



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder

Bennaars, J.H.

**Publication date**

2015

**Document Version**

Final published version

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Bennaars, J. H. (2015). *De rechtspositie van de bestuurder: benoeming, beloning en ontslag van de vennootschapsbestuurder*.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## HOOFDSTUK 3

# Samenloop

### 3.1 Inleiding

In de volgende hoofdstukken (4, 5 en 6) worden de meest essentiële rechtspositionele onderwerpen nader onderzocht. Het gaat om benoeming, bezoldiging en ontslag of, in arbeidsrechtelijke termen: het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het loon en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Stellen dat de twee rechtsbetrekkingen ieder door het eigen regelstelsel worden geregeerd, is ontoereikend om elke rechtsvraag met betrekking tot de bestuurder-werknemer te kunnen beantwoorden. In het geval één (rechts)feit zowel gevolgen voor de ene rechtsbetrekking heeft als voor de andere, zal in sommige gevallen een keuze moeten worden gemaakt voor de toe te passen regel.

Gedacht kan worden aan de vraag of de vennootschap die de bezoldiging/het loon te laat betaalt gehouden is de wettelijke verhoging te betalen (artikel 7:625 BW). Dit kan een vraag van samenloop zijn. Hetzelfde geldt voor de vraag of het overeengekomen loon (arbeidsrechtelijk) moet voldoen aan de eisen die Boek 2 BW stelt aan bezoldiging (artikel 2:135 en 245 BW). Beide vragen zouden wellicht op het eerste gezicht kunnen worden beantwoord door simpele kwalificatie: vloeit de verplichting tot betaling voort uit de arbeidsovereenkomst of niet? Zo ja, dan vinden (uitsluitend) de bepalingen over loon uit Titel 10 Boek 7 BW toepassing. Zo nee, dan gelden alleen de bepalingen uit Boek 2 BW. Niet alleen wordt in de praktijk niet zo omgegaan met bezoldiging/loon, ook zou een dergelijk onderscheid dogmatisch onjuist zijn. De tegenprestatie die de bestuurder-werknemer voor zijn arbeid/het besturen ontvangt is (meestal) tegelijkertijd loon en bezoldiging. Slechts in uitzonderlijke gevallen is het zo dat een specifiek gedeelte van de totale vergoeding expliciet ziet op de bestuurdersactiviteiten, de 'Boek 2 taken', en als zodanig kan worden afgesplitst.<sup>1</sup> Zowel de bepalingen uit Boek 2 als uit Boek 7 BW vinden dus toepassing.

Het leerstuk samenloop is goed bruikbaar om de verschillende kanten van de rechtspositie van de bestuurder-werknemer te kunnen analyseren. Om te voorkomen dat in ieder hoofdstuk aspecten van samenloop moeten worden behandeld, wordt in dit hoofdstuk een algemeen kader geschetst, uiteraard waar mogelijk in het licht

---

<sup>1</sup> Zie hierover verder hoofdstuk 5, paragraaf 2.

van de statutair bestuurder. Zowel de definitie van samenloop als de 'vuistregels' en het verwante leerstuk van de gemengde overeenkomsten komen aan de orde.

## 3.2 Een definitie van samenloop

### 3.2.1 Inleiding

Samenloop is geen wettelijk gedefinieerd begrip maar een verzamelnaam voor een aantal gelijksoortige problemen van rechtsvinding. Kenmerk van samenloop is dat in een juridische casuspositie één of meerdere elementen niet enkelvoudig maar meervoudig zijn. Zo kunnen er meerdere crediteuren of debiteuren zijn. Ook kunnen meerdere (rechts)feiten samenvallen of zelfs twee rechtsstelsels aan de orde zijn. Rechtsgronden voor een vordering kunnen samenlopen: één feitencomplex kan zowel vernietiging op grond van bedrog als op grond van misbruik van omstandigheden rechtvaardigen. Ook rechtsvorderingen kunnen samenlopen. Een werknemer die het loon te laat ontvangt kan zowel wettelijke verhoging vorderen als wettelijke rente. In geval van wanprestatie kan de crediteur kiezen tussen een vordering tot nakoming en een ontbinding van de overeenkomst met schadevergoeding. In al deze gevallen is in zekere mate sprake van samenloop. Dit leidt in de meeste gevallen tot niet tot enig probleem omdat de bepalingen ofwel naast elkaar kunnen worden toegepast, ofwel een duidelijke keuzevrijheid of wettelijke uitsluiting bestaat. Pas indien dit niet aan de orde is, ontstaat een probleem van rechtsvinding.

In het strafrecht is samenloop uitvoerig wettelijk geregeld. In het civiele recht is dat anders. Hoewel het fenomeen civielrechtelijke samenloop al een rol speelde in het Romeinsrechtelijke gesloten systeem van acties en ook in de Middeleeuwen regelmatig is beschreven,<sup>2</sup> is de dissertatie van Boukema uit 1966 de eerste (Nederlandse) systematische wetenschappelijk beschouwing over het leerstuk samenloop. Daarnaast is in de jurisprudentie in de loop der tijd een aantal 'vuistregels' ontwikkeld om problemen van samenloop op te lossen. Na Boukema heeft nog een aantal schrijvers zich over het fenomeen samenloop gebogen waarbij zowel de definitie van samenloop als de oplossing voor problemen bij de samenloop aan de orde is gesteld.

Huizink heeft in zijn dissertatie betoogd dat in de verhouding tussen Boek 2 BW en het arbeidsovereenkomstenrecht niet zozeer sprake is van samenloop als wel van een kwalificatievraagstuk. Beide rechtsbetrekkingen (de functionele en de contractuele) zijn op verschillende rechtsfeiten gebaseerd: de benoeming en de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen moeten in beginsel cumuleren.<sup>3</sup> Of dit standpunt (naar de huidige stand van doctrine en jurisprudentie) juist is, valt te bezien. In de eerste plaats hangt dat volledig af van de definitie van samenloop, in de tweede plaats is de benadering van Huizink niet voor alle gevallen afdoende.

<sup>2</sup> Bezemer 2007, p. 44, 48.

<sup>3</sup> Huizink 1989, p. 54-55 en *Losbladige Rechtspersonenrecht*, aant. 2, artikel 2:135 BW.

### 3.2.2 Literatuur

In de loop der tijd zijn verschillende vormen van samenloop gedefinieerd. Meijers spreekt in zijn noot bij een arrest van de Hoge Raad uit 1932 van “*samenloop van rechtsvorderingen*”.<sup>4</sup> Het ging in die zaak om een samenloop tussen een vordering tot vernietiging wegens bedrog en een vordering tot schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelt dat beide mogelijkheden de recht-hebbende ten dienste staan.

