

Het Bestuursbesluit bij de besloten vennootschap - alles wat je daarover moet weten.

Waarom is een bestuursbesluit nodig? Hoe neem ik een bestuursbesluit? Wat als een bestuursbesluit ontbreekt?

In onze ondernemingsrechtpraktijk zien wij dat het nemen van bestuursbesluiten regelmatig tot hoofdbrekens leidt voor bestuurders, hun adviseurs en andere betrokkenen. Zelfs juristen en advocaten blijken vaak niet goed in staat om praktische antwoorden te geven op relevante en (op het oog) eenvoudige vragen. Zoals: wat is een bestuursbesluit en hoe komt een besluit tot stand? Welke andere personen (niet-bestuurders) zijn betrokken in de besluitvorming? Wanneer is een bestuursbesluit vereist? Wat gebeurt er als er geen bestuursbesluit wordt genomen?

Deze en andere voor de praktijk relevante vragen en kwesties worden in deze handleiding behandeld, waarbij we de onderwerpen bespreken vanuit het perspectief van een besloten vennootschap. We sluiten de handleiding af met een Checklist Bestuursbesluiten en het door Penrose gebruikte model-bestuursbesluit. Wil je meer informatie omtrent het nemen van bestuursbesluiten? Of heb je vragen over ons model? Neem dan contact op met ondernemingsrecht advocaat Thomas Schutte (t.schutte@penrose.law).

Inhoudsopgave

1. Wat is een bestuursbesluit?
2. Waarom een bestuursbesluit nemen?
3. Wanneer *moet* het bestuur een besluit nemen?
4. Wie nemen het bestuursbesluit?
5. Hoe komt het bestuursbesluit tot stand?
6. Hoe dient een bestuurder om te gaan met een tegenstrijdig belang?
7. Welke eisen gelden er voor de bestuursvergadering?
8. Welke bevoegdheden heeft de Ondernemingsraad (OR)?
9. Wanneer is een besluit nietig of vernietigbaar?
10. Kunnen bestuursbesluiten worden getoetst door de rechter?
11. Een samenvatting, checklist en modelbesluit.

1. Wat is een bestuursbesluit?

Een bestuursbesluit is een besluit van het statutaire bestuur (**bestuur**) van de besloten vennootschap (**BV**). Het bestuur is het orgaan van de BV dat belast is met de dagelijkse zeggenschap binnen de BV en bestaat uit personen die bij oprichting als bestuurder zijn benoemd, of na oprichting zijn benoemd door (meestal) de algemene vergadering van aandeelhouders. Een besluit van dit orgaan (en dus niet een beslissing van enkelen van dit orgaan) is een bestuursbesluit. Deze beslissing wordt meestal genomen in een fysieke bestuursvergadering, maar dit hoeft niet. Veel bestuursoverleg vindt vaak ook telefonisch of via videoverbindingen plaats. Over de formaliteiten van bestuursoverleg volgt hierna meer.

Wat is geen bestuursbesluit?

Besluiten van personen die geen bestuurders zijn (ook al dragen ze de titel “bestuurder” of “directeur” zijn dus geen bestuursbesluiten in de zin van de wet.

Een bestuursbesluit is niet hetzelfde als vertegenwoordiging

Het nemen van een bestuursbesluit (“*we gaan het kantoormeubilair vervangen*”) betekent niet dat er op dat moment een overeenkomst wordt gesloten. Het bestuursbesluit heeft namelijk alleen *interne werking* (dus alleen binnen de BV). Met de contractspartij waarmee de BV beoogt te contracteren (in dit voorbeeld de meubelmaker) is immers nog geen contract gesloten. Voor het sluiten van een overeenkomst met de meubelmaker moet een separate vertegenwoordigingshandeling worden verricht: bijvoorbeeld een handtekening door een bestuurder. Andersom geldt het volgende: vaak is een handtekening van een of twee bestuurders voldoende als vertegenwoordigingshandeling bij het sluiten van een overeenkomst. Met deze vertegenwoordigingshandeling is de BV in principe gebonden aan de overeenkomst met de meubelmaker. Zelfs als er geen voorafgaand *geen* besluit is genomen door het bestuur.

