

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

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.

© Rendement Uitgeverij BV 2022

26^e jaargang | 28 oktober 2022 | nummer 10

Mr. A.H.B. (Aaron) Bouman¹

Afwezigheid van bestuurder bij 'voorvergadering' maakt ontslagbesluit niet vernietigbaar

2022-0210

Op 24 augustus 2022 heeft de Rechtbank Limburg vonnis gewezen in een procedure tussen een bestuurder en een besloten vennootschap.² In die procedure gaat het om de vraag of het onthouden van toegang van een bestuurder tot een algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) waarin het voornemen om hem te ontslaan wordt besproken, maakt dat een op een volgende vergadering genomen ontslagbesluit vernietigbaar is. Het vonnis geeft aanleiding stil te staan bij de rechten die een bestuurder toekomt ten aanzien van AvA's en aandeelhoudersbesluiten.³

De casus

De (thans: ex-)bestuurder was sinds 2018 statutair bestuurder van een ontwikkelingsmaatschappij (de vennootschap). Daarbij had de bestuurder tot eind juni 2019 een detacheringsovereenkomst met de vennootschap. Vervolgens is de bestuurder een arbeidsovereenkomst met de vennootschap aangegaan met ingang van 1 juli 2019.

Op 10 juli 2019 heeft een AvA van de vennootschap plaatsgevonden, waarop de bestuurder niet aanwezig mocht zijn.⁴ De raad van commissarissen (RvC) heeft de bestuurder op die datum geschorst.⁵ Op dezelfde dag ontvangt de bestuurder een uitnodiging voor een volgende AvA. In de uitnodiging staan onder meer als agendapunten: de bespreking van het voorgenomen ontslagbesluit, het voorgenomen besluit tot opzegging van de (arbeids)overeenkomst van de bestuurder, gelegenheid voor het voeren van verweer inzake de genoemde besluiten en gelegenheid tot gebruikmaken van de raadgevende stem. Op de AvA van 13 augustus 2019 worden voornoemde agendapunten behandeld, maar de bestuurder is niet verschenen. In plaats van aanwezig te zijn op de AvA heeft hij gebruik gemaakt van de mogelijkheid om schriftelijk verweer te voeren tegen de voorgenomen besluiten. In de notulen van de AvA van 13 augustus 2019 staat dat de AvA besluit de bestuurder per 13 augustus 2019 te ontslaan als statutair bestuurder en tegelijkertijd zijn arbeidsovereenkomst op te zeggen met inachtneming van de opzegtermijn.

Procedure over vernietiging van ontslagbesluit

De inmiddels ex-bestuurder is het niet eens met deze gang van zaken en stapt naar de rechtbank. In de procedure vordert de ex-bestuurder dat de rechtbank het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 vernietigt en de vennootschap het in zijn optiek achterstallige loon uitbetaalt. Bij verstekvonnis van 12 maart 2021 is die vordering toegewezen en heeft de rechtbank het ontslagbesluit vernietigd.⁶ De vennootschap gaat tegen het verstekvonnis in verzet. Daarin vordert de vennootschap dat het verstekvonnis wordt vernietigd en dat de vordering tot vernietiging alsnog worden afgewezen.

In de verzetprocedure betoogt de bestuurder dat het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 wel degelijk vernietigbaar is en dus terecht is vernietigd. Daartoe voert hij aan dat zijn ontslag al op 10 juli 2019 is besproken en dat het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 feitelijk dus al op 10 juli 2019 was genomen. Volgens de bestuurder duidt de opgaaf van de uitschrijving van hem als bestuurder bij het handelsregister per 10 juli 2019 erop dat het ontslagbesluit op die datum al zou zijn genomen.

De rechtbank vat het betoog van de bestuurder zo op dat de vennootschap volgens hem het adviesrecht en het hoorrecht heeft gefrustreerd, omdat hem de toegang tot de AvA van 10 juli 2019 was onthouden. Om die reden gaat de rechtbank in op de gang van zaken van de AvA van 10 juli 2019. Daarbij stelt de rechtbank voorop dat het onduidelijk is of er notulen van de vergadering zijn gemaakt, maar dat wel vaststaat dat het voornemen van ontslag van de bestuurder toen is

uitgesproken. Anders dan de bestuurder, kwalificeert de rechtbank de uitkomst van het overleg op 10 juli 2019 niet als een ontslagbesluit. Daartoe wijst de rechtbank op de notulen van de AvA van 13 augustus 2019, waaruit volgt dat de aandeelhouders op 10 juli 2019 hebben aangegeven het advies van de RvC tot ontslag van de bestuurder te zullen opvolgen. Er zijn echter geen omstandigheden aanwezig waaruit blijkt dat dit advies reeds op 10 juli 2019 in stemming is gebracht. Voor de rechtbank is de uitschrijving van de bestuurder per 10 juli 2019 bij het handelsregister onvoldoende om te concluderen dat op die datum het ontslagbesluit is genomen. Daarvoor wijst de rechtbank naar het door de bestuurder ingebrachte wijzigingsformulier, waarop staat dat namens de vennootschap het formulier is ondertekend ten behoeve van schorsing. Oftewel, het wijzigingsformulier is verkeerd verwerkt. Volgens de rechtbank kan de bestuurder daarom geen rechten ontlenen aan deze (foutieve) registratie. De conclusie van de rechtbank is dat ten aanzien van de AvA van 13 augustus 2019 het adviesrecht en het hoorrecht in acht zijn genomen, nu de bestuurder de gelegenheid is gegeven om op die AvA zijn visie op het voorgenomen ontslagbesluit te geven.

