

9 januari 2015

Eerste Kamer

**in naam des Konings**

13/04894

EV/EE

## Hoge Raad der Nederlanden

**Arrest**

in de zaak van:

Carlos Miguelito Humphrey HATO,  
wonende in Curaçao,

EISER tot cassatie,

advocaat: mr. M.E. Gelpke,

t e g e n

de coöperatie ALGEMENE SPAAR- EN  
KREDIETCOÖPERATIE ACU,  
gevestigd in Curaçao,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. L.Ph.J. van Utenhove.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Hato en ACU.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in het kort geding met zaaknummer 59874/2012 van het gerecht in eerste aanleg van Curaçao, van 4 februari 2013;
- b. het vonnis in het kort geding met zaaknummer KG 59874-H 165/13 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 13 augustus 2013.

Het vonnis van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van het hof heeft Hato beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

ACU verzocht het beroep te verwerpen.

De zaak is voor Hato toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot vernietiging van het vonnis van het hof en tot

terugverwijzing naar het hof.

De advocaat van Hato en de advocaat van ACU hebben bij brieven van 31 oktober 2014 op die conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Hato is op 13 september 2004 op basis van een arbeidsovereenkomst als interim 'General Manager' voor de duur van drie maanden in dienst getreden van ACU. Deze overeenkomst is met ingang van 13 december 2004 met drie maanden verlengd. Op 21 februari 2005 is tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor de duur van vijf jaar gesloten met aanstelling van Hato in de functie van 'General Manager'. Partijen zijn het erover eens dat daarmee (ingevolge art. 7A:1615fa lid 1 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao, hierna: BWC) sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

(ii) Bij brief van 30 oktober 2012 heeft ACU de arbeidsovereenkomst met Hato opgezegd per 31 december 2012 wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd door Hato op 4 november 2012. ACU heeft een ontslagvergunning aangevraagd bij de Directeur van de Directie Arbeidszaken (hierna: Diraz) van het Ministerie

van Sociale Ontwikkeling, Arbeid en Welzijn. Diraz heeft aan ACU te kennen gegeven dat een ontslagvergunning voor het ontslaan van Hato niet nodig is.

3.2.1 In dit kort geding vordert Hato veroordeling van ACU tot doorbetaling van loon totdat de overeenkomst tussen hem en ACU op rechtsgeldige wijze zal zijn geëindigd. Hato legt aan zijn vordering ten grondslag dat het ontslag nietig is, nu hij in strijd met art. 4 van de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten (hierna: LBA) is ontslagen zonder dat ACU daartoe een ontslagvergunning heeft verkregen. Het gerecht heeft het gevorderde afgewezen, op de grond dat de LBA niet van toepassing is op de (statutair) directeur van een coöperatie zoals ACU.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis bevestigd. Het heeft daartoe in rov. 4.4 en 4.5 het volgende overwogen:

"4.4 (...) In artikel 2:18 BW van het op 1 maart 2004 in werking getreden Boek 2 BW is blijkens de memorie van toelichting bij dit artikel de 'one-tier board' bij een rechtspersoon geregeld (zie ook het algemeen deel van de memorie van toelichting onder punt 4), te weten een bestuur dat uit twee soorten bestuurders bestaat: de uitvoerend bestuurders, die het dagelijks bestuur uitoefenen, en de niet-uitvoerend bestuurders, die de hoofdlijnen van het beleid bepalen en toezicht houden op degenen die het dagelijks bestuur uitoefenen. Op grond van de door partijen overgelegde stukken is het Hof voorshands

van oordeel dat Hato uitvoerend bestuurder van ACU was, zoals ACU betoogt. In de statuten van ACU is de mogelijkheid van een 'one-tier board' vastgelegd (artikel 36 en artikel 40), bestaande uit een (niet-uitvoerend) 'Bestuur' enerzijds en 'de algemeen directeur' die is belast met het dagelijks bestuur anderzijds. Onvoldoende betwist is dat Hato, nadat hij per 13 september 2004 door het bestuur van ACU was benoemd tot interim General Manager, tot de datum van zijn ontslag algemeen directeur was en het dagelijks bestuur uitoefende van ACU. Bij dit oordeel zijn ook betrokken de functiebeschrijving van de General Manager en de advertentie voor de functie van General Manager. Verder blijkt uit het overgelegde uittreksel van de Kamer van Koophandel van 7 december 2012 dat Hato daarin is ingeschreven als algemeen directeur van ACU.

