

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Van Godewijckstraat 30
3311 GX Dordrecht
Telefoon: (078) 657 60 64
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Algemeen hoofdredacteur

R. Hiemstra

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Druk

Puntscherp, Eindhoven

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

www.futd.nl

© Rendement Uitgeverij BV 2022

26^e jaargang | 24 juni 2022 | nummer 6

Follow us:



Follow us:



Follow us:



Mr. A.H.B. (Aaron) Bouman¹

Perikelen rondom benoeming (en ontslag) van statutaire bestuurders van een BV

2022-0125

Op 3 juni 2022 heeft de Hoge Raad een ‘artikel 81 Wet RO’ arrest gewezen in een procedure over het ontslag van een directeur.² In die procedure ging het om de vraag of een directeur van een besloten vennootschap (BV) op enig moment als statutair bestuurder is benoemd en vervolgens in die hoedanigheid is ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). Het antwoord op die vraag is van belang, omdat de desbetreffende directeur geen arbeidsrechtelijke ontslagbescherming toekomt indien hij als statutair bestuurder zou zijn ontslagen. Indien hij statutair bestuurder was, dan zou zijn ontslag in deze kwestie onterecht zijn. De Hoge Raad laat het oordeel in hoger beroep in stand. Het arrest geeft aanleiding om stil te staan bij de vraag of iemand al dan niet als statutair bestuurder is benoemd en hoe die vraag beantwoord moet worden. In dit artikel beperk ik me tot de statutaire bestuurder van een BV, niet zijnde een BV waarop het volledige structuurregime van toepassing is.³

Benoeming van statutaire bestuurders

Over het algemeen wordt er niet veel geprocedeerd over de vraag of een functionaris wel rechtsgeldig als statutair bestuurder is benoemd.⁴ Een voor de hand liggende verklaring daarvoor kan zijn dat de benoeming van een statutair bestuurder in de praktijk zorgvuldig plaatsvindt, in die zin dat een benoemingsbesluit expliciet en schriftelijk wordt vastgelegd. Wanneer een duidelijk benoemingsbesluit op papier staat, is het zeer lastig om in redelijkheid nog te betwisten dat er sprake is van een benoeming. Andersom geldt dat, wanneer er geen duidelijk schriftelijk benoemingsbesluit ligt, een gemotiveerde betwisting van het bestaan van een benoemingsbesluit nog wel eens zin heeft.

De kwalificatie van een bij de vennootschap betrokken (rechts)persoon als statutair bestuurder is om verschillende redenen van belang. De wet verbindt aan de kwalificatie van statutair bestuurder allerlei vergaande rechten en verplichtingen. Gewezen wordt op de vertegenwoordigingsbevoegdheid, de verplichting tot behoorlijke taakvervulling en de verplichting tot het voeren en bewaren van de administratie van de vennootschap.⁵ Aan het statutair bestuurderschap kleven ook aansprakelijkheidsrisico's, zoals de aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur en voor het boedeltkort in een faillissement. Overigens kan, wanneer iemand niet als statutair bestuurder kan worden aangemerkt, diegene onder omstandigheden nog worden aangemerkt als feitelijk bestuurder en in die hoedanigheid alsnog aansprakelijk zijn.⁶ In dat geval moet wel eerst

de drempel van het feitelijk bestuurderschap kunnen worden genomen.

Het belang van de kwalificatie van het zijn van statutair bestuurder speelt ook ingeval van ontslag van de desbetreffende functionaris. Een statutair bestuurder heeft namelijk een sterk verminderde ontslagbescherming in vergelijking met een werknemer die geen bestuurder is. Het vennootschappelijk ontslag van een statutair bestuurder betekent tevens het einde van de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de geldende opzegtermijn.⁷ Een ander belangrijk gevolg van het zijn van een statutair bestuurder is dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de vennootschap en bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken.⁸ Indien de functionaris geen statutair bestuurder is, is het einde van diens dienstverband onderworpen aan de gewone regels die bij opzegging van een arbeidsovereenkomst moeten worden nageleefd. De functionaris geniet dan bescherming onder het reguliere ontslagrecht. Daarom kan een hooggeplaatste functionaris, zoals bijvoorbeeld een algemeen directeur, er bij een dreigend ontslag of in een ontslagprocedure wel eens belang bij hebben bij de vaststelling van een benoemingsbesluit.

InvestInFuture Holding-casus

Dan de casus die ten grondslag ligt aan het arrest van de Hoge Raad. In die casus ging het om het volgende.

