

ANNOTATIE

Hoe 15 april ook het einde van de managementovereenkomst kan meebrengen

R.M. Beltzer

Annotatie bij Rechtbank Midden-Nederland, 07-07-2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2798 (OR-2014-0288, AR-2014-0620)

1. Inleiding

De datum 15 april staat voor opmerkelijk veel belangrijke zaken in de geschiedenis. 960 zeloten plegen collectief zelfmoord bij Massada (73), Delft krijgt stadsrechten (1246), Leonardo da Vinci wordt geboren (1452), de Matthäus Passion wordt voor het eerst opgevoerd (1729), Abraham Lincoln sterft na een moordaanslag (1865), de Titanic zinkt (1912), Bergen-Belsen wordt bevrijd (1945), McDonalds wordt opgericht (1955), de studentenopstand in Peking begint op het Plein van de Hemelse Vrede (1989), de Eyjafjallajökull legt het vliegverkeer plat (2010) en tijdens de Boston Marathon vallen doden en gewonden door twee exploderende snelkookpannen (2013). Dit jaar begon op deze datum de aanval van het Oekraïense leger op de separatisten in het oosten.

Niet onbelangrijk voor de jurist is dat de Hoge Raad die dag, in 2005, in twee zaken besliste dat het einde van de vennootschappelijke betrekking tussen de vennootschap en de bestuurder tevens het einde van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst betekent (HR ECLI:NL:HR:2005:AS2032 en ECLI:NL:HR:2005:AS2713). Daarop bestaan, volgens de Hoge Raad in die twee zaken, twee uitzonderingen: partijen zijn anders overeengekomen (bijv.: de voormalig directeur kan aanblijven als werknemer met een gewijzigd takenpakket) of er geldt een bijzonder opzegverbod, zoals dat tijdens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW). Direct na dit arrest kwamen de pennen in beweging. Een exposé over de verschillende opvattingen gaat het bestek van deze annotatie te buiten, maar ik wijs voor de volledigheid op een aantal zaken die in de discussie naar voren zijn gekomen, omdat deze zaken van belang zijn voor de uitspraak die het onderwerp van deze annotatie vormt.

De belangrijkste vraag is of de door de Hoge Raad genoemde twee uitzonderingen limitatief zijn. In de literatuur is men daar niet van overtuigd en de genoemde situaties waarin een

limitatieve lezing tot ongemakkelijke resultaten kan leiden zijn in veel gevallen (voor mij) overtuigend voor het oordeel dat er meer redenen kunnen zijn een uitzondering te laten gelden. Men denke aan de inmiddels onder juristen ingeburgerde term ‘functioneel bestuurder’ (een term die volgens mij door Van Uden is gemunt), inhoudende dat de bestuurder *de iure* weliswaar statutair bestuurder is, maar *de facto* zich als werknemer gedraagt, althans: een substantieel aantal taken kent die hem tot ‘echte’ werknemer bestempelen. Daaraan verwant is de situatie dat deze bestuurder opereert binnen een concernstructuur waar hij statutair bestuurder is bij de ene, maar werknemer bij de andere vennootschap. In deze twee voorbeelden behoeft het einde van de vennootschappelijke betrekking geenszins het einde van de arbeidsovereenkomst te betekenen, al worden zij niet genoemd bij de door de Hoge Raad geformuleerde uitzonderingen. De A-G noemde deze situaties wel in het door de Hoge Raad op artikel 81 Wet RO afgedane arrest Seebregts (HR 3 februari 2006, JAR 2006/66). Andere vragen die speelden, zagen op de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De tekst van de 15 april-arresten doet vermoeden dat de arbeidsovereenkomst gelijk met het einde van de vennootschappelijke band een einde neemt, maar dat zou, bij letterlijke toepassing, leiden tot een onregelmatig ontslag (en daarmee het einde van een eventueel voor de bestuurder geldend concurrentiebeding, zie art. 7:653 lid 3 BW).