Juridische analyse

Zoals hiervoor aangegeven, meent de bestuurder dat het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 vernietigbaar is, omdat het ontslagbesluit feitelijk reeds op 10 juli 2019 was genomen en hij niet aanwezig mocht zijn op de AvA van 10 juli 2019. In deze zaak gaat om het leerstuk van de vernietiging van besluiten via de weg van artikel 2:15 BW. Dat artikel geeft iedere belanghebbende de bevoegdheid om uitsluitend in rechte vernietiging van een besluit te vorderen. Artikel 2:15 BW noemt drie gronden voor vernietigbaarheid: (i) een besluit is vernietigbaar wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (lid 1 onderdeel a BW); (ii) wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geëist (lid 1 onderdeel b BW); en (iii) wegens strijd met een reglement (lid 1 onderdeel c).

De bevoegdheid om vernietiging van een besluit te vorderen vervalt een jaar na het einde van de dag, waarop hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd. Overigens is het (ook) na verloop van de vervaltermijn mogelijk om een besluit niet van toepassing te laten zijn met een beroep op de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 lid 2 BW).

Terug naar de vordering van de bestuurder. Hij meent dat het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 vernietigbaar is om twee redenen, te weten omdat de vennoot-

schap (i) het adviesrecht van artikel 2:227 lid 7 BW en (ii) het hoorrecht dat voortvloeit uit artikel 2:8 BW heeft gefrustreerd daar hem op 10 juli 2019 de toegang tot de vergadering was onthouden. Dit komt neer op een beroep op artikel 2:15 lid 1 onderdeel a BW voor wat betreft de gestelde schending van artikel 2:227 lid 7 BW⁷ en een beroep op artikel 2:15 lid 1 onderdeel b BW wat betreft de gestelde schending van het hoorrecht.

Op grond van het dwingendrechtelijke artikel 2:227 lid 7 BW hebben de bestuurders (en zo die er zijn: de commissarissen) als zodanig in de AvA een raadgevende stem. Dit houdt in dat de bestuurders het recht hebben om op de AvA hun visie dan wel advies over de geagendeerde en ter stemming voorliggende besluiten kenbaar te maken aan de aandeelhouders. Het doel hiervan is dat de bestuurders door het geven van hun visie op de AvA de aandeelhouders kunnen informeren en adviseren over de voorliggende agendapunten, zodat de aandeelhouders daarmee bij hun stemgedrag rekening kunnen houden.⁸ Deze raadgevende stem komt de bestuurders ook toe bij besluitvorming van aandeelhouders buiten vergadering.⁹

De redenering van de bestuurder lijkt erop neer te komen dat het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 volgens hem niet meer is dan de vastlegging van het besluit dat reeds op 10 juli 2019 is genomen en dat hij in de gelegenheid moest worden gesteld om op 10 juli 2019 aanwezig te zijn. Die redenering gaat terecht niet op, nu nergens uit blijkt dat op 10 juli 2019 daadwerkelijk is gestemd over een ontslagbesluit. Er is kennelijk alleen gesproken over een voornemen tot het nemen van een ontslagbesluit. Dat is een belangrijke nuance. Het ontslagbesluit is pas op de AvA van 13 augustus 2019 genomen, waarbij de bestuurder in de gelegenheid is gesteld om zijn visie op het ontslagbesluit te geven. Dat laatste maakt dat het ontslagbesluit van 13 augustus 2019 niet vernietigbaar is wegens strijd met het adviesrecht van artikel 2:227 lid 7 BW dan wel het hoorrecht voortvloeiende uit artikel 2:8 BW.

De foutieve opgaaf van uitschrijving bij het handelsregister kan de bestuurder terecht geen soelaas bieden. Nu de bestuurder het wijzigingsformulier heeft gezien en dus ook heeft gezien dat het formulier werd ondertekend ten behoeve van schorsing van hem, was het voor hem ook wel duidelijk dat niet was bedoeld om hem per 10 juli 2019 uit te schrijven als bestuurder – en dat die (foutieve) opgaaf dus niet betekende dat er een ontslagbesluit was genomen. Hierbij wordt nog opgemerkt dat een opgaaf van uitschrijving onder omstandigheden wel op een (buiten vergadering genomen) ontslagbesluit kan duiden. De wet stelt namelijk geen vormvereisten aan een ontslagbesluit, zodat een ontslagbesluit vormvrij is.¹⁰

Overigens verdient de omstandigheid dat de bestuurder (om onbekende redenen) niet aanwezig mocht zijn bij de AvA van 10 juli 2019 nog enige aandacht. Hierover overweegt de rechtbank dat, voor zover de bestuurder bedoelt dat hij bij ieder (voor)overleg zou moeten worden betrokken waar het zijn positie of functioneren betreft en dus daarom de toegang tot de vergadering van 10 juli 2019 niet had mogen worden ontzegd, geen rechtsregel zich verzet tegen dat de RvC overleg heeft met de aandeelhouders buiten aanwezigheid van de bestuurder, ook niet als het zijn positie of functioneren betreft.