De enig aandeelhouder van InvestInFuture Holding B.V. (IIF) heeft haar directeur in 2016 als statutair

bestuurder van IIF ontslagen. Op het moment van dat ontslagbesluit bestond tussen IIF en de directeur een arbeidsovereenkomst.

De (ex-)directeur vecht het ontslag aan en stelt onder meer dat hij nimmer tot statutair bestuurder was benoemd en logischerwijs ook niet in die hoedanigheid kan zijn ontslagen. De directeur vordert bij de kantonrechter vernietiging van het ontslag en herstel van de arbeidsovereenkomst met veroordeling van IIF tot doorbetaling van het overeengekomen loon. In die procedure heeft IIF gesteld dat de directeur wel degelijk en wel op 27 juni 2011 als statutair bestuurder is benoemd en om die reden bij zijn ontslag niet de reguliere arbeidsrechtelijke ontslagbescherming toekomt. Ook beroept IIF zich op een inschrijfformulier voor het handelsregister betreffende de opgaaf van de directeur als 'bestuurder' van IIF.

Benoemingsbesluit

De vraag of iemand als statutair bestuurder is benoemd (en ontslagen) kan in principe eenvoudig worden beantwoord. De wet geeft namelijk een duidelijk uitgangspunt: de benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste keer bij de oprichtingsakte en later door een besluit van de AvA.⁹ Een dergelijk benoemingsbesluit wordt in beginsel genomen met de meerderheid van stemmen. In de statuten kan niet worden bepaald dat een buitenstaander of derde bevoegd is tot benoeming van bestuurders.¹⁰ Een benoemingsbesluit door een buitenstaander is nietig en heeft dus geen benoeming tot gevolg.

De wet stelt geen vormvereisten aan een benoemingsbesluit en behandelt een benoemingsbesluit in principe niet anders dan elk ander willekeurig AvA-besluit. De AvA kan een benoemingbesluit dus schriftelijk, maar ook stilzwijgend nemen. Het ontbreken van een schriftelijk stuk waaruit het benoemingsbesluit volgt, maakt dan ook niet dat het benoemingsbesluit als zodanig niet geldig zou zijn.¹¹ Overigens is een benoemingsbesluit dat in strijd met een statutaire schriftelijkheidsvereiste niet schriftelijk is vastgelegd, vernietigbaar.¹²

Benoeming vereist daadwerkelijk benoemingsbesluit

Een belangrijk arrest over benoeming van statutair bestuurders is het *Hotel Maatschappij*-arrest van de Hoge Raad. In dat arrest is uitgemaakt dat er daadwerkelijk sprake moet zijn van een benoemingsbesluit. Er kan niet worden aanvaard dat degene die ondanks het ontbreken van een dergelijk besluit, op grond van verklaringen of gedragingen van de vennootschap heeft aangenomen dat hij tot bestuurder van de vennootschap is benoemd, als bestuurder van de vennootschap moet worden aangemerkt.¹³ Een benoeming kan dus niet volgen uit gedragingen van de betrokken functi-

onaris of uit een gewekt vertrouwen van een benoeming. Er moet daadwerkelijk een benoemingsbesluit zijn genomen.

Niet uitdrukkelijk benoemingsbesluit

Wanneer echter geen uitdrukkelijk schriftelijk benoemingsbesluit bestaat, is het afhankelijk van de feiten en omstandigheden of (kan worden aangetoond) dat er sprake is van een benoeming. Het ligt in een voorkomend geval dan op de weg van de vennootschap om aan te tonen dat een benoemingsbesluit is genomen.¹⁴ Uit allerlei omstandigheden kan blijken dat er sprake is van een (al dan niet buiten de vergadering) genomen benoemingsbesluit.

In de praktijk wordt veel betekenis toegekend aan het inschrijfformulier dat bij de Kamer van Koophandel (KvK) wordt ingediend voor inschrijving van een functionaris als bestuurder.¹⁵ Met die inschrijving kan het vereiste van een benoemingsbesluit echter niet zonder meer worden vervangen; inschrijving als zodanig is niet voldoende voor het zijn van statutair bestuurder. Oftewel, een inschrijving betekent niet zonder meer dat er een benoemingsbesluit is genomen. Indien de enig aandeelhouder van de vennootschap een KvK-formulier waarmee een persoon als bestuurder wordt ingeschreven indient, kan dat wel eens als een benoemingsbesluit buiten vergadering worden gekwalificeerd of een omstandigheid zijn die bijdraagt aan het aannemen van het bestaan van een (eerder genomen) benoemingsbesluit.¹⁶