Een voor de rechtspraak belangrijke vraag is of de 15 april-arresten exclusief gelden voor de situatie dat de bestuurder naast een vennootschappelijke betrekking een arbeidsovereenkomst heeft, of dat men de regel evenzeer kan toepassen in de situatie dat de bestuurder een andersoortige overeenkomst met de vennootschap heeft gesloten. De opdrachtovereenkomst, in de praktijk vaak ‘managementovereenkomst’ genoemd, is daarbij de meest voorkomende en voor de hand liggende figuur. Is de bestuurder een andere vennootschap, dan is een arbeidsovereenkomst uiteraard niet mogelijk en is slechts de opdrachtovereenkomst een optie. De vraag is dan of de verwevenheid tussen de vennootschappelijke betrekking en de andere overeenkomst – hetgeen voor de Hoge Raad denkkelijk de reden is geweest het einde van beide overeenkomsten met elkaar te verknopen – net zo sterk is als de situatie dat een natuurlijke persoon twee rechtsrelaties met de betreffende vennootschap heeft. Men kan in het laatste geval immers eerder menen dat de rechtsbetrekkingen *intuitu personae* zijn aangegaan. In zijn tussenarrest van 12 november 2013 oordeelde het Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2013:3960) dat het einde van de vennootschappelijke betrekking niet tevens het einde van de managementovereenkomst (met een vennootschap) impliceerde. Dit oordeel hing echter niet zozeer samen met een restrictieve uitleg van de 15 april-arresten, maar met de omstandigheden van het geval. Ik citeer:

‘Deze artikelen [bedoeld zijn: art. 2:134 en 244 BW, RMB] zijn hier evenwel niet van toepassing omdat er geen arbeidsrechtelijke verhouding is in de zin van die wettelijke bepalingen, en daar ook geen sprake van kan zijn omdat de bestuurder H.W. Holding een rechtspersoon is. Daarom dient het antwoord op de vraag welke gevolgen het ontslagbesluit heeft voor de verhouding tussen H.W. Holding en de RDH Beheer, naar analogie van het door de Hoge Raad

in die uitspraken vooropgestelde uitgangspunt, gevonden te worden aan de hand van hetgeen is overeengekomen in de overeenkomst van opdracht en de op de overeenkomst van opdracht toepasselijke wetsbepalingen. Partijen hebben zich blijkens de inhoud van de managementovereenkomst rekenschap gegeven van de verhouding tussen de hoedanigheid van H.W. Holding als bestuurder en die van opdrachtnemer. Dat vindt in het bijzonder uitdrukking in artikel 7.6 van de managementovereenkomst. Redelijke uitleg van die bepaling biedt onvoldoende houvast voor de gevolgtrekking dat partijen voor ogen heeft gestaan dat aan de overeenkomst automatisch een einde zou komen als H.W. Holding als bestuurder zou worden ontslagen. Het standpunt dat de overeenkomst met H.W. Holding vanzelf door het besluit tot ontslag is geëindigd volgt het hof dan ook niet.'

Wat er van de specifieke casus zij, een redelijke uitleg kan, blijkens de bewoordingen van het Amsterdamse hof, ook meebrengen dat de managementovereenkomst juist wél behoort te eindigen indien de vennootschappelijke band wordt geslaakt. Zie in dezelfde zin Wiersma in zijn noot onder de uitspraak (*JAR 2014/66*): 'Gelet op de motivering strekt het te ver om uit het arrest van het Hof Den Haag de conclusie te trekken dat het hof van oordeel is dat de 15 april-arresten niet van toepassing zouden zijn op een opdrachtovereenkomst.' Een geval van die toepasselijkheid deed zich voor bij de Rechtbank Midden-Nederland in de zaak van 7 juli jl.