Als gezegd heeft Boukema als eerste Nederlandse schrijver het begrip samenloop wetenschappelijk onderbouwd geprobeerd af te bakenen. Hij definieert allereerst de termen wettelijke norm (ook: wetsnorm) en rechtsfeit. Van een wettelijke norm is volgens Boukema sprake indien de wet aan het bestaan of intreden van een omstandigheid of een aantal omstandigheden een bepaald rechtsgevolg verbindt.<sup>5</sup> Eén wettelijke bepaling kan meerdere wetsnormen bevatten en andersom kunnen meerdere wettelijke bepalingen tezamen één wetsnorm vormen. Rechtsfeiten verdeelt Boukema onder in abstracte en concrete rechtsfeiten. Onder abstracte rechtsfeiten verstaat hij het complex van voorwaarden dat voor het intreden van het rechtsgevolg is vereist. Het concrete rechtsfeit is in zijn visie een complex van elementen waarop de norm in een bepaald geval moet worden toegepast. Een algemenere omschrijving van rechtsfeit is een feit waaraan door het recht rechtsgevolgen worden verbonden. Indien door eenzelfde handeling verschillende rechtsbelangen worden aangetast, dan moet men ook spreken van verschillende rechtsfeiten. Boukema geeft het voorbeeld van een automobilist die roekeloos rijdt en een fietser aanrijdt waardoor de fietser gewond raakt en de fiets beschadigd raakt. Het slachtoffer dat vergoeding van beide schadecomponenten vordert, doet dat op grond van verschillende rechtsfeiten die ieder een zelfstandige aanspraak en een eigen vordering in het leven roepen. Van samenloop is dan geen sprake, aldus Boukema.<sup>6</sup> Hij komt tot de volgende constatering: “*waar sprake is van verschillende rechtsfeiten, welke al dan niet naar de tijd samenvallen, of waar het gaat om eenzelfde feit, dat tussen verschillende personen rechtsbetrekkingen in het leven roept, [moet men] niet spreken van samenloop van wetsnormen. Hier ontstaan verschillende vorderingen, welke in beginsel een eigen leven leiden. Slechts indien deze vorderingen op hetzelfde doel zijn gericht, kunnen aan de samenloop verwante vragen rijzen.*”

Boukema komt dan tot de volgende rubricering:

- (i) er is sprake van samenloop van wetsnormen in die gevallen waar het gaat om één rechtsfeit, waarop verschillende wetsnormen een rechtsbetrekking tussen dezelfde personen in het leven roepen, onafhankelijk van de vraag of de rechtsgevolgen van deze normen in een exclusieve, alternatieve of cumulatieve verhouding staan.

4 HR 16 december 1932, NJ 1933 m.nt. EMM (*Twentsche Bank/De Wilde*), p. 458-462, ook geciteerd in Bezemer 2007, p. 53.

5 Boukema 1966, p. 19.

6 Boukema 1966, p. 40.

- (ii) samenloop van vorderingen is aan de orde indien uit verschillende feiten of tussen verschillende personen vorderingen ontstaan, die op hetzelfde doel zijn gericht.<sup>7</sup>

Boukema komt in het vervolg van zijn betoog nog tot een derde categorie:

- (iii) gevallen waarin slechts één norm toepasselijk is, die voor het intreden van haar rechtsgevolgen door een andere wetsnorm wordt beïnvloed, de reflexwerking.<sup>8</sup>

Anders dan Boukema neemt Snijders<sup>9</sup> niet het rechtsfeit als startpunt voor de vraag of sprake is van samenloop, maar een feitelijk gebeuren waarop verschillende bepalingen voor toepassing in aanmerking komen. Hiervoor geeft hij een aantal vuistregels. Ook Brunner<sup>10</sup> staat langer stil bij de vraag wat nu eigenlijk samenloopt. Hij onderscheidt samenloop van acties, van rechten en van rechtsgronden voor rechten. Anders dan Boukema, die het juist acht te spreken van samenloop van wetsnormen, vindt Brunner het systematisch juister te spreken van samenloop van rechtsgronden voor een vorderingsrecht of de samenloop van vorderingsrechten. De wet (of het ongeschreven recht) is weliswaar de oorzaak van samenloop, maar waar het om gaat is steeds of een aanspraak bestaat en of die samenloopt met een andere, dan wel of zij op meer dan één rechtsgrond bestaat. Schoordijk<sup>11</sup> heeft betoogd dat vragen van samenloop eigenlijk niet bestaan omdat het bestaan van tegenstrijdige normen een ongerijmdheid in het recht is. Hij wijst samenloop als leerstuk van de hand. Deze opvatting heeft vrijwel geen navolging gekregen. Konijn<sup>12</sup> omschrijft samenloop als de situatie waarin op of naar aanleiding van een bepaald feitencomplex, of op één rechtsfeit verschillende bepalingen van toepassing zijn. Zij maakt voorts een onderscheid tussen samenloop van verschillende gronden (wetsbepalingen) op grond waarvan een bepaalde vordering kan worden ingesteld enerzijds en een samenloop van verschillende vorderingen op grond van dezelfde rechtsregel anderzijds. Volgens Konijn moet 'samenloop' ruim worden geïnterpreteerd en betreft het een feitelijk in plaats van een juridisch begrip. Nieuwenhuis<sup>13</sup> geeft weer dat de gangbare visie is dat het bij samenloop gaat om 'samenloop van rechtsregels'. Hij is van oordeel dat er twee manieren zijn om het samenloopvraagstuk te benaderen: (i) als een probleem van de eenheid der wet, die wordt bedreigd indien twee wetsbepalingen voor de beslissing van één hen hetzelfde geschil twee uiteenlopende richtingen aangeven, of (ii) als de vraag in hoeverre de vrijheid van de eiser te kiezen welke hem door de wet aangereikte rechtsovereenkomst zijn belang optimaal dient, moet worden ingeperkt om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van gedaagde. Deze laatste weg verdient zijn voorkeur, waarbij de vrijheid van eiser niet onbeperkt is maar begrensd wordt door de redelijkheid en billijkheid.<sup>14</sup>

7 Boukema 1966, p. 41.

8 Boukema 1966, p. 56.

9 Snijders 1973, p. 454.

10 Brunner 1979, p. 16.

11 Schoordijk 1979, p. 58-59.

12 Konijn 1999, p. 57.

13 Nieuwenhuis 2007, p. 3, l.k.

14 Nieuwenhuis 2007, p. 3, r.k. alsmede zijn verwijzing naar HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (*Multi/Nethou*) op p. 4. r.k.