4.5 ACU is een coöperatie en daarmee een rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:1 lid 1 BW waarop onder meer artikel 2:8 lid 5 BW en artikel 2:18 lid 10 BW van toepassing zijn. Gelet op het voorgaande slaagt naar het voorlopig oordeel van het Hof het verweer van ACU dat op de rechtsverhouding tussen partijen artikel 2:8 lid 5 BW van toepassing is. Ingevolge artikel 2:18 lid 10 BW hebben, behoudens de in dat artikellid genoemde uitzonderingen die zich in dit geval niet voordoen, leden van het algemeen bestuur en van het uitvoerend bestuur gelijkelijk als bestuurder te gelden voor de toepassing van de wet. Nu artikel 2:8 lid 5 BW dwingendrechtelijk bepaalt dat de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet wordt aangemerkt of mede wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, doet aan het voorgaande niet af dat partijen de tussen hen bestaande rechtsrelatie hebben aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Reeds omdat van een arbeidsovereenkomst dus geen sprake is, was voor het ontslag van Hato geen toestemming van de Directeur van de Directie Arbeidszaken van het Ministerie van Sociale Ontwikkeling, Arbeid en Welzijn vereist op grond van artikel 4 LBA. Hieraan doet niet af dat de coöperatie niet wordt genoemd in artikel 2, aanhef en sub e LBA. ACU heeft terecht aangevoerd dat het bestuur van ACU op grond van artikel 2:18 lid 8 BW te allen tijde bevoegd was Hato als uitvoerend bestuurder te ontslaan. Van een nietig ontslag is dan ook geen sprake."

3.3.1 Onderdeel 1 komt op tegen het oordeel dat Hato moet worden aangemerkt als uitvoerend bestuurder in de zin van art. 2:18 BWC. Het strekt ten betoge dat de uitleg die het hof aan de statuten van ACU heeft gegeven, gelezen tegen de achtergrond van het bepaalde in art. 2:18 BWC, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is.

3.3.2 In cassatie is onbestreden dat ACU een coöperatie is en daarmee een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:1 lid 1 BWC. Op grond van art. 2:8 lid 1 BWC heeft iedere rechtspersoon een bestuur. Het bestuur van de rechtspersoon kan als 'one tier board' systeem (monistisch bestuursmodel) of als 'two tier board' systeem (dualistisch bestuursmodel) worden ingericht. Art. 2:18 BWC bepaalt met het oog daarop dat de bestuurstaken krachtens de statuten van de rechtspersoon kunnen worden verdeeld over een algemeen bestuur en een uitvoerend bestuur (lid 1). Het uitvoerend bestuur is belast met het besturen van de rechtspersoon voor zover het de dagelijkse gang van zaken betreft (lid 3). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regeling van art. 2:18 BWC niet uitsluit dat een belangrijk deel van de uitvoerende taken wordt opgedragen aan een 'directie', bestaande uit

personen in dienst van de rechtspersoon (MvT op de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW, Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2003-2004, 2803, nr. 3, p. 34).

### 3.3.3 De statuten van ACU bepalen:

#### "Art. 36

1. De coöperatie wordt bestuurd door een Bestuur bestaande uit tenminste drie en ten hoogste negen meerderjarige personen, waaronder een voorzitter, een secretaris en een penningmeester, die samen het dagelijks Bestuur vormen.

2. Het Bestuur wordt gekozen uit en door de leden behoudens het hierna in artikel 37 bepaalde.

3. Het bestuur is verantwoordelijk voor zijn beleid tegenover de algemene ledenvergadering.

4. Het bestuur heeft een beleidsbepalende en toezichthoudende functie.

5. Het bestuur is onverminderd zijn verantwoordelijkheid bevoegd zijn taken en bevoegdheden, het dagelijks Bestuur betreffende, te delegeren aan de algemeen directeur."

#### "Art. 40

Het Bestuur stelt een algemeen directeur aan die belast wordt met de uitvoering van bestuursbesluiten en met de dagelijkse leiding van het kantoor van de coöperatie. De arbeidsvoorwaarden van de algemeen directeur worden door het Bestuur vastgesteld."

3.3.4 In het licht van deze bepalingen is het oordeel van het hof dat de 'one-tier board' waarin de statuten van ACU voorzien, bestaat uit een niet-uitvoerend bestuur enerzijds en de algemeen directeur, belast met het dagelijks bestuur, anderzijds, onbegrijpelijk. De statuten bepalen immers dat het dagelijks bestuur