2. Waarom een bestuursbesluit?

Collectieve verantwoordelijkheid

Bestuurders dragen een collectieve verantwoordelijkheid voor het besturen van de vennootschap. Hoewel zij de bestuurstaken onderling kunnen verdelen, dienen ze actief toezicht te houden op elkaars functioneren en in te grijpen wanneer zij constateren dat een bestuurder niet goed functioneert. Iedere bestuurder is namelijk verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken. Het is daarom van belang dat bestuurders niet alleen hun eigen zaken goed regelen, maar handelen in lijn met een gezamenlijk doel (het belang van de vennootschap) en daarbij dus letten op hoe andere bestuurders hun taken vervullen.

Strategie omzetten in acties

Om het doel van de BV te verwezenlijken ontwikkelt het bestuur doorgaans een strategie. Door het nemen van bestuursbesluiten zet het bestuur de strategie om in concrete acties (“*we gaan onze activiteiten in België uitbreiden*”). De besluiten van het bestuur geven inkleuring aan het belang van de vennootschap en de daarop gebaseerde strategie. Besluitvorming op het niveau van het bestuur zorgt voor de collectiviteit bij het uitvoeren van de strategie. Bestuurders die niet handelen in overeenstemming met de genomen besluiten, of die juist handelen zonder dat er een besluit aan die handeling ten grondslag ligt, kunnen het verwijt krijgen dat zij zich onttrekken aan de strategie en de collectiviteit binnen het bestuur. Als de handelswijze van deze bestuurder achteraf niet gesteund of gedragen wordt door het bestuur, dan kan de betreffende bestuurder geconfronteerd worden met een discussie over zijn persoonlijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van zijn handelen.

3. Wanneer *moet* het bestuur een besluit nemen?

In welke gevallen wordt een bestuursbesluit eigenlijk vereist? Dat is geen eenvoudige vraag om te beantwoorden. De wet biedt ons namelijk weinig houvast. Slechts op enkele plekken wordt het bestuursbesluit (indirect) als een vereiste genoemd. In dat kader kunnen enkele voorbeelden worden genoemd:

1. de besluiten waarvoor de goedkeuring van de raad van commissarissen wordt voorgeschreven (zie hoofdstuk 5);
2. de besluiten waarvoor het advies of de instemming van de ondernemingsraad wordt voorgeschreven (zie hoofdstuk 8);
3. het besluit tot het goedkeuren van de winstuitkering;
4. het opmaken en ondertekenen van de jaarrekening;
5. het opmaken en ondertekenen van de beschrijving waarin de inbreng (anders dan in geld) op aandelen wordt toegelicht; en
6. het besluit tot het inkopen van aandelen.

Deze lijst is echter niet uitputtend. Voor een vollediger antwoord dienen we verder te kijken dan de letter van de wet, en ons tevens te richten op de statuten, bestuursreglementen, afspraken, gedragscodes en marktgebruiken. Ook in de jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden waarin een rechter oordeelde dat het bestuur een besluit had moeten nemen. Of een besluit wenselijk is of vereist wordt, is zodoende sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In ieder geval geldt: *better safe than sorry*. Heeft een bepaalde beslissing belangrijke (materiële) gevolgen voor de onderneming, dan is het raadzaam dat de bestuurders hierover vergaderen, hun stem uitbrengen, en de uiteindelijke beslissing in notulen laten vastleggen. Want zoals wij hiervoor al opmerkten: als de handelswijze van een bestuurder niet gesteund of gedragen wordt door het bestuur, dan kan de betreffende bestuurder geconfronteerd worden met een discussie over zijn persoonlijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van zijn handelen.

4. Wie nemen het bestuursbesluit?

Statutaire bestuurders

Een bestuursbesluit is een besluit van het statutaire bestuur van de vennootschap. Statutaire bestuurders zijn de personen die bij oprichting of in overeenstemming met de statutaire voorschriften zijn benoemd door het orgaan dat bevoegd is tot de benoeming (dit is meestal de algemene vergadering van aandeelhouders). Statutaire bestuurders moeten door de vennootschap worden ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Heeft er geen besluit tot benoeming plaatsgevonden, dan is degene die (desondanks) meent of stelt bestuurder te zijn geen statutair bestuurder.

Rechtspersoon als bestuurder

In Nederland is het mogelijk (buitenlandse) rechtspersonen (zoals de BV, de stichting, de Duitse *GmbH* of de Engelse *Ltd*) als statutair bestuurder van de BV te benoemen. In de praktijk wordt daarvan veel gebruik gemaakt bij concerns (dat zijn groepen van meerdere vennootschappen), waarbij de holding dan tevens als bestuurder van de dochtervennootschappen fungeert. Een voordeel daarvan is dat er dan slechts op één niveau een natuurlijk persoon als bestuurder hoeft te worden benoemd/ontslagen.