Janssen<sup>15</sup> komt na een doorwrocht betoog tot de volgende definitie: samenloop doet zich uitsluitend voor wanneer voor hetzelfde rechtsfeit(encomplex) tussen dezelfde rechtssubjecten én in dezelfde rechtsbetrekking verschillende rechtsregels tegelijk van toepassing zijn. In de eerste plaats kiest hij voor de term 'rechtsregels' in plaats van wetsnormen. Reden is dat niet alleen wettelijke bepalingen (recht in de zin van artikel 79 lid 1 sub b Wet RO) kunnen samenlopen, maar bijvoorbeeld ook ongeschreven recht<sup>16</sup> of door partijen zelf gecreëerde regels zoals cao's, statuten, reglementen of algemene voorwaarden. Dit lijkt mij een juiste nuancerings van de definitie van Boukema, waarbij ik wel opmerk dat indien sprake is van samenloop tussen verschillende soorten bepalingen, de hiërarchie vaak uitsluitend zal geven over de vraag welke regel voorgaat. Janssen beschrijft vervolgens welke situaties niet onder deze definitie vallen en waarin dus geen sprake is van samenloop.

Eén van die situaties is voor dit onderzoek relevant. Het gaat om de situatie waarin *verschillende rechtsregels niet dezelfde rechtsbetrekking raken*. Janssen parafraseert dit als volgt: samenloop is niet aan de orde ingeval tussen dezelfde rechtssubjecten verschillende akkefietjes bestaan. Zou dit ook onder de noemer samenloop worden gebracht, dan wordt het leerstuk nodeloos complex. Hiermee raakt Janssen aan de kritiek die Huizink heeft op de toepassing van het leerstuk samenloop op de dubbele rechtsbetrekking van de bestuurder.<sup>17</sup> Huizink is van oordeel dat van samenloop geen sprake is omdat er twee afzonderlijke rechtsbetrekkingen bestaan, de arbeidsovereenkomst en de functionele rechtsbetrekking die beiden geregeerd worden door hun 'eigen' regelstelsel ('verschillende akkefietjes tussen twee dezelfde rechtssubjecten'). De benadering van zowel Huizink als Janssen komt logisch voor. Daar staat tegenover dat in feite het probleem (welke regel vindt toepassing) verschoven wordt naar de vraag 'wanneer is sprake van één rechtsbetrekking'. Gaat het om de bestuurder met een (arbeids)overeenkomst, dan is dat nu juist de hamvraag. Zouden het inderdaad twee gescheiden rechtsbetrekkingen zijn, dan gaat via de uitzondering van Janssen, de leer van Huizink op. Het is echter niet meer vol te houden dat sprake is van twee volledige gescheiden rechtsbetrekkingen. In een aantal gevallen is wel degelijk sprake van samenloop, de meest duidelijke vorm is de bestuurdersaansprakelijkheid waarbij tevens sprake kan zijn van onrechtmatige daad en ook artikel 7:661 BW een rol speelt. Ook bij ontslag kunnen de twee rechtsbetrekkingen sinds de 15 april-arresten niet meer geheel los van elkaar worden gezien. In die gevallen zal het leerstuk samenloop behulpzaam kunnen (en moeten) zijn bij de bepaling van wat rechtens is.

De definitie van Houben,<sup>18</sup> eveneens uit 2007, is een combinatie van de definities van Boukema en Brunner: samenloop doet zich voor als op één rechtsfeit twee of meer regels van eenzelfde rechtstelsel voor toepassing in aanmerking komen.

15 Janssen 2007, p. 23.

16 Ook Brunner heeft al gewezen op het ongeschreven recht, Brunner 1979, p. 16.

17 Huizink 1989, p. 53-57.

18 Houben 2007c.

Ondanks de verschillende verfijningen en nuanceringen in latere jaren, lijkt mij de benadering van Boukema nog steeds juist. In een latere publicatie verwoordt hij het als volgt: “*Vragen van samenloop zijn vragen naar de interpretatie van rechtsregels, maar van een bijzondere soort. In hoeverre wordt het toepassingsgebied van een rechtsregel beïnvloed door het toepassingsgebied van andere rechtsregels?*”<sup>19</sup> In dit licht is de enge definitie die Janssen hanteert minder werkbaar en ook minder juist indien samenloop wordt beschouwd, zoals Brunner doet, niet als een sluitend systeem, maar als een hulpmiddel bij de keuze, ofwel hulpregels bij de rechtsvinding.<sup>20</sup>

Met Boukema<sup>21</sup> en Konijn<sup>22</sup> ben ik van oordeel dat samenloop met name een methode voor rechtsvinding is. De rechtspraktijk (en de dogmatiek) is niet gebaat bij een enge definitie. Samenloop is een verzamelnaam voor situaties waarin rechtsregels elkaar beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat beide rechtsregels voor toepassing in aanmerking (lijken te) komen als rechtsgrond voor een vordering. In de volgende hoofdstukken zal steeds aan de hand van de omschrijving van Boukema zoals hierboven omschreven worden getoetst of sprake is van samenloop.

### 3.3 Cumulatie, alternativiteit of exclusiviteit

De vraag wanneer sprake is van samenloop lijkt moeilijker te beantwoorden dan de vraag hoe een eenmaal geconstateerde samenloop van rechtsregels moet worden opgelost. Samenloop komt met regelmaat aan de orde in de rechtspraak, zowel in feitelijke instanties als in cassatie. Er is een grote verscheidenheid aan (soorten) regelingen binnen het civiele recht die kunnen samenlopen. Bekende voorbeelden zijn de samenloop tussen wanprestatie enerzijds en onrechtmatige daad, bedrog, dwaling of ongerechtvaardigde verrijking anderzijds. Ook de samenloop tussen het algemene vermogensrecht en het bijzondere overeenkomstenrecht (waaronder het arbeidsrecht) is met enige regelmaat aanleiding voor rechtspraak. Een andere veelvoorkomende vorm van samenloop binnen het civiele recht is de samenloop tussen bijzondere onrechtmatige gedragingen en het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad. Als voorbeeld wijs ik op misleidende reclame als bijzondere vorm van een onrechtmatige gedraging.