Een benoemingsbesluit kan voorts besloten liggen in een door alle aandeelhouders ondertekende arbeidsovereenkomst waarin de werknemer als statutair bestuurder wordt aangeduid.¹⁷

Aanvaarding van benoeming

Het statutair bestuurderschap komt niet tot stand door een enkel benoemingsbesluit. Daarvoor dient de benoeming nog door de benoemde (rechts)persoon te worden aanvaard.¹⁸ Die aanvaarding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend plaatsvinden. De gedachte achter het vereiste van een aanvaarding van de benoeming is dat niemand tegen diens wil tot statutair bestuurder kan worden gemaakt.¹⁹ Boek 2 BW en de statuten leggen een statutair bestuurder vergaande verplichtingen en bevoegdheden toe, zoals hiervoor reeds toegelicht.

Logischerwijs is een aanvaarding zonder een benoeming juridisch niet mogelijk. Zelfs als de vennootschap én de desbetreffende functionaris uit feitelijke handelingen ervan zijn uitgegaan dat de functionaris zijn benoeming tot statutair bestuurder heeft aanvaard, kan diegene zonder een daartoe strekkend benoemingsbesluit niet als statutair bestuurder worden aangemerkt.²⁰

Het meest duidelijke geval van aanvaarding is wanneer de benoemde persoon zijn handtekening onder het benoemingsbesluit heeft gezet of degene zich na het benoemingsbesluit als statutair bestuurder presenteert. Een aanvaarding kan bijvoorbeeld ook blijken uit de ondertekening door de functionaris van het inschrijfformulier van de KvK. De aanvaarding kan ook blijken uit nadien namens de vennootschap ondertekende overeenkomsten of ondertekening van de jaarstukken, oftewel uit handelingen die beginsel door een statutair bestuurder plegen te worden verricht. Denk bijvoorbeeld ook aan het zonder voorafgaand overleg met een andere functionaris en bij het ontbreken van mandaat of volmacht doen van betalingen of het maken van kosten ten laste van de vennootschap. Het mag duidelijk zijn dat met name gedragingen van de benoemde zelf kunnen bijdragen aan het mogen aannemen van een aanvaarding van de benoeming.

Beoordeling van de rechtbank, het hof en A-G

Terug naar de procedure tussen IIF en de directeur. Hierin is van belang dat de rechtbank overweegt dat IIF zich beroept op rechtsgevolgen van haar stelling dat de directeur is benoemd tot statutair bestuurder en dat de directeur die stelling gemotiveerd heeft betwist, zodat IIF haar stelling dient te bewijzen. De rechtbank overweegt dat IIF er niet is geslaagd om haar stelling te bewijzen en wijst de vorderingen van de directeur toe. Daartoe overweegt de rechtbank dat de vergadering in 2011 geen AvA, maar een bestuursvergadering betrof. Reeds om die reden kon van een benoeming op die vergadering geen sprake zijn. En voor zover die vergadering wel een AvA zou zijn geweest, is ook niet gebleken dat de directeur op die vergadering als statutair bestuurder is benoemd. Zo zijn er verklaringen van op de vergadering aanwezige personen, waaronder de directeur zelf, dat de directeur in die vergadering niet is benoemd tot statutair bestuurder. Daarnaast volgt uit de agenda van die vergadering dat de vergadering het doel had om de machtiging van de directeur als 'directeur' te regelen en in te schrijven in de KvK. Gelet daarop, wordt onvoldoende gewicht toegekend aan de inschrijving in de KvK – hoewel de directeur daarin is opgegeven als 'bestuurder' van IIF. Nu niet is gebleken van een benoemingsbesluit, is de vraag of de directeur zich heeft gedragen als statutair bestuurder niet relevant.

Ook het hof overweegt dat IIF er niet in is geslaagd om te bewijzen dat de directeur als statutair bestuurder is benoemd. Daarbij kent het hof veel gewicht toe aan de inhoud van de agenda van de vergadering in 2011 en verklaringen over de inhoud van die vergadering. Ook volgens hof is het duidelijk dat het doel van de vergadering was om het mandaat van de directeur in te schrijven

bij de KvK en niet om hem als statutair bestuurder te benoemen.