Besluit vereist overleg

Bestaat het bestuur uit meerdere personen? Dan moeten alle bestuurders worden uitgenodigd om aan de bestuursvergadering deel te nemen (dit kan anders liggen in het geval van een tegenstrijdig belang). Een besluit komt namelijk tot stand als een “*vrucht van onderling overleg*”. Een beslissing van 2 bestuurders is geen bestuursbesluit als de overige 3 bestuurders niet aan de bestuurstafel zaten en geen mogelijkheid hebben gehad om hun zegje te doen.

Hoofregel: één stem

In de bestuursvergadering beschikt iedere bestuurder over één stem. Eventuele aan de bestuurders verleende titels (denk aan *voorzitter*, *CEO* of *CFO*), senioriteit of expertise van bestuurders of een taakverdeling binnen het bestuur hebben op de stemverhoudingen geen invloed. Iedere bestuurder wordt geacht bij het uitbrengen van zijn stem gelijk te zijn.

Alternatief: gedifferentieerd stemrecht

In de statuten van de BV kan echter worden bepaald dat bepaalde bestuurders meer dan één stem kunnen uitoefenen (een zogenaamd *gedifferentieerd* of *meervoudig stemrecht*). De bestuurder die begunstigd is met meerdere stemmen kan niet meer stemmen uitbrengen dan de overige bestuurders. Ter illustratie: in het geval van een vierhoofdig bestuur kunnen aan één bestuurder maximaal drie stemmen worden toegekend.

5. Hoe komt het bestuursbesluit tot stand?

De wet stelt eisen aan de totstandkoming van bestuursbesluiten. Als bestuurder dien je deze voorschriften na te leven bij het nemen van besluiten. Zo zal je in de besluitvorming alle belangen moeten afwegen en moet de uiteindelijke beslissing *redelijk en billijk* zijn. Voor sommige onderwerpen wordt de betrokkenheid van de algemene vergadering (**AvA**), de ondernemingsraad (**OR**) of de raad van commissarissen (**RvC**) voorgeschreven. Ook de statuten van de BV kunnen voorschriften bevatten die je bij de besluitvorming in acht moet nemen. Worden deze voorschriften niet nageleefd, dan komt het besluit wellicht niet tot stand of kan het besluit later worden vernietigd. In het uiterste geval kan je als bestuurder aansprakelijk worden gehouden voor de gevolgen van het besluit. Besluiten kunnen worden getoetst door de Ondernemingskamer.

Belangenafweging

Het bestuursbesluit komt tot stand door stemuitbrenging van de statutaire bestuurders in de bestuursvergadering van de BV. Doorgaans vindt dit plaats tijdens een bestuursvergadering, maar vaak ook schriftelijk buiten vergadering.

In het proces van besluitvorming zal door het bestuur een belangenafweging moeten plaatsvinden. Dat betekent dat bestuurders de gevolgen van het besluiten moeten afwegen tegen de belangen van alle betrokkenen (de stakeholders) bij de BV. Denk bijvoorbeeld aan de belangen van aandeelhouder(s) (“*wij willen winst*”), de werknemers (“*wij willen werkgelegenheid*”) en derden (“*wij willen betaling van onze facturen*”). Deze belangenafweging is een typisch verschijnsel van het Rijnlands model (*stakeholder model*) dat in Nederland wordt gehanteerd. Het is micro polderen op het niveau van de BV. Voor (buitenlandse) bestuurders die ervaring hebben met het Angelsaksische model (waarin winst, *shareholders value* voorop staat) is het vaak lastig om aan dit Europese continentale systeem te wennen.

Redelijkheid en billijkheid

Van bestuurders wordt verwacht dat zij zich *redelijk en billijk* opstellen. Dat betekent dat zij een verplichting hebben om zorgvuldig te handelen en een redelijk en billijk besluit nemen. Wat is dat dan een redelijk en billijk besluit? Daar is geen eenduidig antwoord op te geven, omdat dit (volgens vaste rechtspraak) afhangt van de omstandigheden van het geval. Duidelijk is wel dat de belangafweging niet mag meebrengen dat bepaalde personen onnodig of onevenredig worden geschaad. Personen die zich onder gelijke omstandigheden bevinden moeten gelijk worden behandeld (*gelijke monniken gelijke kappen*). Is het besluit niet redelijk en billijk dan kan de rechter bepalen dat het besluit moet worden vernietigd.