Het lijkt erop dat de rechtbank met dit 'overleg' doelt op de AvA van 10 juli 2019. Indien dat het geval is, komt deze rechtsoverweging mij onjuist voor. Het adviesrecht van artikel 2:227 lid 7 BW is ongeclausuleerd. Dat brengt met zich dat een bestuurder op elke AvA zijn raadgevende stem mag uiten, ook als op die vergadering geen besluiten ter stemming worden gebracht en ongeacht welke besluiten ter stemming worden voorgesteld.¹¹ Voor het kunnen uiten van deze raadgevende stem is vanzelfsprekend vereist dat de bestuurders in de gelegenheid worden gesteld om de AvA bij te wonen én (van tevoren) te weten welke agendapunten aldaar worden behandeld.¹²

Tegen die achtergrond, is het interessant om te weten waarom de bestuurder niet aanwezig mocht zijn. Het vonnis wijdt daar helaas geen woorden aan. Op grond van art. 2:8 lid 2 BW is het onder omstandigheid denkbaar c.q. mogelijk dat het adviesrecht niet geldt voor een bepaalde vergadering en een bepaalde bestuurder niet aanwezig mag zijn, maar dat is niet goed voorstelbaar als op die vergadering juist het functioneren van die bestuurder wordt besproken. In zoverre is het terecht dat de bestuurder er een punt van maakt dat hij niet op de AvA van 10 juli 2019 aanwezig mocht zijn. Dat kan hem in dit geval echter niet baten, omdat op die AvA het ontslagbesluit niet is genomen – waardoor een beroep op artikel 2:227 lid 7 BW het nadien genomen ontslagbesluit niet van tafel kan vegen.

Conclusie

Uit het vonnis volgt dat als een bestuurder in de gelegenheid is gesteld om op de AvA waarin het ontslagbesluit ter stemming wordt gebracht zijn visie te geven, hij dat besluit niet kan laten vernietigen op de grond dat hij niet aanwezig mocht zijn bij een voorafgaande vergadering waarop het voornemen tot het nemen van het ontslagbesluit is besproken. Dat laat onverlet dat een bestuurder in beginsel het recht heeft om bij iedere AvA aanwezig te zijn en zijn visie op de te bespreken onderwerpen te geven. In dit geval is de bestuurder in de gelegenheid gesteld om zijn visie te geven op het geagendeerde ontslagbesluit en dus om zijn adviesrecht uit te oefenen. Ik zou menen dat de bestuurder daarmee in redelijkheid genoeg diende te nemen. Wel dienen bestuurders erop bedacht te zijn dat toegang tot een AvA slechts kan worden ontzegd, als aanwezigheid van de bestuurder(s) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het vonnis zou vollediger en begrijpelijker zijn geweest indien werd ingegaan op de reden waarom de bestuurder in kwestie toegang tot de eerdere AvA werd onthouden.

Noten:

1. Mr. A.H.B. Bouman is advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten te 's-Hertogenbosch.
2. Rb. Limburg 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6453.
3. In het vonnis wordt ingegaan op een door A gevorderde schadevergoeding met als grondslag dat de vennootschap niet heeft gehandeld als goed werkgever (rechtsoverweging 4.10 en verder van het vonnis). Deze schadevergoedingsvordering wordt in dit artikel verder buiten beschouwing gelaten.
4. In het vonnis is niet opgenomen waarom A niet op de AvA aanwezig mocht zijn.
5. De grondslag voor deze schorsing is artikel 2:257 lid 1 BW.
6. Dit verstekvonnis is ten tijde van het schrijven van dit artikel niet gepubliceerd.
7. Vgl. Concl. A-G Assink, ECLI:NL:PHR:2020:111, punt 4.32 en 4.36, bij HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832.
8. Concl. A-G Assink, ECLI:NL:PHR:2020:111, punt 4.21 bij HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832.
9. Artikel 2:238 lid 2 BW.
10. Zie artikel 2:244 BW en zie ten aanzien van benoemingsbesluiten: Bouman, 'Perikelen rondom benoeming (en ontslag) van statutaire bestuurders van een BV, JutD 2022-0125.
11. Anders dan in artikel 2:238 lid 1 BW, bepaalt artikel 2:227 lid 7 BW niet dat de bestuurders voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid worden gesteld om advies uit te brengen. Artikel 2:227 lid 7 BW bepaalt alleen dat de bestuurders in de algemene vergadering een raadgevende stem hebben.
12. Vgl. Concl. A-G Assink, ECLI:NL:PHR:2020:111, punt 4.21 bij HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832.