#### 3.3.1 Jurisprudentie

Ondanks deze grote verscheidenheid aan casusposities oordeelt de Hoge Raad al sinds de jaren '50 van de vorige eeuw consistent over de uitgangspunten die gehanteerd moeten worden in geval van samenloop. Al eerder is de term ‘vuistregels’<sup>23</sup> gevallen, deze zijn als volgt samen te vatten. Ingeval meerdere rechtsregels

19 Boukema 1992, p. 6.

20 Brunner 1979, p. 5.

21 Boukema 1992, p. 6.

22 Konijn 1999, p. 60.

23 Snijders 1973, p. 453-454. Boukema noemt het geldingsregels (Boukema 1992 p. 4-5), Brunner lijkt te voelen voor de term voorrangregels (Brunner 1984, p. 18).

voor toepassing in aanmerking komen, is cumulatie uitgangspunt.<sup>24</sup> Leidt cumulatie tot een onlogisch of onpraktisch resultaat (Snijders), of is het in strijd met het systeem of de strekking van de wet (Boukema), dan bestaat een keuzemogelijkheid voor de gerechtigde: alternativiteit. Ten slotte is het mogelijk dat uit een rechtsregel zelf volgt of onvermijdelijk voortvloeit dat de regel exclusieve werking heeft en er dus geen keuzemogelijkheid bestaat. De Hoge Raad formuleert de hoofdregel onder meer in 2007 als volgt:

“Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt leidt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt (vgl. HR 15 november 2001, nr. C01/082, NJ 2003, 48).”<sup>25</sup>

### 3.3.2 Cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit: een nuancering

De hierboven geschetste uitgangspunten zijn in de literatuur lang onbestreden gebleven.<sup>26</sup> Wel is een aantal nuanceringen bepleit.

In de eerste plaats hebben Castermans en Krans<sup>27</sup> betoogd dat de termen *cumulatie* en *alternativiteit* beter vervangen kunnen worden door *keuzevrijheid* en *keuzeplicht* als het gaat om de samenloop van vorderingsgrondslagen. Met de term keuzevrijheid wordt tot uitdrukking gebracht dat het de belanghebbende vrijstaat om de verschillende gronden te kiezen voor zijn vordering. Niet alle grondslagen hoeven te worden toegepast, maar het mag wel. Kunnen de rechtsgevolgen van de verschillende

24 HR 16 december 1932, NJ 1933, p. 458 m.nt. EMM (*Twentsche Bank/De Wilde*), HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 m.nt. LEHR (*Manifattura Tessile/Amsterdamsche Bank*), HR 6 maart 1959, NJ 1959, 349 m.nt. HB (*Meinen/Nefkens*), HR 21 december 1973, NJ 1974, 308 m.nt. WK (*Mulder/Ronner*), HR 18 september 1992, NJ 1992, 747 (*Keizer/Van Andel*), HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (*Hofman/Colpro*), HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m.nt. JBMV (*AVO/Petri Beheer*), (impliciet) HR 19 januari 2007, NJ 2007, 62 (A./X.).

25 HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621 m.nt. KFH (*Fernhout/Essent*). Zie bijvoorbeeld ook HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 m.nt. JH (*Hofman/Colpro*), r.o. 3.7, derde alinea (*Bramer/Hofman Beheer*). Over de uitzondering, exclusiviteit, overweegt de Hoge Raad al in 1957 het volgende: “dat het middel terecht tegen deze opvatting opkomt, dat geen grond bestaat om aan te nemen, dat wanneer iemand bij het verrichten van een tweezijdige, een derde schadelijke, rechtshandeling zodanig heeft gehandeld dat art. 1401 B.W. voor toepassing in aanmerking komt, de benadeelde niet op grond van dat artikel schadevergoeding van hem zou mogen vorderen omdat hij ook de nietigheid van de handeling zou kunnen inroepen ingevolge art. 1377 B.W.; dat dit alleen zou mogen worden aangenomen, indien art. 1377 dit zou voorschrijven of onvermijdelijk zou meebrengen; dat dit echter niet het geval is.” [Benadrukking JHB], HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 m.nt. LEHR (*Manifattura Tessile/Amsterdamsche Bank*), p.1014, r.k. derde en vierde alinea. In 2002 is dit nog eens expliciet door de Hoge Raad bevestigd: “Naar in rechtspraak van de Hoge Raad als uitgangspunt is aanvaard, kan van exclusieve werking slechts sprake zijn indien de wet zulks voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.” HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m.nt. JBMV, r.o. 3.7.2 (*AVO/Petri Beheer*).

26 Houben 2007b, p. 26, Nieuwenhuis 2007, p. 1; Konijn 1999 p. 62, Boukema 1992, p. 5, Brunner 1979, p. 18, Snijders 1973, p. 454, Boukema 1966, p. 22.

27 Castermans & Krans 2009 en Castermans & De Graaff 2013, p. 47 noot 9.



grondslagen niet naast elkaar bestaan, heeft de belanghebbende de plicht om tussen de verschillende grondslagen te kiezen.

Ten tweede heeft Houben, in aanvulling op de vuistregels uit de jurisprudentie, exclusiviteit onder verdeeld in de *vordering* die exclusief werkt en het *resultaat* dat exclusief werkt.<sup>28</sup> De vuistregels zijn op zich duidelijk, maar kunnen in de praktijk toch moeilijkheden opleveren. Vooral de vraag of een rechtsregel exclusiviteit *onvermijdelijk meebrengt* is nogal eens onderwerp van geschil. De vraag of exclusiviteit in een bepaling wordt voorgeschreven, is vaak wel duidelijk. 'Onvermijdelijk meebrengen' is een lastiger criterium. Houben<sup>29</sup> beschrijft vijf arresten van de Hoge Raad uit 2006 en 2007 waarin de vraag naar de exclusiviteit telkenmale door de Hoge Raad anders werd beoordeeld dan door het gerechtshof. Houben komt na analyse van deze arresten tot een aantal conclusies over de wijze waarop de vuistregels moeten worden toegepast:

(i) Of de wet exclusiviteit onvermijdelijk meebrengt moet worden bekeken aan de hand van de strekking van beide regelingen die voor toepassing in aanmerking komen. Voor het bepalen van de strekking is de parlementaire geschiedenis belangrijk, maar niet doorslaggevend.

