

kwade trouw), doet aan de bezwaarlijkheid van die voorwaarde niet veel af. Met de invoering van Boek 2 is de Landsverordening Zetelverplaatsing Derde Landen komen te vervallen.

Functie van de NV

Voor de NV-regeling is, zoals gezegd, de BV-regeling als basis gebruikt. De wetgever heeft zich daarbij de vraag gesteld welke functie de NV naast de BV zou moeten vervullen. Na 'uitvoerig overleg met deskundigen uit de praktijk en het bedrijfsleven'⁴ komt de wetgever tot de conclusie dat de NV dezelfde flexibiliteit moet hebben als de BV, met dit verschil dat zij aandelen aan toonder moet kennen. Dit maakt dat de regeling van de NV soms iets strakker en op een aantal punten anders geformuleerd is. Zo dient de oproepingstermijn voor de algemene vergadering van aandeelhouders van de NV ten minste twaalf dagen te zijn, waar de BV met vijf dagen kan volstaan (de dag van oproeping en de dag van vergadering steeds niet meegerekend). Voorts ziet de wetgever in de toekomst bij uitstek een rol weggelegd voor de NV als rechtsvorm voor 'relatief grote ondernemingen die de bijzondere aandacht vragen van het publiek en de overheid'.⁵ In dit licht valt een tweetal specifieke NV-regels op.

Allereerst gelden voor de grotere NV strengere regels omtrent jaarrekening en jaarverslag. Voor vrijwel alle commerciële Antilliaanse rechtspersonen geldt dat wel een jaarrekening opgemaakt dient te worden, maar dat accountantscontrole en publicatie van die jaarrekening niet verplicht zijn. Dit is echter anders voor de NV met ten minste twintig werknemers die aan bepaalde financiële criteria voldoet (de waarde van de activa dient meer dan NAF 5 miljoen te bedragen, of het equivalent daarvan in buitenlandse valuta, en de netto-omzet gedurende het laatste boekjaar is groter dan NAF 10 miljoen of het equivalent daarvan in buitenlandse valuta). Bovendien dient een dergelijke NV bij het opstellen van de jaarrekening de door de International Accounting Standards Board (IASB) vastgestelde normen toe te passen. Door de NV met 'een zekere maatschappelijke importantie'⁶ aan een strakker regiem te onderwerpen worden de transparantie en openbaarheid bevorderd.

Voorts is voor de NV de mogelijkheid geschapen een zogenoemde 'onafhankelijke' RvC in te stellen. Een dergelijke RvC bestaat uit minimaal drie personen, die voor een periode van drie tot zes jaar worden benoemd, en die niet door de aandeelhouders kunnen worden geschorst of ontslagen. Een commissaris kan wel worden geschorst of ontslagen door de RvC zelf, op voordracht van de algemene vergadering, het bestuur of een ander in de statuten aangewezen orgaan. Tevens kunnen deze organen alsook de RvC in

geval van onbehoorlijke taakvervulling of wegens andere gewichtige redenen naar de rechter stappen, die, hangende een onderzoek, voorzieningen treft (vergelijkbaar met de regeling in het Nederlandse structuurregim). De wetgever acht het 'goed denkbaar' dat bijvoorbeeld bedrijven in de financiële sector en (geprivatiseerde) overheidsbedrijven voor een 'onafhankelijke' RvC zullen opteren. Men is dan wel verplicht ook het strakkere regiem voor de jaarrekening te volgen.

Aantrekkelijk eindresultaat

Het resultaat van de invoering van het nieuwe Boek 2 betekent een nog grotere flexibiliteit ten aanzien van de oprichting en inrichting van een Nederlands-Antilliaanse NV of BV. Aldus is het ondernemingsrechtelijk klimaat op de zonnige Nederlandse Antillen een stuk aangenamer geworden voor (buitenlandse) investeerders en ondernemingen. Al met al heeft de *makeover* het gewenste effect: het Antilliaanse vennootschapsrecht is er een stuk aantrekkelijker op geworden.

Mr. S.R. Hagen
Allen & Overy

Samenloop van procedures omtrent vergoeding bij beëindiging arbeidsovereenkomst met gouden parachute

Inleiding

Vaak bevat de arbeidsovereenkomst van een directeur van een vennootschap een bij voorbaat overeengekomen afvloeiingsregeling, een zogenoemde 'gouden parachute'. Bij de toekenning van een dergelijke afvloeiingsregeling verkeren partijen vaak in de veronderstelling dat daarmee een eventueel arbeidsrechtelijk ontslag snel en eenvoudig kan worden afgewikkeld. Deze gedachte is echter onjuist. Ook als er op grond van de tekst van de afvloeiingsregeling geen discussie mogelijk is over de toepasselijkheid daarvan, zien partijen in veel gevallen toch aanleiding voor het voeren van een procedure omtrent de hoogte van de beëindigingsvergoeding.