Hoofregel: autonome en zelfstandige bestuurders

Iedere bestuurder is verplicht om ten opzichte van de andere organen van de BV (zoals de AvA of RvC) autonoom en in het belang van de vennootschap te handelen. Dat betekent dat het bestuur in beginsel onafhankelijk van de wensen of instructies van de overige bij de BV betrokken organen en personen dient te handelen. Er zijn uitzonderingen.

Uitzondering 1: statutaire goedkeuring

Ten eerste kan in de statuten van de BV namelijk worden bepaald dat het bestuur slechts bepaalde bestuursbesluiten kan nemen indien het bestuur de voorafgaande goedkeuring van een derde heeft gekregen. In de praktijk zijn dit vaak de raad van commissarissen (**RvC**) en/of de algemene vergadering (**AvA**). De besluiten waarvoor de goedkeuring is voorgeschreven (*reserved matters*) worden dan opgenomen in een lijst (de goedkeuringslijst of *laundry list*). Denk bijvoorbeeld aan besluiten over het kopen van onroerend goed, het aantrekken van bankfinanciering of het starten van een juridische procedure. Een bestuurder die handelt zonder dat de vereiste goedkeuring is verkregen kan persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de schade die de BV daardoor leidt.

Uitzondering 2: contractuele goedkeuring

Ten tweede kan de goedkeuringslijst, in aanvulling op of als alternatief voor de statuten, ook worden opgenomen in de aandeelhoudersovereenkomst. Het is dan raadzaam om de BV (naast de aandeelhouders) partij te laten zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst, omdat de bestuurders (als vertegenwoordigers van de BV) anders niet gebonden zijn aan deze aandeelhoudersovereenkomst.

Uitzondering 3: raad van commissarissen

Ten derde geldt dat wanneer de BV een structuurvennootschap is, de instelling van een RvC met tenminste drie leden wordt voorgeschreven. Structuurvennootschappen zijn, kort gezegd, zeer grote vennootschappen met een wettelijk vastgelegd minimumkapitaal (in 2019: EUR 16 mio), een OR en minimaal 100 werknemers in Nederland. Bestuurders van een structuurvennootschap zijn op grond van de wet verplicht om bepaalde bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de raad van commissarissen te onderwerpen.

Uitzondering 4: verandering identiteit en karakter

Voor de naamloze vennootschap (**NV**) is - anders dan voor de BV - wettelijk bepaald dat het bestuur de voorafgaande goedkeuring van de AvA dient te verkrijgen voor besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de NV of de onderneming. Te denken valt bijvoorbeeld aan het besluit tot de verkoop van het volledige wagenpark van een transportonderneming. Hoewel een soortgelijke regeling voor de BV ontbreekt, wordt deze regeling door bestuurders van BV's doorgaans met het oog op de jurisprudentie op dat vlak analoog toepast (met name om te voorkomen dat besluit later wordt vernietigd).

6. Hoe dient de bestuurder om te gaan met een tegenstrijdig belang bij besluitvorming?

Een bestuurder zal uit hoofde van zijn functie in het belang van de BV en de daarmee verbonden onderneming moeten handelen. In de praktijk kunnen zich situaties voordoen waarin een bestuurder wordt geconfronteerd met verschillende (mogelijk tegenstrijdige) door de bestuurder in acht te nemen belangen. Tegenstrijdige belangen kunnen van invloed zijn op de besluitvorming van het bestuur. Belangen worden onderscheiden in *kwalitatieve* en *persoonlijke* belangen.

Kwalitatief belang

Een bestuurder kan allereerst meerdere functies bekleden. Denk bijvoorbeeld aan een bestuurder die zowel bestuurder is van de BV-opdrachtgever als de BV-opdrachtnemer. We spreken dan van een bestuurder met meerdere petten. Iedere pet heeft zijn eigen belang (een *kwalitatief belang*).

Persoonlijk belang

Een bestuurder kan daarnaast een direct of indirect persoonlijk belang hebben bij de besluitvorming van de BV. Denk bijvoorbeeld aan een bestuurder die bij een succesvolle verkoop van de door hem bestuurd onderneming een vette premie kan opstrijken (een *direct persoonlijk belang*) of aan een bestuurder die beslist over het toekennen van een hoger salaris aan zijn echtgenote (een *indirect persoonlijk belang*).