Het adagium *lex specialis derogat legi generali* is te grof en daarom niet bruikbaar, zoveel staat wel vast. Het biedt zeer zeker niet in alle gevallen een oplossing en zet de beoefenaar van het recht eerder op het verkeerde been. Als sprake is van een bijzondere en algemene regeling (hetgeen eerst zal moeten worden vastgesteld), dan zal moeten worden onderzocht of en zo ja, in hoeverre de bijzondere regeling beperkter is dan de algemene en waar die beperking in bestaat. De beperking kan erin gelegen zijn de belanghebbende minder rechten te verlenen dan de algemene regeling doet. In dat geval zal de bijzondere regeling exclusief gelden ten opzicht van de algemene regel. Zou immers geen exclusiviteit worden aangenomen, dan is de *specialis* een dode letter geworden omdat de belanghebbende zich altijd op de algemene regeling zal beroepen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij kortere verjaringstermijnen bij bijvoorbeeld opzegging van de arbeidsovereenkomst of aanvaringen. De Hoge Raad<sup>30</sup> overweegt dat de korte verjaringstermijn van artikel 8:1793 BW exclusieve werking heeft ten opzicht van de algemene verjaringstermijn ex artikel 3:310 BW bij onrechtmatige daad. De ratio van de bepaling is dat de feitelijke toedracht bij aanvaring na langere tijd moeilijk te achterhalen is. Bovendien komt de kortere verjaringstermijn uit internationale verdragen. De kortere verjaringstermijn beoogt dus degene die wordt aangesproken te beschermen. Er kan dus in geval van een aanvaring wel een vordering op grond van artikel 6:162 BW worden ingesteld, maar de kortere verjaringstermijn van artikel 8:1793 BW geldt dan wel. Indien de algemene wettelijke regeling wordt aangevuld met een specifieke regeling,

28 Houben 2007b, p. 26.

29 Houben 2007c.

30 Houben 2007c verwijst naar HR 15 juni 2007, NJ 2007, 621 m.nt. KFH (*Fernhout/Essent*).

dan zal juist geen sprake zijn van exclusiviteit. In de woorden van Brunner: het adagium *lex specialis derogat legi generali* gaat slechts op indien de rechtsgevolgen van de bijzondere regeling in alle opzichten ongunstiger zijn voor degene die daaraan rechten ontleent.<sup>31</sup>

De exclusiviteit beperkt zich dus tot die elementen die maken dat de bijzondere regel exclusief is. Om bij het voorbeeld van de aanvaring te blijven: de kortere verjaringstermijn is bepalend, dus die werkt exclusief. Het is niet zo dat artikel 8:1793 BW het algemene artikel 6:162 BW in zijn geheel verdringt.

(ii) indien sprake is van een samenloop tussen contractuele vorderingen en delictuele vorderingen moet éérst worden bezien of de gedraging waarop de vordering is gebaseerd ook los van het contract onrechtmatig is. Zo nee, dan staan alleen de contractuele mogelijkheden de rechthebbende ten dienst. Zo ja, dan dient te worden bezien of één van de twee regelingen (de contractuele of de onrechtmatige daad) exclusieve werking heeft. Indien van exclusieve werking geen sprake is en dus een keuzemogelijkheid voor de rechthebbende bestaat, geldt overigens ook dat de contractuele beperkingen gelden bij een vordering uit onrechtmatige daad.<sup>32</sup>

In een arbeidsrechtelijke zaak, heeft de Hoge Raad over dit laatste anders geoordeeld.

In het Pratt & Whitney-arrest<sup>33</sup> ging het om een werkgever die voor een aantal werknemers een ontslagvergunning had verkregen door onjuiste cijfers aan te leveren. Pas na ommekomst van de verjaringstermijn voor een vordering op grond van art. 7:681 BW (zes maanden) kwamen de werknemers achter de onjuistheid van de cijfers. Zij stelden primair dat deze verjaringstermijn pas is gaan lopen op het moment van de ontdekking en subsidiair stelden zij een vordering in op basis van onrechtmatige daad. De hierboven omschreven stappen volgend, oordeelt de Hoge Raad dat het handelen van de werkgever niet alleen in de contractuele sfeer onjuist was, maar ook los daarvan een onrechtmatige daad opleverde. De Hoge Raad gaat er, zonder expliciete overweging, van uit dat de termijn om een op dat onrechtmatige handelen gebaseerde vordering in te stellen niet al na zes maanden verjaart.<sup>34</sup> De beperkingen in de contractuele bepalingen ten opzichte van de delictuele vordering worden hier dus niet meegenomen anders dan de Hoge Raad in de (recentere) uitspraak van 2 maart 2007.

(iii) bij de beantwoording van de vraag of aan een bepaling exclusieve werking moet worden toegekend, speelt naast de aanwijzingen in de parlementaire geschiedenis de strekking van de bepaling een rol. Het gaat dan om de vraag of de bepaling een bepaald belang beoogt te beschermen. Zo zijn verjaringsbepalingen vaak opgesteld in het belang van de verweerder. Dit belang is vaak een grond voor exclusiviteit of inkleuring.

<sup>31</sup> Brunner 1979, p. 24.

<sup>32</sup> HR 2 maart 2007, NJ 2007, 240 m.nt. Ma, JAR 2007/90 (*Nutsbedrijf Westland/S.*). In dit arrest ging het om de samenloop tussen de artikel 2:9, 7:661 en 6:162 BW. In r.o. 3.4.1 overweegt de HR dat ook als art. 6:162 BW als grondslag wordt gebruikt het toerekeningsvereiste moet worden ingekleurd aan de hand van de genoemde bepalingen uit Boek 2 en 7 BW.

<sup>33</sup> HR 3 december 1999, NJ 2000, 235, m.nt. PAS en JAR 2000/18 (*Pratt&Whitney*).

<sup>34</sup> Zie over dit arrest en de samenloop van verjaringstermijnen uit het arbeidsrecht en het algemene vermogensrecht ook Boot 2007.

### 3.3.3 *Kritiek Bakels*

Bakels<sup>35</sup> heeft betoogd dat de klassieke drieslag cumulatief, alternatieve en exclusieve niet meer in deze tijd past. Bakels suggereert in plaats daarvan een driestappenplan waarlangs de rechter kan beslissen in samenloopkwesties:

- a) Als de wetgever of partijen zelf in de samenloop hebben voorzien dan moet die keuze worden gerespecteerd, tenzij de werking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid daaraan in de weg staan of sprake is van misbruik van bevoegdheid;
- b) Is geen keuze gemaakt, dan zal de rechter moeten nagaan of de samenlopende regels elkaar dermate beïnvloeden dat de rechtsgevolgen in het concrete geval identiek zijn;
- c) Is sprake van uiteenlopende rechtsgevolgen, dan moet de regel waarop eiser zijn vordering of gedaagde zijn verweer uitleggen in het licht van (i) de samenlopende regel, (ii) de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en (iii) alle omstandigheden van het geval.

In het tweede deel van zijn tweeluik<sup>36</sup> beschrijft Bakels een groot aantal uitspraken van de Hoge Raad waarin volgens hem deze weg al wordt gevolgd.

Het is niet eenvoudig de verschillen met de klassieke leer te ontwaren. Het lijkt te gaan om dezelfde uitgangspunten of gezichtspunten, gezien vanuit een ander invalshoek. Zo lijkt de eerste stap erg op exclusiviteit (voorgeschreven of onvermijdelijk meegebracht door de wet), met dien verstande dat Bakels ook de partijen een rol geeft. Aangenomen moet worden dat het dan alleen gaat om regels van regelend recht en niet van dwingend recht. Stap 2 lijkt op de reflexwerking van Boukema (zie dit hoofdstuk, paragraaf 3.2.2).