wordt gevormd door de voorzitter, de secretaris en de penningmeester (art. 36 lid 1). Uit de in art. 36 lid 5 van de statuten aan het bestuur toegekende bevoegdheid taken en bevoegdheden, het dagelijks bestuur betreffende, te delegeren aan een (door het bestuur aan te stellen) 'algemeen directeur' volgt niet dat deze zelf tot het (uitvoerend) bestuur gaat behoren. Bovendien bepaalt art. 40 van de statuten dat het bestuur de arbeidsvoorwaarden van de 'algemeen directeur' vaststelt, hetgeen, gelet op art. 2:8 lid 5 BWC, erop wijst dat de 'algemeen directeur' geen deel uitmaakt van het bestuur. Ook het bepaalde in art. 2:18 BWC dwingt, zoals blijkt uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, niet tot die conclusie. Om die reden is het oordeel dat Hato als uitvoerend bestuurder dient te worden aangemerkt evenzeer onbegrijpelijk. De vaststelling dat hij als 'algemeen directeur' was belast met het dagelijks bestuur van ACU kan dat oordeel niet dragen, evenmin als de door het hof in aanmerking genomen inschrijving van Hato als algemeen directeur in de registers van de Kamer van Koophandel. De hierop gerichte klachten van onderdeel 1 slagen. Hetzelfde geldt voor het op onderdeel 1 voortbouwende onderdeel 2.



3.4.1 Onderdeel 3 neemt tot uitgangspunt dat het hof in zijn vonnis tot uitdrukking heeft gebracht dat indien de rechtsverhouding tussen Hato en ACU weliswaar moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, een ontslagvergunning niettemin niet vereist is op grond van art. 2, aanhef en onderdeel e, LBA. Volgens het onderdeel geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat genoemde bepaling in geen geval ziet op een werknemer, niet zijnde statutair bestuurder, van een rechtspersoon, ook al voert hij de titel van directeur.

Het onderdeel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden, nu het hof niet heeft geoordeeld hetgeen het onderdeel tot uitgangspunt neemt. De Hoge Raad ziet evenwel aanleiding ten overvloede het volgende te overwegen.

3.4.2 Art. 2 LBA luidt thans, na de wijziging op grond van de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW - voor zover in cassatie van belang - als volgt:

"Deze landsverordening is niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst van:

(...)

e. directeuren van een vennootschap of een doelvermogen."

Voorafgaand aan deze wijziging luidde de bepaling:

"Deze landsverordening is niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst van:

(...)  
e. directeuren van een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen."

Uit de memorie van toelichting bij de Invoeringslandsverordening Boek 2 BW blijkt dat de wijziging van art. 2 LBA verband hield met de invoering van Boek 2 BW op de Nederlandse Antillen met ingang van 1 maart 2004. In dat kader is het volgende opgemerkt (Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2003-2004, 2805, MvT, nr. 3, p. 9):

"Ingevolge artikel 8, vijfde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de rechtspersoon niet aangemerkt of mede aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Dientengevolge is het noodzakelijk om artikel 2, onderdeel e, van de Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten te wijzigen. De toevoeging aan artikel 2 van de Landsverordening Beëindiging arbeidsovereenkomsten ziet bijvoorbeeld op de directeur van een Vennootschap Onder Firma of Commanditaire Vennootschap. Op hen is de Landsverordening Beëindiging arbeidsovereenkomsten derhalve niet van toepassing. Voor directeuren van een naamloze- of besloten vennootschap is de Landsverordening Beëindiging arbeidsovereenkomsten in het geheel niet van toepassing, omdat op grond van artikel 8 lid 5 ontwerp-Boek 2 BW, bestuurders van rechtspersonen nimmer een arbeidsrechtelijke verhouding tot de vennootschap hebben."

3.4.3 Uit de toelichting op deze wijziging moet worden afgeleid dat de uitzondering van het huidige art. 2, aanhef en onderdeel e, LBA alleen betrekking heeft op een persoon die tot bestuurder van een vennootschap of een doelvermogen is benoemd bij of krachtens de statuten, het

reglement dan wel de regeling die de organisatie van die vennootschap of dat doelvermogen beheerst. Personen die wel de titel 'directeur' dragen, maar niet op de hiervoor bedoelde wijze tot bestuurder zijn benoemd, vallen dus niet onder de in genoemde bepaling voorziene categorie van personen voor wie geen ontslagvergunning nodig is. Het uitgangspunt dat alleen zij die bestuursbevoegdheid en -verantwoordelijkheid dragen van bescherming door het vereiste van een ontslagvergunning zijn uitgesloten, strookt met de beschermingsgedachte die aan de LBA ten grondslag ligt. Het is tevens in overeenstemming met de voor Nederland geldende regeling, waarbij de uitzondering op de vergunningsplicht krachtens het (thans nog geldende) BBA eveneens uitsluitend geldt voor bestuurders (van naamloze en besloten vennootschappen).

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 13 augustus 2013;

verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt ACU in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Hato

begroot op € 367,49 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, M.V. Polak en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 9 januari 2015.



Uitgegeven voor grosse

De Griffier van de Hoge Raad der Nederlanden

- 9 JAN. 2015