Tegenstrijdige belangen

De door de bestuurder in acht te nemen belangen kunnen tegenstrijdig met elkaar zijn. Denk bijvoorbeeld aan het hiervoor genoemde voorbeeld van de BV-opdrachtgever die gebaat is bij een zo laag mogelijk prijs voor de afgenomen diensten, terwijl de BV-opdrachtnemer een redelijke vergoeding voor de door haar verrichte werkzaamheden zal willen ontvangen. In dat geval is er sprake van tegenstrijdige belangen. Hoe dient deze geconflieeerde bestuurder dan te handelen?

Onthoudingsregel

Een bestuurder met een (direct of indirect) **persoonlijk tegenstrijdig belang** zal zich dienen te onthouden van “*de beraadslaging en de besluitvorming*”. Dat betekent dat de bestuurder in de betreffende bestuursvergadering niet mag deelnemen aan het overleg en stemmen over het geconflieeerde onderwerp. De niet-geconflieeerde medebestuurders blijven wel bevoegd om te stemmen. Hebben alle bestuurders een persoonlijk tegenstrijdig belang, dan besluit de RvC of (bij het ontbreken van een RvC) de algemene vergadering van aandeelhouders.

De wet schrijft niet voor op welke wijze het bestuur dient te handelen in het geval van een **kwalitatief tegenstrijdig belang**. Uit de rechtspraak volgt dat ook in deze situatie geldt dat de bestuurder niet over een vrijbrief beschikt om te handelen. De geconflieeerde bestuurder dient in ieder geval zorgvuldigheid en transparantie te betrachten. Zo zal de bestuurder zijn medebestuurders (en commissarissen) moeten informeren dat hij geconflieeerd is. Daarnaast kan het raadzaam zijn om het advies van een onafhankelijke deskundige in te winnen, bijvoorbeeld als het gaat om de vaststelling van een bepaalde prijs, vergoeding of waardering.

Het is raadzaam om in het geval van een (potentieel) tegenstrijdig belang een externe ondernemingsrechtadvocaat in te schakelen en te laten adviseren hoe in de gegeven omstandigheden moet worden gehandeld, zodat het bestuur kan aantonen zorgvuldig te hebben gehandeld. Zo kan mogelijk een verwijt van onbehoorlijk bestuur en wanbeleid worden voorkomen.

7. Welke eisen gelden er voor de bestuursvergadering?

Statutaire voorschriften

In de meeste gevallen schrijven de statuten van de BV voor wanneer en hoe bestuursvergaderingen kunnen plaatsvinden en op welke wijze bestuurders ter bestuursvergadering een stem uit kunnen brengen. Zo kunnen de statuten regelingen bevatten omtrent (1) het agenderen van bestuursvergaderingen, (2) de oproeping van bestuursvergaderingen, (3) de benodigde meerderheid van stemmen, (4) eventuele aanwezigheidsvereisten (*quorum*), (5) of bestuurders zich door anderen kunnen laten vertegenwoordigen, en (6) de wijzen waarop door een bestuurder een stem kan worden uitgebracht (elektronisch?). In dit geval zullen de statuten bepalen wanneer een bepaald besluit is aangenomen.

Alternatief: wettelijke regeling

Als de statuten hieromtrent niets bepalen dan geldt de wettelijk voorgeschreven regeling. De hoofdregel daarvan luidt dat het oordeel van de voorzitter omtrent de uitslag van een stemming, evenals de inhoud van het besluit, beslissend is. Meestal zullen de statuten bepalen wie de bestuursvergadering voorziet. Als het oordeel van de voorzitter wordt betwist dan zal er een nieuwe stemming moeten plaatsvinden indien de meerderheid van de bestuursvergadering dit verlangt.

Bestuursreglement

In een bestuursreglement (ook wel directiereglement) kunnen bestuurders afspraken maken over de wijze waarop zij het bestuur wensen uit te oefenen. In de praktijk worden onder meer regelingen getroffen over de organisatie van bestuursvergaderingen, hoe bestuurders aan deze vergaderingen kunnen deelnemen en op welke wijze er in de vergadering kan worden gestemd. Het bestuursreglement kan voorts beschrijven over welke onderwerpen het bestuur kan of dient te besluiten. Een bestuursreglement hoeft niet notarieel te worden opgemaakt. Er bestaat zodoende meer flexibiliteit.