2. De casus en de uitspraak

De casus kenmerkt zich door het bestaan van een aantal vennootschappen die middellijk of onmiddellijk betrokken zijn als bestuurder en/of aandeelhouder bij de vennootschap in kwestie, in casu Online Results BV. Voor de ongeoefende lezer versluiert deze waaier aan (rechts)personen dat in de kern meestal slechts een beperkt aantal natuurlijke personen is betrokken, die de genoemde vennootschappen gebruiken om juridische en fiscale redenen. Het is goed dit in het vizier te houden wanneer men een oordeel moet vellen over de vraag hoe de relatie tussen belanghebbenden binnen een vennootschap moet worden geduid en, in het bijzonder, welke gevolgen het einde van de ene rechtsbetrekking heeft voor het voortbestaan van de andere.

Online Results BV, een onderneming die zich met marketing bezighoudt, wordt bestuurd door een natuurlijke persoon (hierna: de manager) en de vennootschap CIG. De aandelen in Online Results worden gehouden door Dimari Brodrie (40%) – een persoonlijke holdingmaatschappij van de manager – en CIG (60%). CIG heeft als enig aandeelhouder en bestuurder Expansion Dreams BV, dat op haar beurt volledig wordt gehouden door A. In feite zijn de manager en A dus (on)middellijk aandeelhouder annex statutair bestuurder van Online Results. Dimari Brodrie heeft met Online Results een managementovereenkomst gesloten, inhoudende dat de manager werkzaamheden ten behoeve van Online Results zal verrichten voor € 10.000 per maand.

Op enig moment gaat de manager een overeenkomst aan met een zekere B: zij richten samen CV Deal BV op, een internetonderneming. De enige statutair bestuurder van CV Deal is de

persoonlijke houdstermaatschappij van B, NCGB Holding BV. Aandeelhouders van CV Deal zijn deze holding van B (40%) en het vehikel van de manager, Dimari Brodrie (60%). Opmerkenswaard is dat B een arbeidsovereenkomst heeft met Online Results, mét een concurrentiebeding.

Kortom: de statutair bestuurder en middellijk aandeelhouder van Online Results – de manager – start een nieuwe onderneming met een werknemer van Online Results, waarvan zij samen aandeelhouder worden middels hun persoonlijke houdstermaatschappijen, waarbij de maatschappij van werknemer B de statutair bestuurder wordt.

Als Online Results hier lucht van krijgt laat zij via haar advocaat de manager schorsen, met als reden het oprichten van CV Deal met B, alsmede het verstrekken van opdrachten aan CV Deal namens Online Results, zonder daarvoor een gebruikelijke marge te hanteren, dit alles zonder hiervan melding te maken bij A. Daarna volgt een uitnodiging voor de aandeelhoudersvergadering van Online Results, met als enig agendapunt het ontslag van de manager.

De manager en zijn vennootschap Dimari Brodrie vorderen, onder andere, van Online Results en CIG dat het hun wordt toegestaan hun werkzaamheden als bestuurder/manager te laten verrichten en dat de maandelijkse managementvergoeding van € 10.000 wordt betaald. Hoewel de voorzieningenrechter van oordeel is dat het schorsingsbesluit niet rechtsgeldig is genomen (niemand werd gehoord), wijst hij de gevraagde voorzieningen toch af, vooral omdat de vertrouwensbreuk definitief is en toewijzing zou neerkomen op toelating tot de werkzaamheden voor een periode van welgeteld twee dagen. Interessant zijn vooral de overwegingen van de rechter met betrekking tot de stelling van Dimari Brodrie dat het ontslag van de manager nog niet meebrengt dat de managementovereenkomst met haar eindigt. Daarbij verwijst Dimari Brodrie naar het voornoemde tussenarrest van het Hof Amsterdam van 12 november 2013. De voorzieningenrechter overweegt dat de 15 april-arresten in het onderhavige geval analoog moeten worden toegepast, met andere woorden: het vennootschapsrechtelijke besluit de manager als bestuurder te ontslaan leidt tevens tot het einde van de managementovereenkomst tussen Dimari Brodrie en Online Results. De motivering is de moeite van het citeren waard (r.o. 4.15 e.v.):