De reden voor dergelijke procedures is gelegen in de discretionaire bevoegdheid van een rechter bij het toekennen van een beëindigingsvergoeding. In het arrest *Staten Bank Holland N.V./Fiet*¹ oordeelde de Hoge Raad namelijk dat het de rechter in een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag vrijstaat een schadevergoeding toe te kennen die

4. MvT bij Boek 2, algemene toelichting onder 5.

5. Zie noot 4.

6. Zie noot 4.

1. HR 7 april 1995, NJ 1995, 618 m.nt. P.A. Stein.

afwijkt van de bij voorbaat overeengekomen afvloeiingsregeling. Uit het daarna gewezen arrest *Andeweg/Boots Frites*² blijkt dat die bevoegdheid ook geldt voor de rechter in een ontbindingsprocedure.

De vrijheid van de rechter bij de toekenning van een beëindigingsvergoeding neemt uiteraard niet weg dat deze aan hetgeen partijen bij voorbaat zijn overeengekomen, belangrijke betekenis toekent. Als de rechter deze kent, geldt de contractuele afvloeiingsregeling vaak als minimum. Uitzondering daarop vormde een vorig jaar voor de Rechtbank Alkmaar gevoerde procedure over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een directeur, waarbij deze een vergoeding werd toegekend die aanmerkelijk lager was dan de afvloeiingsregeling waarop de directeur contractueel recht had.³ Naar aanleiding van deze uitspraak rees in de praktijk de vraag of een werknemer na een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag of een ontbindingsprocedure in een afzonderlijke procedure alsnog betaling van de contractuele afvloeiingsregeling zou kunnen vorderen. Deze vraag is door de Hoge Raad in het op 2 april 2004 gewezen arrest *Drankencentrale Waterland B.V. (hierna: DCW)/Blakborn* positief beantwoord.⁴

DCW/Blakborn

DCW had haar directeur, de heer E. Blakborn, op 15 februari 2000 op staande voet ontslagen. Voor het geval dit ontslag nietig zou blijken te zijn, verzocht DCW de kantonrechter ook nog om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst met Blakborn. De kantonrechter wiligde dit verzoek in en ontbond de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 juli 2000. Daarbij werd Blakborn geen ontbindingsvergoeding toegekend. De in de arbeidsovereenkomst van Blakborn vastgelegde afvloeiingsregeling ter grootte van twee jaarsalarissen kwam niet ter sprake.

Vervolgens begon Blakborn een procedure waarin hij de nietigverklaring van het door DCW gegeven ontslag op staande voet, doorbetaling van zijn salaris tot 1 juli 2000 en betaling van de contractuele beëindigingsvergoeding van twee jaarsalarissen vorderde. DCW verweerde zich tegen laatstgenoemde vordering met een beroep op de rechtspraak omtrent de samenloop van een ontbindingsprocedure met een op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid of de eisen van goed werkgeverschap gebaseerde schadevergoedingsprocedure. In deze rechtspraak is de zogenoemde *Baijings-leer* ontwikkeld.⁵ Deze houdt, grofweg gezegd, in dat er van uit moet worden gegaan dat bij de

vaststelling van een beëindigingsvergoeding in een ontbindingsprocedure reeds alle relevante omstandigheden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid zijn getoetst, zodat er in beginsel daarnaast geen plaats is voor een volgende procedure met eenzelfde toetsing. Overigens geldt ten aanzien daarvan een uitzondering voor vorderingen van een werknemer die tijdens het dienstverband zijn ontstaan, die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de beëindiging, en die daar ook geen verband mee houden, bijvoorbeeld een vordering ter zake van achterstallig loon.

Nadat de kantonrechter de vorderingen van Blakborn in eerste instantie had afgewezen, wees de rechtbank deze bij vonnis van 16 april 2002 in hoger beroep volledig toe. Daarbij oordeelde zij dat de samenloop van procedures omtrent de ontslagvergoeding geen bezwaar was. De gouden parachute van Blakborn was in de ontbindingsprocedure niet ter sprake geweest. Bovendien was er volgens de rechtbank, anders dan in de gevallen waar de *Baijings-leer* op ziet, in de procedure omtrent de nakoming van de gouden parachute geen sprake van eenzelfde rechtelijke toetsing als in de eerdere ontbindingsprocedure. Het gaat in eerstgenoemde procedure immers niet om een vordering gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid of goed werkgeverschap, maar om een vordering tot nakoming van een contractueel vastgelegde afvloeiingsregeling, aldus nog steeds de rechtbank.