Notulen van de bestuursvergadering

In de praktijk worden (belangrijke) bestuursbesluiten regelmatig schriftelijk vastgelegd in notulen of een schriftelijk besluit. Goede notulen/besluiten beschrijven ten minste wie de notulen heeft opgemaakt, de datum van de vergadering, welke bestuurders ter vergadering aanwezig waren, de wijze van stemuitbrenging (waaronder een eventuele onthouding en/of tegenstem), de verkrijging van goedkeuring en/of instemming van een ander orgaan en ten slotte de aangenomen onderwerpen. Het is (tenzij statuten anders bepalen) niet verplicht om te notuleren. Er gelden zodoende geen vormvoorschriften. Inspiratie nodig voor een format bestuursbesluit? Zie ons [model-bestuursbesluit](#).

Waarom notuleren?

Notulen worden met name opgesteld om de genomen besluiten te administreren en misverstanden en/of onduidelijkheden te voorkomen. Een bestuurder die bijvoorbeeld tegen een voorstel heeft gestemd kan er belang bij hebben dat zijn tegenstem is vastgelegd. Voor nieuwe bestuurders is het een eenvoudige manier om te weten te komen welke besluiten er in het verleden zijn genomen. Maar misschien nog wel de belangrijkste reden: de bestuurder die in lijn met een bestuursbesluit een belangrijke overeenkomst tekent (bijvoorbeeld het aangaan van een lening of de verpanding van activa) wil achteraf kunnen aantonen dat hij deze handeling heeft verricht nadat het bestuur daartoe besloten had (en dat zijn handeling dus collectief gedragen wordt). Belanghebbenden kunnen voorts aan de hand van de notulen controleren of alle totstandkomingsvereisten zijn nageleefd. Notulen worden tot slot in [gerechtelijke procedures](#) vaak gebruikt als bewijs.

8. Welke bevoegdheden heeft de ondernemingsraad (OR)?

De BV is verplicht een ondernemingsraad (OR) in te stellen indien er ten minste 50 personen bij de BV werkzaam zijn. Op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) heeft de OR belangrijke bevoegdheden bij de totstandkoming van bepaalde (bestuurs)besluiten. Deze bevoegdheden hebben betrekking op het adviesrecht of het instemmingsrecht.

Adviesrecht

Het bestuur moet allereerst advies vragen aan de OR voordat het bestuur bepaalde besluiten neemt. De OR kan daardoor het beleid van het bestuur actief toetsen, proberen te beïnvloeden en de belangen van de werknemers behartigen. De adviesplicht geldt onder andere voor besluiten van het bestuur tot:

- overdracht van (een deel van) de onderneming;
- inkrimping, uitbreiding of beëindiging van (een belangrijk deel) van de werkzaamheden;
- het doen van belangrijke investeringen ten behoeve van de onderneming; en
- benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming.

Het bestuur zal de OR een redelijke termijn voor de advisering moeten gunnen. Het zal van de omstandigheden afhangen welke termijn in een adviesprocedure redelijk is. Het nemen van besluiten zonder het advies van de OR af te wachten is niet zonder risico. De Ondernemingskamer heeft ondernemers om die reden verschillende keren veroordeeld het desbetreffende besluit in te trekken.

Op het moment dat - na het (negatieve) advies van de OR of het uitblijven van een advies - het bestuur het besluit neemt, zal het bestuur de OR zo spoedig mogelijk van dat besluit schriftelijk in kennis moeten stellen. Als het bestuur het advies van de OR niet opvolgt, zal het tevens moeten uitleggen waarom van het advies is afgeweken. Daarbij moet het bestuur ingaan op de specifieke bezwaren in het advies van de OR.

Het bestuur is verplicht de uitvoering van het besluit op te schorten tot een maand na de dag waarop de OR van het besluit in kennis is gesteld. Binnen deze maand moet de OR beslissen of zij tegen het besluit in beroep wil gaan bij de Ondernemingskamer.

Instemmingsrecht

Het bestuur dient daarnaast de instemming te krijgen van de OR voor besluiten inzake het sociaal beleid van de onderneming die niet door een cao worden geregeld. Hieronder vallen o.a. besluiten tot vaststelling, wijziging of intrekking van regelingen ten aanzien van:

- werktijden en vakantie;
- belonings- of functiewaarderingsystemen;
- arbeidsomstandigheden, ziekteverzuim en re-integratiebeleid;
- privacy; en
- pensioenovereenkomst.