‘De in het geding zijnde managementovereenkomst is gesloten tussen Dimari Brodrie en Online Results. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit gelijk valt te stellen met de situatie dat de managementovereenkomst zou zijn gesloten tussen de bestuurder van Online Results ([eiser sub 1 (de manager, RMB)]) en Online Results. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat Dimari Brodrie de persoonlijke houdstermaatschappij van [eiser sub 1] is en dat het niet ongebruikelijk is dat een managementovereenkomst vanwege onder meer fiscale redenen en aansprakelijkheidskwesties met tussenkomst van een persoonlijke houdstermaatschappij wordt afgesloten. Verder acht de voorzieningenrechter nog van belang dat tussen partijen kennelijk niet ter discussie staat dat op basis van deze overeenkomst geen andere persoon dan [eiser sub 1] aan Online Results ter beschikking mag worden gesteld.

(...) Het is verder aannemelijk dat de verwevenheid tussen deze vennootschapsrechtelijke betrekking en de contractuele betrekking, vergelijkbaar is met de verwevenheid tussen de vennootschapsrechtelijke betrekking en de arbeidsbetrekking zoals bedoeld in de '15 april arresten'. Er zijn geen aanknopingspunten dat de in het geding zijnde (mondeling gesloten) managementovereenkomst een ruimer bereik heeft dan louter de bestuurderstaken van [eiser sub 1] in Online Results of met andere woorden dat de managementovereenkomst los kan worden gezien van de formele functie van statutair bestuurder. Er zijn ook geen aanknopingspunten dat de taken die [eiser sub 1] als bestuurder en manager bij Online Results uitoefent los van elkaar kunnen worden gezien. Uit de stellingen van [eisers] maakt de voorzieningenrechter op dat het sluiten van de managementovereenkomst louter is ingegeven door het bestuurderschap van [eiser sub 1] en dat de op grond van deze overeenkomst door Online Results te betalen vergoeding moet worden aangemerkt als de vergoeding voor dit bestuurderschap. Het voorgaande wijst erop dat de situatie vergelijkbaar is met de situatie dat [eiser sub 1] een arbeidsovereenkomst met de vennootschap zou zijn aangegaan. Het kan naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dan ook niet de bedoeling zijn dat [eiser sub 1] door – met tussenkomst van zijn persoonlijke houdstermaatschappij, Dimari Brodrie – een managementovereenkomst met Online Results aan te gaan meer bescherming krijgt dan wanneer hij een arbeidsovereenkomst met Online Results zou zijn aangegaan.'

3. Commentaar

De laatste overweging – de vergelijking met de arbeidsovereenkomst – is interessant. Men kan zich namelijk afvragen of niet toch sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en Online Results. De zaak lijkt feitelijk op STR/PGGM (HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231). Ook daar was sprake van een vennootschappelijk vehikel ('Knipham') met een exclusieve uitzending van de enig directeur-grotaandeelhouder (Knipscheer) aan STR. In feite werd in de verhouding tussen STR en Knipscheer vanaf het eerste moment voldaan aan de materiële vereisten die artikel 7:610 BW aan de arbeidsovereenkomst stelt. Aangenomen werd dat Knipscheer een arbeidsovereenkomst had met STR, ondanks het feit dat partijen expliciet voor deze constructie – geen arbeidsovereenkomst – hadden gekozen. Wezen gaat immers voor schijn, en ook een derde – in casu PGGM – kan zich daarop beroepen (en, voeg ik toe, het kan in mijn ogen niet zo zijn dat de arbeidsovereenkomst wel bestaat jegens een derde, maar vervolgens niet tussen partijen). Ik zie in de feitelijke omstandigheden bij Online Results geen rechtens relevante omstandigheden die tot een ander oordeel dan in de zaak STR/PGGM zouden moeten leiden, anders dan dat naast de manager nog een andere bestuurder aanwezig was (CIG). Neemt men echter aan dat de manager een arbeidsovereenkomst had met Online Results die automatisch was geëindigd, dan is daarmee nog niet automatisch een einde gekomen aan de overeenkomst tussen Online Results en Dimari Brodrie. Daartoe zijn meer stappen nodig.