IIF is het hier niet mee eens en gaat in cassatie. De cassatieklachten richten zich onder meer tegen het oordeel over de vraag of de directeur op de vergadering tot statutair bestuurder is benoemd. Volgens IIF heeft het hof miskend dat (i) een geldig benoemingsbesluit uit allerlei feiten en omstandigheden kan worden afgeleid, (ii) een benoemingsbesluit dat door alle aandeelhouders is genomen in beginsel vormvrij is, (iii) dat besluit dus niet op schrift hoeft te zijn gesteld, (iv) een dergelijk benoemingsbesluit dus niet op een speciaal daartoe bijeengeroepen algemene vergadering van aandeelhouders hoeft te worden genomen, (v) een dergelijk benoemingsbesluit evenmin uit notulen van één of andere vergadering hoeft te blijken en (vi) niet van enige vastlegging van rechten en plichten hoeft te blijken.

Die argumenten zijn volgens de A-G (terecht) tevergeefs, omdat het hof die uitgangspunten – anders dan IIF betoogt – niet heeft genomen bij haar beoordeling. Los daarvan komen deze uitgangspunten mij wel juist voor. De uitgangspunten komen er namelijk op neer dat een benoemingsbesluit vormvrij is. In de procedure kwam het er echter simpelweg op neer dat IIF haar stelling dat de directeur is benoemd tot statutair bestuurder niet heeft kunnen bewijzen. De A-G concludeert terecht tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad heeft die conclusie gevolgd en laat het arrest van het hof in stand.

Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk

Uit het voorgaande volgt dat de kwalificatie van een functionaris als statutair bestuurder grote gevolgen kan hebben. Wanneer er geen expliciet benoemingsbesluit op papier ligt, is het (voor degene die zich op de benoeming tot statutair bestuurder beroept) niet altijd eenvoudig om te tonen dat er wel degelijk sprake is van een benoeming. Zelfs als iemand is ingeschreven als 'bestuurder' bij de KvK en zich nadien als een statutair bestuurder gedraagt kan er alsnog geen sprake zijn van een benoeming. Er moet een daadwerkelijk benoemingsbesluit zijn genomen.

In veel gevallen is voorkomen beter dan genezen. Zo ook in dit geval. Er moet zoveel als mogelijk moet worden voorkomen dat er in redelijkheid een discussie kan ontstaan of een (rechts)persoon op enig moment al dan niet als statutair bestuurder is benoemd (en/of ontslagen). Het verdient aanbeveling om een benoemingsbesluit schriftelijk en uitdrukkelijk vast te leggen. Ook verdient het de voorkeur om in de statuten vormvereisten, zoals een schriftelijkheidsvereiste, voor een benoemingsbesluit op te nemen. Tot slot verdient het

aanbeveling om een benoemingsbesluit voor aanvaarding te laten ondertekenen door de benoemde statutair bestuurder. In dat geval kunnen discussies omtrent de benoeming van een statutair bestuurder worden voorkomen.

Noten:

1. Aaron Bouman is werkzaam bij Van Iersel Luchtman Advocaten te Den Bosch.
2. HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817.
3. Bij BV's waarop het volledige structuurregime van toepassing is, wordt het bestuur benoemd door de Raad van Commissarissen, zie artikel 2:272 BW.
4. Huizink, in: GS Rechtspersonen 2020, artikel 2:242 BW, aant. 3.6.1.
5. Zie artikel 2:240 BW, artikel 2:9 BW, artikel 2:10 BW en artikel 2:248 BW.
6. Zie bijvoorbeeld artikel 2:248 lid 7 BW voor aansprakelijkheid van een feitelijk bestuurder.
7. Zie onder meer HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713.
8. Artikel 2:244 lid 3 BW.
9. Artikel 2:242 BW.
10. Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 91. Zie ook: artikel 2:25 BW.
11. Hof Amsterdam 23 oktober 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN9114.
12. Zie verder: artikel 2:15 lid 1 sub a BW en o.m. Van Vught, 'De totstandkoming en uitleg van besluiten. Een vloeiende lijn tussen Boek 2, Haviltex en cao?', *Ars Aequi* juni 2018, p. 451.
13. HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9047 (Van Ekelenburg/Squamish Corporation).
14. Rb. Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923.
15. De verplichting tot opgaaf van de gegevens van de bestuurder is opgenomen in artikel 22 Handelsregisterbesluit 2008.
16. Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2022:31, punt 3.6, bij HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817. Vgl. Hof Den Haag 29 mei 2018, ECLI:NL:GHD-HA:2018:1215. Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 19 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2753.
17. Concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2022:31, punt 3.6, onder verwijzing naar HR 12 november 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB4589, bij HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:817.
18. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 7 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2074.
19. Huizink, in: GS rechtspersonen 2020, artikel 2:242 BW, aant. 10.
20. Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg 30 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4923.