betreft en dat deze in strijd is met het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW. De rechter stelt de Ontvanger in het gelijk en overweegt, dat ook onder het sinds 1 januari 1992 geldende recht bij verkoop en terugverhuren

niet steeds strijd met art. 3:84 lid 3 BW (behoeft) te ontstaan, doch nodig is dan wel dat met de verkoop en de levering van de zaak een reële eigendomsoverdracht wordt beoogd en de huur een normaal karakter heeft. Daarvan kan in casu niet worden gesproken'. En de rechter vervolgt, dat 'in werkelijkheid een financieringsregeling is getroffen, waarbij de zogenaamde koop ten doel had de voertuigen van M tot zekerheid aan K over te dragen. Daarmee komt de overdracht in strijd met het in art. 3:84 lid 3 BW gegeven verbod en mist zij derhalve een rechtsgeldige titel.'

De rechter heeft bij zijn oordeel (onder meer) de volgende gegevens – afkomstig uit de huurovereenkomst – betrokken:

- de huurprijzen staan in geen verhouding tot de waarde van de voertuigen; binnen een jaar zou M de waarde van de voertuigen al in de vorm van huurtermijnen aan K hebben voldaan.
- de bedrijfswagens komen geheel voor rekening en risico van de huurder.
- de kentekenbewijzen zijn op naam van M blijven staan.
- de huurder is niet bevoegd wijzigingen en toevoegingen aan te brengen, tenzij daarvoor de waarde van de bedrijfsauto's als verhaalsobject zou vermeerderen.

Duidelijk is dat K geen enkele eigendomsrisico heeft willen lopen of althans dit risico tot het absolute minimum heeft willen beperken.

De huurovereenkomst staat immers bol van de bepalingen die ervoor moeten waken dat het economische en feitelijke risico bij M blijft. Door in gevallen als deze de huurovereenkomst onder de loep te nemen kan men – aldus de rechter – iets zeggen over de aard van de overdracht die eraan vooraf is gegaan. Van belang kan voorts zijn of de financier (K) de verhuurde objecten op zijn balans heeft gezet. Indien dat niet het geval is, zal ook daarin een aanwijzing gelegen zijn dat het niet om een normale koop- resp. huurovereenkomsten gaat.

K is dus noch 'echte' eigenaar geworden, noch 'zekerheidseigenaar'. Het eerste alternatief was niet bedoeld en de wet steekt voor het tweede een stokje.

Echt enthousiast kan men over dit resultaat niet worden. De sale en lease back constructie speelt een belangrijke rol in het kredietverkeer, met name bij de financiering van roerende zaken (computers, bedrijfswagens, etc). Een financieringsconstructie waaraan maatschappelijke behoefte bestaat, dient in beginsel te kunnen worden gehanteerd; het recht mag daaraan niet in de weg staan. Een mogelijke oplossing is de wet op dit punt te wijzigen, bijv. door het artikel te schrappen. Dat zou dubbele winst opleveren: men hoeft ook niet meer eindeloos te debatteren over de vraag welke constructie nu wel en welke niet onder het fiducia-verbod van art. 3:84 lid 3 BW valt.

Vertrouwen in de notaris

Mr. J. van Miltenburg

Zorgplicht notaris in verband met onbevoegde vertegenwoordiging

Bij het maken van een authentieke akte treedt de notaris op als openbaar ambtenaar. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, rust op de notaris een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Wanneer de notaris een akte verlijdt waarbij namens een partij wordt opgetreden door een vertegenwoordiger, dient de notaris zich zo volledig en nauwkeurig mogelijk ervan te vergewissen dat die vertegenwoordiger bevoegd is tot het namens de vertegenwoordigde verrichten van de in die akte opgenomen rechtshandelingen. I.c. ging het om een procuratiehouder van een bank die zonder daartoe bevoegd te zijn na-

mens de bank optrad. De notaris had telefonisch van het handelsregister te horen gekregen dat de procuratiehouder zonder meer bevoegd was de bank te vertegenwoordigen. Later bleek dat deze mededeling niet juist was en dat de inschrijving in het handelsregister vermeldde dat de procuratiehouder slechts een beperkte volmacht had. Het telefoontje naar het handelsregister was niet voldoende. De notaris is aansprakelijk uit onrechtmatige daad wegens onzorgvuldig gedrag. Aan allen die hierdoor schade lijden is hij dan verplicht schade te vergoeden wegens schending van zijn onderzoeksplicht. Aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 28 september 1990, NJ 1991, 473.

In een recent arrest is dezelfde kwestie van de onbevoegde vertegenwoordiging en de rol van de notaris opnieuw aan de orde geweest. Indien ten onrechte de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt gewekt, komt dat primair voor rekening van de gevolmachtigde. Echter, de wederpartij die op grond van een verklaring of gedraging van de volmachtgever heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, wordt jegens de volmachtgever beschermd.

De vraag is natuurlijk onder welke omstandigheden er van zo'n verklaring of gedraging sprake is. In ieder geval kan een door de notaris opgemaakte authentieke akte niet als zo'n verklaring gelden. Daaruit kan geen rechtens relevante schijn van bevoegdheid voortvloeien aangezien een notaris immers niet degene is in wiens naam een rechtshandeling door een gevolmachtigde wordt verricht. Aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 1993, RvdW 1994, 15.