Stap 3 beoogt vervolgens de samenloop door middel van uitleg op te lossen. Begrijp ik Bakels goed, dan kan de derde stap worden ingevuld door de klassieke drieslag of via de maatstaf van de 'onaanvaardbare doorkruisingsleer'. Deze laatste leer vindt zijn oorsprong in de samenloop tussen publiek- en privaatrecht<sup>37</sup> en komt op het volgende neer. De overheid mag haar belangen jegens burgers ook behartigen door privaatrechtelijke bevoegdheden te gebruiken zolang het gebruik van die privaatrechtelijke bevoegdheden de betrokken publiekrechtelijke regeling niet op onaanvaardbare wijze doorkruist. Om te bepalen of dit zo is, moet onder meer gekeken worden naar de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling, de wijze waarop in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd. Ook is van belang of de overheid een vergelijkbaar resultaat kan bereiken via de publiekrechtelijke weg. Is dat het geval, dan is dat een aanwijzing dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.

35 Bakels 2009a, p. 342 e.v.

36 Bakels 2009b.

37 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (*Staat/Windmill*).

### 3.3.4 De doorkruisingsleer van Kroeze

Kroeze<sup>38</sup> heeft in zijn dissertatie uit 2004 gepleit voor een 'vennootschapsrechtelijke doorkruisingsleer' in het kader van het recht van aandeelhouders om afgeleide schade te vorderen van derden. Het gaat dan niet om het privaatrecht dat het publiekrechtelijk domein infiltreert, maar om het privaatrecht dat het vennootschapsrecht in uitzonderingsgevallen kan doorbreken. Hij formuleert het als volgt:<sup>39</sup>

"Een aandeelhouder kan met succes een vordering tot rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade instellen indien jegens hem een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden, zoals een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming, en de vordering tot rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade het vennootschapsrecht in een concreet geval niet op onaanvaardbare wijze doorkruist. Van een onaanvaardbare doorkruising is in elk geval sprake (i) indien inbreuk wordt gemaakt op de rangorde tussen die aandeelhouder en een of meer andere belanghebbenden bij het vermogen van de vennootschap waardoor deze belanghebbende(n) in concreto wordt (worden) benadeeld, (2) indien aannemelijk is dat de aandeelhouder een vergelijkbaar resultaat kan bereiken door gebruikmaking van de bevoegdheden die hij aan het vennootschapsrecht ontleent of (3) indien aannemelijk is dat het toelaten van een vordering tot rechtstreekse vergoeding van afgeleide schade in strijd is met de gerechtvaardigde belangen van de vennootschap, waaronder begrepen moet worden het belang dat de vennootschap heeft om van processueel onhanteerbare situatie gevrijwaard te blijven."

Het is verleidelijk deze maatstaf te projecteren op de verhouding bestuurder-vennootschap. Dat kan in ieder geval niet één op één. Anders dan de aandeelhouder heeft de bestuurder met een arbeids- of opdrachtovereenkomst van meet af aan een dubbele band met de vennootschap. Het overeenkomstenrecht heeft dus al bij aanvang een plaats verworven. Dit is niet zo in de verhouding aandeelhouder-vennootschap. Daarbij komt dat indien sprake is van een arbeidsovereenkomst sprake is van *bijzonder* overeenkomstenrecht. Het arbeidsrecht biedt de werknemer (en dus ook de bestuurder-werknemer) bijzondere bescherming. De vanzelfsprekendheid waarmee in de doorkruisingsleer van Kroeze het vennootschapsrecht voorrang heeft en het algemeen vermogensrecht de uitzondering is, kan daarom voor de bestuurder niet opgaan.

Dit volgt ook uit de 15 april-arresten waarin de Hoge Raad overweegt dat een deel van het beschermende ontslagrecht (te weten de opzegverboden) en de contractsvrijheid standhouden. Het vennootschapsrecht heeft dus niet onbeperkt voorrang.

## 3.4 Het leerstuk van de gemengde overeenkomsten

### 3.4.1 Inleiding

In het voorgaande is beschreven hoe de samenloop van rechtsvorderingen, of gronden daarvoor, met behulp van jurisprudentiële vuistregels wordt opgelost. Het leerstuk van samenloop is nuttig voor het oplossen van eventuele strijdigheden tussen

38 Kroeze 2004 p. 61 e.v.

39 Kroeze 2004, p. 63.

toepasselijke arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke regels in een concrete casus. Daarnaast is, voor een meer algemene duiding van de hybride verhouding tussen de bestuurder en 'zijn' vennootschap, de theorie over de gemengde overeenkomst dienstig.

Gemengde contracten zijn die overeenkomsten die voldoen aan de omschrijving van twee of meer benoemde overeenkomsten.<sup>40</sup> Een bekend voorbeeld, afkomstig uit de parlementaire geschiedenis, is een overeenkomst die zowel trekken heeft van de arbeidsovereenkomst als van een huurovereenkomst (de inwonende conciërge). Het is de vraag wanneer sprake is van één overeenkomst. Deze vraag wordt in de literatuur niet eenduidig beantwoord. Is sprake van verschillende nauw met elkaar verband houdende overeenkomsten die toch elk afzonderlijk en volledig een benoemd contract vormen, dan is geen sprake van een gemengde overeenkomst, aldus Hartkamp en Sieburgh in hun bewerking van de Asser-serie.<sup>41</sup> Heerma van Voss waarschuwt eveneens voor de afzonderlijke contracten met enige economische samenhang (zelfs in één akte opgenomen of op dezelfde dag gesloten en met enige samenhang). Deze dienen niet te worden beschouwd als een gemengd contract: één complex van bedingen dat uiteenvalt in van elkaar onafhankelijke contracten is geen gemengd contract, er moet echt sprake zijn van één overeenkomst die aan de definitie van meerdere benoemde contractstypen voldoet.<sup>42</sup> Ook indien verschillende bedingen tegelijkertijd zijn gemaakt of in één stuk staan, kan er nog steeds sprake kan zijn van onafhankelijke overeenkomsten.<sup>43</sup> Andersom geredeneerd kunnen ook bedingen die niet in één stuk staan wel een gemengde overeenkomst vormen. Castermans en Krans<sup>44</sup> wijzen erop dat het niet uit zou moeten maken of het samenstel van bedingen in één of in meerdere overeenkomsten is opgenomen. Ter ondersteuning verwijzen zij naar een arrest<sup>45</sup> uit 1987 waar de Hoge Raad te oordelen kreeg over een complex van overeenkomsten met betrekking tot een benzinstation (huurovereenkomst, afname contracten, smeeroliecontract en exploitatiecontract). De Hoge Raad neemt daarin afstand van de gedachte dat sprake moet zijn van één overeenkomst waarin alle bedingen zijn opgenomen. Ook een complex van overeenkomsten kan een gemengde overeenkomst zijn.