Een eerste dogmatische moeilijkheid is dat de bestuurder – de manager – en degene die de managementovereenkomst sloot – zijn houdstermaatschappij Dimari Brodrie – niet dezelfde personen zijn. Dat zou pleiten tegen een analoge toepassing van de 15 april-arresten. Daar staat tegenover dat indien deze overeenkomst duidelijk louter is gesloten met het oog op

uitzending van de manager – en dus niet tevens iemand anders – zij haar doel volledig mist zodra de vennootschappelijke band tussen de manager en de vennootschap wordt doorgesneden. Alleen al om die reden zou ik menen dat Dimari Brodrie geen vordering zou moeten hebben. De vergoeding aan Dimari Brodrie had louter en alleen de functie van vergoeding voor de door de manager verrichte activiteiten. Een beroep op het verschil in rechtspersoonlijkheid tussen de manager en Dimari Brodrie is om die reden juridisch armoedig. Men moet niet vergeten dat rechtspersoonlijkheid in het leven is geroepen om het handelsverkeer te bevorderen, niet om spaken tussen de wielen te steken.

Ik voel er derhalve veel voor de 15 april-arresten zo uit te leggen, dat wanneer de vennootschappelijke band wordt verbroken, de daarmee samenhangende overeenkomsten dat lot delen – uiteraard wel volgens de regelen der kunst, dus met een eventueel geldende opzegtermijn. Deze overeenkomsten, zoals die in de zaak Online Results, zijn wat mij betreft te beoordelen langs de lijn van de accessoire overeenkomst, zoals die aan de orde was in de zaak Pengel/Antillen (HR 28 juni 2013, AR 2013-0529), waarin de Hoge Raad besliste dat een (accessoire) arbeidsovereenkomst die door partijen enkel gesloten was om deelneming in het ABP mogelijk te maken afhankelijk was van het voortbestaan van de hoofdarbeidsovereenkomst. Beëindiging van de hoofdarbeidsovereenkomst impliceerde dan ook het einde van verdere pensioenopbouw onder de accessoire arbeidsovereenkomst. Er was geen sprake van ‘miskenning van de wettelijke ontslagbescherming van de werknemer’. (Zie voor de verschillen tussen de duale rechtsbetrekking en de accessoire arbeidsovereenkomst G.W. van der Voet, ‘De accessoire arbeidsovereenkomst, kunnen we daar iets mee in het arbeidsrecht?’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013, p. 106). Als een beschermenswaardige werkneemster al van de Hoge Raad het lid op de neus krijgt als zij zich beroept op een niet-opgezegde overeenkomst, dan dient een in het privaatrecht niet als onderliggende partij beschouwde ondernemer die deze constructie heeft gekozen louter om er zelf beter van te worden – althans: ik zie geen maatschappelijk belang dat gediend wordt – zich helemaal niet te kunnen beroepen op het feit dat het einde van zijn vennootschappelijke betrekking niet betekent dat hij – via zijn houdstermaatschappij – nog steeds € 10.000 per maand kan incasseren totdat deze overeenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd. Ook via de Haviltex-route lijkt mij een dergelijke uitkomst mogelijk noch wenselijk.

Het voorgaande is anders indien de betreffende overeenkomst naast de vennootschappelijke betrekking een duidelijk andere functie vervult, bijvoorbeeld omdat de uitgezonden bestuurder inwisselbaar is of andere activiteiten via de vennootschap worden verricht. In dat geval is de overeenkomst niet als accessoir te beschouwen en blijft zij in stand totdat daar volgens de wettelijke of contractuele regels een einde aan is gemaakt.