Een besluit dat zonder de vereiste instemming is genomen is nietig (niet geldig), indien de OR schriftelijk de nietigheid van het besluit inroept tot één maand nadat (1) de OR door de het bestuur op de hoogte is gebracht van het besluit, en (2) de OR is gebleken dat het bestuur uitvoering of toepassing heeft gegeven aan het besluit. Het bestuur kan dan (op verzoek van de OR) door de kantonrechter worden verplicht geen uitvoering of toepassing te geven aan dit nietige besluit. Wat kan de ondernemer doen als de OR instemming blijft weigeren? De ondernemer kan de kantonrechter om vervangende toestemming vragen.

9. Wanneer is een besluit nietig of vernietigbaar?

Besluiten kunnen ingrijpende gevolgen hebben voor de onderneming en de daarbij betrokken personen. Denk bijvoorbeeld aan het besluit om voortaan alle arbeidskrachten als ZZP'ers werkzaam te laten zijn. De wetgever eist daarom dat besluiten op een zorgvuldige wijze en na afweging van de betrokken belangen tot stand moeten komen. Een besluit dat niet op de juiste wijze tot stand is gekomen kan *nietig* of *vernietigbaar* zijn. Wat is het verschil?

Nietige besluiten

Een besluit dat in strijd met de wet of de statuten is genomen is nietig. Een nietig besluit bestaat niet of is, zoals juristen dat noemen, non-existent. Er is geen besluit. Omdat er geen besluit is kan er ook geen uitvoering aan het besluit worden gegeven, noch kan de uitvoering van dit besluit worden afgedwongen. Een besluit is onder meer **nietig** indien het besluit:

1. in strijd is met de statutaire doelstellingen van de BV, bijvoorbeeld het besluit van een bestuurder van een ijscozaak tot het aankopen van risicovolle beleggingen op de Braziliaanse beurs;
2. is genomen door het bestuur ondanks het ontbreken van een bevoegdheid (omdat deze bevoegdheid aan een ander orgaan toekomt), bijvoorbeeld het besluit tot het toekennen van een salaris aan het bestuur (deze bevoegdheid komt toe aan de algemene vergadering);
3. is genomen door bestuurders die een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben; bijvoorbeeld het besluit tot de aanstelling van de zoon als de nieuwe CEO;
4. vooraf had moeten worden goedgekeurd door de RvC;
5. is genomen zonder de vereiste meerderheid van stemmen;
6. is genomen zonder de vereiste instemming van de OR;
7. in strijd is met de goede zeden of openbare orde, bijvoorbeeld het besluit tot het laten gijzelen van een concurrerende ondernemer.

Vernietigbare besluiten

Een besluit dat niet op de juiste wijze tot stand is gekomen kan door een rechter worden vernietigd. Een besluit is onder meer **vernietigbaar** indien:

1. de bestuurders niet zijn uitgenodigd voor de bestuursvergadering;
2. het besluit genomen is in strijd met een bestuursreglement;
3. het bestuur na afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen.

Er worden tot aan de Hoge Raad procedures uitgevochten over de vraag of een besluit rechtsgeldig, nietig of vernietigbaar is. Twijfel je over de rechtmatigheid van een besluit en/of de in acht te nemen formaliteiten? Aangezien de gevolgen van onjuiste besluitvorming groot kunnen zijn loont het de moeite om bij toenemende belangen een ondernemingsrechtadvocaat bij de besluitvorming te betrekken. Ben je bestuurder en ga je beslissen over een verstrekkend en ingrijpend onderwerp? Laat je dan vooraf adviseren om de nietigheid of vernietigbaarheid van de besluitvorming te voorkomen.

10. Kunnen besluiten worden getoetst door de rechter?

Vernietiging door de rechter

Een belanghebbende, maar ook het bestuur, kan de rechter vragen een bepaald besluit te vernietigen. Belanghebbenden zijn degenen die een redelijk belang hebben bij de naleving van het niet nageleefde voorschrift. Een besluit is geldig totdat het door een rechterlijk oordeel is vernietigd. Een belanghebbende kan dus niet zelf de vernietiging uitspreken. Indien je een besluit wenst te vernietigen, dan is enige spoed geboden. De bevoegdheid om de vernietiging te vorderen vervalt namelijk een jaar nadat het bestuur voldoende bekendheid aan het besluit heeft gegeven of de belanghebbende van dit besluit kennis heeft genomen. Dat is bijvoorbeeld het moment waarop de notulen van het besluit per e-mail worden gecirculeerd.