Het beslissende criterium is naar mijn idee te vinden in de toelichting van Meijers op artikel 6:215 BW:<sup>46</sup>

"In de eerste plaats kan tussen complexen van bedingen die elk een afzonderlijke overeenkomst zouden kunnen vormen, een zodanig verband bestaan dat zij als één overeenkomst moeten worden beschouwd"

40 Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-III\*) 2010, nr. 67.

41 Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-III\*) 2010, nr. 67.

42 *Losbladige Arbeidsovereenkomst*, Heerma van Voss, artikel 7:610, aant. 6.1.

43 Toelichting Meijers, p. 738, voetnoot 2.

44 Castermans & Krans 2003, p. 105. Anders: *Losbladige Arbeidsovereenkomst*, Heerma van Voss, artikel 7:610, aant. 6.1. en - impliciet - Verhulp 2012, (*T&C Arbeidsrecht*, 7<sup>e</sup> druk), artikel 7:610 aant. 3.

45 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 72 m.nt. PAS (*Esso/Polis*).

46 Toelichting Meijers, p. 739. Ook geciteerd in de *Losbladige Verbintenissenrecht*, S. Verbeek-Meinhardt, artikel 6:215 BW, aant. 5.

en

“(...) menging kan zich voordoen als gevolg van het feit dat de kenmerkende eigenschappen van de contractstypen veelal uit verschillende gezichtshoeken worden bepaald; hierdoor kan het voorkomen dat eenzelfde element van een concrete overeenkomst er toe medewerkt het contract zowel onder het ene als onder het andere type te doen vallen. Aldus kan de arbeid die de arbeider krachtens een arbeidsovereenkomst moet vervullen, bestaan in de nakoming van een last; of de contraprestatie van een werkgever kan bestaan in het verstrekken van het genot van een woning, waardoor de overeenkomst tegelijk een huur van een huis en een arbeidsovereenkomst wordt.”

Allereerst valt op dat Meijers de situatie aanhaalt waarin de te verrichten arbeid bestaat in de nakoming van een last. Dit kan worden doorgetrokken naar de rechtsbetrekking van de bestuurder zoals door Rood voorgestaan: de te verrichten arbeid bestaat in het vervullen van het bestuurderschap.<sup>47</sup>

Ik leid uit dit citaat verder twee vormen van een gemengde overeenkomst af: (i) tussen twee of meerdere benoemde overeenkomsten bestaat een zodanig verband dat zij als één overeenkomst worden beschouwd of (ii) één of meerdere van de verbintenissen die uit de benoemde overeenkomsten voortvloeien vormen op zichzelf ook een benoemd contract. Wanneer nu sprake is van ‘een zodanig verband’ hangt naar mijn idee niet af van de vraag of hetgeen partijen overeengekomen zijn in één document staat of niet, maar van de vraag of alle elementen van de gemengde overeenkomst voor beide partijen van doorslaggevend belang zijn. Met andere woorden als één van de benoemde overeenkomsten zou wegvallen, dan zouden er nog steeds één of meerdere volledige benoemde overeenkomsten overblijven, maar zou het samenstel van bedingen niet meer voldoen aan wat partijen hebben beoogd. Niet alle elementen zijn dus van doorslaggevende betekenis en dientengevolge is dan geen sprake van een gemengde overeenkomst.

Dit geldt tot op zekere hoogte voor de bestuurder. Vaak zal de essentie van de arbeidsovereenkomst zijn het vervullen van het bestuurderschap. Dit kan anders als de werknemer het bestuurderschap ‘erbij doet’.

### 3.4.2 Artikel 6:215 BW

In het oude BW was de gemengde overeenkomst niet geregeld. Bij gebrek aan een wettelijke regeling is, net als bij samenloop, gezocht naar een regel voor het bepalen van toepasselijke regels indien twee of meerdere benoemde overeenkomsten vertegenwoordigd zijn in één overeenkomst. Dit heeft geleid tot drie theorieën:<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Rood 1993, p. 46. Vgl. hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.2. Ook Heerma van Voss geeft in zijn toelichting op artikel 7:610 BW lastgeving als voorbeeld: *Losbladige Arbeidsovereenkomst*, Heerma van Voss, art. 7:610, aant. 6.3. Verwarrend is dat hij in zijn bewerking van de Asser-serie schrijft dat hij samenloop van een arbeidsovereenkomst en lastgeving, zonder verder motivering, uitgesloten acht: Asser/Heerma van Voss (7-V\*) 2012, nr. 45.

<sup>48</sup> Asser/ Hartkamp & Sieburgh (6-III) 2010, nr. 68, en *Verbintenissenrecht*, S. Verbeek Meinhardt, artikel 6:215, aant. 1.

Eén mogelijkheid is ervan uit te gaan dat één contractstype overheersend is zodat de voor dat contract geldende regels moeten worden toegepast, de *absorptietheorie*. Een andere theorie is de *cumulatietheorie* (ook combinatietheorie genoemd). Hierbij is net als bij samenloop het uitgangspunt dat alle voor de in aanmerking komende benoemde contracten gestelde regels naast elkaar worden toegepast. Ten slotte is er de *sui generis-theorie*: de gemengde overeenkomst is een (onbenoemde) overeenkomst sui generis waarop de wettelijke bepalingen betreffende de aanverwante benoemde contracten naar analogie kunnen worden toegepast.

Per 1 januari 1992<sup>49</sup> is artikel 6:215 BW ingevoerd met als uitdrukkelijk doel een vuistregel te geven voor gemengde contracten. De vuistregel geeft niet meer dan een eerste aanwijzing voor concrete gevallen, uitlegproblemen zijn voorbehouden aan de rechter.<sup>50</sup> Artikel 6:215 BW luidt als volgt:

“Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.”