In cassatie klaagde DCW onder meer over het oordeel van de rechtbank omtrent de samenloop van procedures. De Hoge Raad acht deze klacht echter tevergeefs ingesteld. Evenals de rechtbank is de Hoge Raad van mening dat in beide procedures een ander criterium wordt gehanteerd. Ook volgens de Hoge Raad kan een werknemer dus na een ontbindingsprocedure in een afzonderlijke procedure nog betaling van de contractuele afvloeiingsregeling vorderen. Naast de vaststelling van hiervoor genoemde rechtsregel gaat de Hoge Raad in een aantal overwegingen nader in op de verhouding tussen beide procedures. Daaruit blijkt dat indien de rechter in de ontbindingsprocedure een vergoeding toekent zonder met de contractuele afvloeiingsregeling bekend te zijn, de afvloeiingsregeling slechts in uitzonderlijke situaties op grond daarvan kan worden gematigd. Indien de werkgever in een dergelijk geval in de procedure omtrent de nakoming van de afvloeiingsregeling aanvoert dat in verband met de reeds toegekende ontbindingsvergoeding (volledige) nakoming van de contractuele afvloeiingsregeling naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet namelijk aan de hand van de tekst van de afvloeiingsregeling worden nagegaan of partijen in een dergelijke 'opeenstapeling' van vergoedingen hebben voorzien. Blijkt dat dat het geval is, dan is er in het algemeen geen sprake van onaanvaardbaarheid naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Indien partijen niet in een dergelijke situatie voorzien, is er volgens de Hoge Raad slechts bij hoge uitzondering sprake van een dergelijke onaanvaardbaarheid.

2. HR 22 september 1995, NJ 1996, 38.

3. Rb. Alkmaar 24 april 2003, JAR 2003, 161.

4. HR 2 april 2004, RvdW 2004, 58.

5. Zie o.a. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt. P.A. Stein (Sara Lee/Baijings), HR 15 december 2000, OR 2001/1/2, m.nt. F.B.J. Grap-perhaus (Intramco/Grotenhuis), HR 2 november 2001, JAR 2001, 255 (Eilverding/Wienholts) HR 1 maart 2002, JAR 2002, 67 (PTT Post).

Verder overweegt de Hoge Raad dat een ontbindingsrechter die met de tussen partijen overeengekomen afvloeiingsregeling bekend is, er bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding van uit dient te gaan dat deze regeling zal worden nagekomen. De ontbindingsrechter is dan gehouden slechts een vergoeding toe te kennen indien en voorzover hij de contractuele regeling in billijkheid onvoldoende genoegdoening voor de werknemer acht. Indien het de ontbindingsrechter aannemelijk voorkomt dat de contractuele afvloeiingsregeling niet zal worden nagekomen, is dat echter niet zo, aldus de Hoge Raad. In een dergelijke situatie, bijvoorbeeld als de werkgever de toepasselijkheid van de contractuele afvloeiingsregeling betwist, kan de ontbindingsrechter dus de vergoeding die hij billijk acht, in zijn geheel toekennen. Alhoewel de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden zegt, geldt hetgeen hij heeft overwogen omtrent de matiging van de afvloeiingsregeling wegens strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan (uiteraard) niet.

Conclusie

Met het arrest DWC/Blakborn staat vast dat een werknemer ook na een ontbindingsprocedure in een afzonderlijke procedure nog betaling van een contractuele afvloeiingsregeling, zoals een gouden parachute, kan vorderen. Overigens volgt naar mijn mening uit het arrest dat dit ook na een procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag het geval is. In een dergelijke procedure wordt immers door de rechter ook een wezenlijk ander criterium gehanteerd dan in een procedure omtrent nakoming van een afvloeiingsregeling.

Voor de praktijk is verder van belang dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien een ontbindingsrechter een vergoeding toekent zonder met de contractuele afvloeiingsregeling bekend te zijn en partijen niet in die situatie hebben voorzien, de afvloeiingsregeling slechts in uitzonderlijke situaties door de rechter kan worden gematigd. Werkgevers die een dergelijke onvoorziene 'opeenstapeling' van vergoedingen willen voorkomen, dienen aan de contractuele afvloeiingsregeling de voorwaarde te verbinden dat een eventuele door de rechter toegekende vergoeding daarop in mindering komt.

In ieder geval is opnieuw bevestigd dat, in tegenstelling tot hetgeen vaak wordt gedacht, een gouden parachute geen garantie is voor een snelle en zekere afwikkeling van het ontslag van een werknemer.

Mr. H.T. ten Have
NautaDutilh