Enquêteprocedure

Zijn er redenen om te twijfelen of het bestuur op de juiste wijze (heeft) gehandeld? Is het wenselijk om een onafhankelijke derde het gedrag van bestuurders te laten onderzoeken? Voor dit soort gevallen bestaat er de zogenaamde enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof in Amsterdam.

In een enquêteprocedure kunnen in de wet aangewezen partijen (zoals bepaalde aandeelhouders, bestuurders en commissarissen de Ondernemingskamer verzoeken om een onderzoek (de enquête) te starten. Daarvoor zal de verzoeker moeten aantonen dat er “*gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken*” te twijfelen. Wijst de Ondernemingskamer het verzoek toe, dan worden er rapporteurs aangewezen die het onderzoek zullen uitvoeren. Deze rapporteurs hebben inzage in de administratie van de BV en bestuurders zijn verplicht om hun vragen te beantwoorden. Bestuursbesluiten kunnen door de rapporteurs onder de loep worden genomen. Nadat het onderzoek is afgerond brengen de rapporteurs verslag uit aan de Ondernemingskamer. De conclusie van het rapport kan luiden dat er sprake is van wanbeleid!

De Ondernemingskamer heeft speciale bevoegdheden. Zo kan de Ondernemingskamer (onmiddellijke) voorzieningen treffen. Onmiddellijke voorzieningen worden als tijdelijke noodmaatregel genomen tijdens het verloop van de enquête. Als eenmaal tot wanbeleid is geconcludeerd, dan kan er ook een (eind)voorziening worden getroffen. Ten aanzien van het bestuur kan de Ondernemingskamer oordelen dat bepaalde bestuursbesluiten moeten worden opgeschort of zelfs vernietigbaar zijn. Ook kunnen bestuurders door de Ondernemingskamer worden ontslagen.

11. Een samenvatting, checklist en modelbesluit.

Na het lezen van deze handleiding weet je dat:

1. Het bestuursbesluit een beslissing is van het statutaire bestuur en tot stand komt door stemuitbrenging van de bestuurders in de fysieke, virtuele of schriftelijke bestuursvergadering;
2. Bestuurders bij de totstandkoming van bestuursbesluiten bepaalde formaliteiten en voorschriften in acht moeten nemen;
3. Bestuursbesluiten nietig of vernietigbaar kunnen zijn wanneer deze formaliteiten niet zijn nageleefd;
4. Bestuursbesluiten door de rechter, of in een enquêteprocedure door de Ondernemingskamer, kunnen worden getoetst;
5. Bestuurders die handelen in afwezigheid van, of handelen in strijd met een bestuursbesluit persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de gevolgen daarvan vanwege onbehoorlijk bestuur; en
6. Er geen uitputtende lijst bestaat waarin is opgesomd over welke onderwerpen het bestuur dient te besluiten.

Ben je voornemens over een bepaald onderwerp een bestuursbesluit te nemen? Hou de volgende **checklist** dan bij de hand:

- A. Wie zijn de bestuurders van de BV en zijn deze betrokken bij de totstandkoming van het besluit?
- B. Is het besluit onderworpen aan de (voorafgaande) goedkeuring van een ander orgaan (AvA of RvC) van de BV?
- C. Zijn er bestuurders met een (direct of indirect) tegenstrijdig belang? Zo ja, hoe wordt hiermee omgegaan?
- D. Heeft het bestuur instructies ontvangen van een ander orgaan (AvA or RvC) in afwijking van het voorgenomen besluit? Zo ja, hoe wordt hiermee omgegaan?
- E. Heeft de OR een adviesrecht of instemmingsrecht ten aanzien van het besluit?
- F. Zijn alle relevante belangen afwogen? Is het besluit redelijk en in het belang van de BV?
- G. Notuleer het besluit, de wijze waarop het tot stand is gekomen en hoe met de punten A tot en met F hierboven is omgegaan.

Penrose helpt je graag. Daarom is op de website van Penrose een model bestuursbesluit beschikbaar gesteld dat [hier](#) te vinden is. Wil je meer informatie omtrent het nemen van besluiten? Of heb je vragen over ons model? Neem dan contact op met ondernemingsrecht advocaat [Thomas Schutte](#) (t.schutte@penrose.law).