Net als bij samenloop is cumulatie dus de hoofdregel. Dit is alleen anders als de regels elkaar niet goed verdragen of de aard van de overeenkomst zich tegen toepasselbaarheid van beide regelingen verzet.<sup>51</sup> De uitzonderingen op de hoofdregel cumulatie zoals beschreven in artikel 6:215 BW, tweede zinsnede, luiden: “*niet wel verenigbaar zijn*” of “*de strekking van de bepalingen verzet zich in verband met de aard van de overeenkomst tegen toepassing*”. Deze uitzonderingen lijken minder strikt dan de uitzonderingen op de hoofdregel cumulatie bij samenloop zoals hierboven onder 3.3 uiteengezet: alleen als de wet exclusiviteit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt. Castermans en Krans wijzen erop dat deze conclusie niet getrokken mag worden gelet op de parlementaire geschiedenis. In de memorie van toelichting bij de invoeringswet van Boek 6 BW is opgemerkt dat artikel 6:215 BW moet worden gezien als “*een uitdrukking van wat in elk geval sinds 1992 voor samenloop van wetsbepalingen in het algemeen geldt.*”<sup>52</sup>

### 3.4.3 Artikel 7:610 lid 2 BW

Voor de samenloop van een aantal benoemde contracten heeft de wetgever specifieke (voorrangs)regels opgenomen. Voor de arbeidsovereenkomst is dat artikel 7:610 lid 2 BW:

49 Wet van 22 november 1991, *Stb.* 1991, 600.

50 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), p. 1432 (memorie van toelichting).

51 Castermans & Krans 2003, p. 104.

52 Castermans & Krans 2003, p. 107 en Castermans & Krans 2007, p. 78.

“Indien een overeenkomst zowel aan de omschrijving van lid 1 voldoet als aan die van een andere door de wet geregelde bijzondere soort van overeenkomst, zijn de bepalingen van deze titel en de voor de andere soort van overeenkomst gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van deze titel van toepassing.”

Dit is in feite een herhaling van artikel 6:215 BW, met dien verstande dat artikel 7:610 lid 2 BW een regel geeft voor het geval de verschillende regels met elkaar in strijd zijn: het arbeidsovereenkomstenrecht prevaleert dan. Dit laatste is voor de wetgever reden geweest bij de vaststelling van titel 10 van Boek 7 BW deze bepaling te handhaven. In het voorontwerp van titel 7:10 was de oorspronkelijke bepaling artikel 7A:1637c lid 1 BW geschrapt omdat het nieuwe artikel 6:215 BW al een algemene regel gaf.<sup>53</sup> In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel dat uiteindelijk naar de Tweede Kamer is gezonden, stelt de regering dat gelet op de specifieke regeling die artikel 7:610 lid 2 BW geeft, wel behoefte blijft bestaan aan het arbeidsrechtelijke artikel.<sup>54</sup> Indien sprake is van een gemengde overeenkomst en één van de betrokken benoemde overeenkomsten is een arbeidsovereenkomst, dan is dus cumulatie het uitgangspunt, tenzij sprake is van strijdigheid van regels. ‘Strijd’ is weer een ander criterium dan ‘niet wel verenigbaar zijn’ (artikel 6:215 BW) of ‘exclusiviteit voorschrijven of onvermijdelijk meebrengen’ (vuistregels bij samenloop). In de wetsgeschiedenis is geen aanknopingspunt te vinden dat ook daadwerkelijk bedoeld is een ander criterium aan te leggen dan het in artikel 6:215 BW genoemde criterium. Zoals hierboven omschreven, moet dat criterium hetzelfde worden begrepen als de vuistregels bij samenloop. Vermeldenswaardig is nog dat uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van het oorspronkelijke artikel 7A:1637c lid 1 BW blijkt dat het artikel vooral is bedoeld om de vraag op te lossen wat nu de verhouding is tussen het arbeidscontract en de overeenkomst van lastgeving. Expliciet is overwogen bij strijd voorrang aan de arbeidsovereenkomst te geven om ontduiking van het arbeidsrecht tegen te gaan.<sup>55</sup>

In de vroege wetsgeschiedenis van het Wetboek van Koophandel 1929<sup>56</sup> overweegt de wetgever dat de bestuurder een dubbelslachtige rechtsbetrekking heeft met de vennootschap. Over de samenloop zegt de wetgever dat de arbeidsovereenkomst niet mag afwijken van bepalingen in de statuten en omgekeerd, de statuten geen bepalingen mogen bevatten die niet in een arbeidsovereenkomst zouden mogen staan.<sup>57</sup>

#### 3.4.4 Artikel 6:216 BW

Artikel 6:216 BW is een schakelbepaling die de afdelingen 6.5.1, 2 en 3 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband

53 Voorontwerp titel 7:10 NBW d.d. 25 juli 1989, te kennen uit SER-advies 91/20 d.d. 20 september 1991.

54 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15.

55 Vlg. hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.3 en de vindplaatsen aldaar.

56 Wetsontwerp 1910, Belinfante 1929.

57 Vgl. hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.4.2.



met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet. Artikel 6:215 BW kan krachtens deze schakelbepaling ook buiten het overeenkomstenrecht werken. Het moet dan, conform de schakelbepaling wel gaan om, *vermogensrechtelijke* meerzijdige rechtshandelingen. Daaronder valt het personenrecht noch het rechtspersonenrecht. Dit zou betekenen dat artikel 6:215 BW, en in het verlengde daarvan de specialis artikel 7:610 lid 2 BW, geen rol zouden kunnen spelen bij het duiden van de hybride verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap. In die verhouding speelt immers naast het (arbeids)overeenkomstenrecht het rechtspersonenrecht een rol. Deze conclusie zou te kort door de bocht zijn; er is geen waterscheiding tussen het vermogensrecht en het rechtspersonenrecht. Zie bijvoorbeeld de opvattingen van Timmerman<sup>58</sup> hierover, die van mening is dat de verhouding tussen de bestuurder en de vennootschap een gemengde rechtsbetrekking is, te vergelijken met de gemengde overeenkomst. De consequentie het aannemen van een gemengde overeenkomst, toepasselijkheid van artikel 7:610 lid 2 BW en daarmee voorrang voor de arbeidsovereenkomstenrechtelijke regels, aanvaardt hij overigens niet. Ook Slagter vindt dat rechtspersonenrecht vermogensrecht is, met uitzondering van een aantal onderdelen.<sup>59</sup> Overigens is onbestreden dat de bepalingen over rechtshandelingen in het algemeen uit Boek 3 BW wel van toepassing zijn op besluiten van (organen) van de vennootschap, omdat dit ook rechtshandelingen betreffen.<sup>60</sup>

58 Timmerman 1985, p. 6 en Timmerman 1991, p. 191 zoals weergegeven in hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.1.

59 Slagter 1992, p. 6.

60 Zie bijvoorbeeld *Losbladige Verbintenissenrecht*, S. Verbeek-Meinhardt, artikel 6:216, aant. 7. Hierin worden besluiten van rechtspersonen zelfs meerzijdige rechtshandelingen genoemd. Ook Boukema wijst op de toepasselijkheid van Boek 3 BW op besluiten, tenzij Boek 2 BW specifieke regels geeft. Boukema 1992, p. 35/36.