Degene die wil weten of de gevolmachtigde die tegenover hem zit, wel echt bevoegd is, kan dus niet afgaan op hetgeen de notaris daaromtrent in een akte vastlegt. Daar staat tegenover dat, zoals uit het arrest uit 1990 blijkt, de notaris op straffe van aansprakelijkheid verplicht is om zich ervan te vergewissen dat een volmacht deugdelijk is.

Arbeidsovereenkomst en overgang van onderneming

Mr. H.J.M. Severeijns-Wijenbergh

Door overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen van de werkgever uit de arbeidsovereenkomsten van rechtswege over op de verkrijger (art. 7A:1639bb BW). Een recent arrest van de Hoge Raad d.d. 24 december 1993, RvdW 1994, 18, heeft betrekking op deze materie.

De van belang zijnde (juridische) feiten, zijn de volgende. Nadat Wijnands op 1 maart 1988 als advertentie-acquisiteur in dienst is getreden bij Heemsteedse Courant B.V., zijn er begin 1989 moeilijkheden gerezen tussen Wijnands en de leiding. Van april 1989 tot begin juli 1989 is Wijnands ziek geweest. Na zijn betermelding begin juli 1989 heeft Wijnands verlof opgenomen om voor een ander werkzaamheden te gaan verrichten en op 4 juli 1989 is hij bij een derde in dienst getreden. De dag daarop heeft Wijnands een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met Heemsteedse Courant B.V. bij de kantonrechter ingediend, waarna ook Heemsteedse Courant B.V. op 19 juli 1989 een overeenkomstig ontbindingsverzoek bij de kantonrechter heeft ingediend (art. 7A:1639w BW). Op 28 juli 1989 heeft de kantonrechter de betreffende dienstbetrekking ontbonden met ingang van 1 augustus 1989, op grond van het feit dat de arbeidsrelatie ernstig en blijvend is verstoord.

Tijdens de ontbindingsprocedure voor de kantonrechter, in elk geval vóór de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, is de onderneming van Heemsteedse Courant B.V. in de zin van art. 7A:1639aa BW e.v. overgegaan op Haarlems Dagblad.

In art. 7A:1639aa lid 1 sub b BW is bepaald dat onder overgang van een onderneming wordt verstaan overgang van een onderneming tengevolge van een overeenkomst. Als voorbeelden van overeenkomsten worden in

hetzelfde artikellid genoemd de koop-, huur-, pachtovereenkomst en de overeenkomst tot uitgifte in vruchtgebruik. Aan de overgang van de onderneming van Heemsteedse Courant B.V. op Haarlems Dagblad heeft dus een overeenkomst ten grondslag gelegen, waarschijnlijk een koopovereenkomst. Art. 7A:1639bb bepaalt vervolgens dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in de onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, *van rechtswege overgaan* op de verkrijger. De verkrijger van de onderneming en de bij die onderneming in dienst zijnde werknemer, worden automatisch elkaars contractspartij. Dit betekent onder andere dat de verkrijger van een onderneming aansprakelijk kan zijn voor achterstallig loon en vakantietoeslag (over een periode die gelegen is voordat hij de onderneming heeft overgenomen).

Wijnands vordert met het oog hierop van Haarlems Dagblad betaling van achterstallig loon en vakantietoeslag over een periode waarin Heemsteedse Courant B.V. nog aan het roer stond. Volgens Haarlems Dagblad waren de art. 7A:1639aa BW e.v. hier echter niet van toepassing, omdat werknemer Wijnands de dienstbetrekking met hen niet heeft willen voortzetten. Ter nadere adstructie hiervan heeft Haarlems Dagblad aangevoerd dat Wijnands vóór de overgang van de onderneming al voor een nieuwe werkgever is gaan werken en dat Wijnands vóór de overgang van de onderneming de kantonrechter verzocht heeft de arbeidsovereenkomst met Heemsteedse Courant

B.V. te ontbinden. Zowel de kantonrechter als de rechtbank honoreren dit verweer van Haarlems Dagblad.

De Hoge Raad is echter een andere mening toegedaan. In het geval van overgang van een onderneming kan een in die onderneming werkzame werknemer weliswaar besluiten om zijn dienstbetrekking niet met de nieuwe werkgever voort te zetten en dus afstand te doen van de bescherming die hem geboden wordt op grond van art. 7A:1639aa BW e.v., maar dan moet de wil daartoe wel ondubbelzinnig blijken uit verklaringen of gedragingen van die werknemer.

Uit de omstandigheid dat Wijnands een dienstbetrekking bij een ander had aanvaard, terwijl de arbeidsrelatie tussen hem en zijn werkgever ernstig was verstoord en uit de omstandigheid dat hij een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter had ingediend, kan (zonder nadere motivering, die in deze ontbreekt), aldus de Hoge Raad, niet ondubbelzinnig worden afgeleid dat Wijnands de arbeidsovereenkomst toen niet wenste voort te zetten of deze niet wenste voort te zetten met de verkrijger van de onderneming tot het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt ontbonden. Ook indien vóór de overgang van een onderneming een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gedaan, kan de in art. 7A:1639bb BW beoogde bescherming van de werknemer dus meebrengen dat de verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, zoals de verplichting tot betaling van achterstallig loon, op de verkrijger van de onderneming overgaan.