

De plaatsvervangend bestuurder

Inleiding

Een van de onderwerpen die aan de orde komen in het rapport over vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht (hierna: Rapport), opgesteld door de expertgroep onder leiding van prof. mr. H.J. de Kluiver (hierna: Expertgroep), is de plaatsvervangend bestuurder. In deze bijdrage zal worden gekeken naar de wenselijkheid en de mogelijkheid van een dergelijke rechtsfiguur, alsook naar vragen die zich voordoen omtrent vertegenwoordiging en bestuurdersaansprakelijkheid.

De wenselijkheid van een plaatsvervangend bestuurder

Op grond van de wet (art. 2:244 lid 4 BW) dienen de statuten van een BV voorschriften te bevatten omtrent de wijze waarop in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van bestuurders. Onder ontstentenis dienen de gevallen te worden verstaan

waarin een bestuurder ophoudt bestuurder te zijn doordat hij zijn functie neerlegt, ontslagen wordt of komt te overlijden. Onder belet vallen de situaties waarin de bestuurder zijn functie tijdelijk niet kan of mag uitoefenen, bijvoorbeeld doordat hij is geschorst, doordat hij langdurig ziek is of vanwege gedwongen verblijf in het buitenland zonder behoorlijke communicatiemiddelen.¹

Met een plaatsvervangend bestuurder heeft de Expertgroep voor ogen een persoon die tegelijkertijd wordt benoemd met de bestuurder wiens plaats hij bij ontstentenis of belet dient te vervangen, en die in dergelijke gevallen meteen voor die bestuurder kan invallen.

In welke gevallen kan er aan een dergelijke plaatsvervangend bestuurder behoefte bestaan? Te denken valt onder meer aan een joint venture waarin bijvoorbeeld de twee joint venture partners ieder gerechtigd zijn om een gelijk aantal bestuurders bindend voor benoeming voor te dragen (overigens beveelt de Expertgroep met betrekking tot dergelijke bindende voordrachten voor benoeming – welke op grond van de huidige wetgeving ten minste twee kandidaten per vacature dienen te bevatten – aan om de statuten van een vennootschap de ruimte te laten om te bepalen dat de vergadering van houders van een bijzondere soort of klasse aandelen een bestuurder kan benoemen of ontslaan; de bindende voordracht, die toch vaak slechts uit één serieuze kandidaat bestaat en een andere persoon die slechts pro forma wordt voorgedragen om maar aan de wettelijke bepaling van art. 2:243 lid 1 BW te voldoen, maakt dan plaats voor de directe benoeming van een bestuurder door de houder van een bepaalde soort of klasse aandelen²). In een dergelijk geval zal het vaak zo zijn dat de ene joint venture partner de ‘bestuurders A’ bindend voordraagt voor benoeming, dat de andere joint venture partner de ‘bestuurders B’ bindend voordraagt voor benoeming, en dat de statuten van de vennootschap bepalen dat de vennootschap slechts kan worden vertegenwoordigd door een bestuurder A samen met een bestuurder B.

Uitgaande van de situatie dat de vennootschap één bestuurder A en één bestuurder B heeft, zou in geval van ontstentenis van de bestuurder A de bestuurder B bevoegd zijn om de vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen, zo volgt uit de hoofdregel van artikel 2:240 lid 1 BW.³ De figuur van de plaatsvervangend bestuurder zou in een dergelijk geval recht kunnen doen aan het door de joint venture partners beoogde systeem van *checks and balances*: de plaatsvervangend bestuurder A, die tegelijkertijd met de bestuurder A zou zijn benoemd, valt onmiddellijk in, zodat de bestuurder B slechts gezamenlijk met plaatsvervangend bestuurder A bevoegd is.

1. Zie Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 318.

2. Zie p. 28-30 van het Rapport.

3. Zie ook Asser-Maeijer 2-III, a.w.

De mogelijkheid van een plaatsvervangend bestuurder

Het is de vraag of de huidige wettelijke regeling toestaat dat, naast de regeling van artikel 2:244 lid 4 BW, tegelijkertijd met de benoeming van een bestuurder een plaatsvervangend bestuurder wordt benoemd, die bij ontstentenis of belet van de betreffende bestuurder direct diens taken waarneemt en bevoegdheden uitoefent. De Expertgroep meent dat dit het geval is, en dat hiervoor geen wetswijziging nodig is. Wel meent de Expertgroep dat in de toelichting op de wet zou moeten worden verduidelijkt, dat het mogelijk moet zijn om een plaatsvervangend bestuurder te benoemen en dat deze benoeming tegelijkertijd met de benoeming van de ‘eigenlijke’ bestuurder zou moeten kunnen geschieden.⁴

De vraag of het onder het huidige recht mogelijk is om van meet af aan naast een bestuurder ook een plaatsvervangend bestuurder te benoemen, ook al ontbreekt hiervoor een wettelijke basis, vertoont gelijkens met de vraag of het onder het huidige recht mogelijk is om een *one tier board* in te stellen, bestaande uit *executive* en *non-executive directors*, waarvoor immers eveneens een wettelijke basis ontbreekt. Deze laatste vraag wordt evenwel bevestigend beantwoord,⁵ hetgeen een argument oplevert voor de stelling dat het inderdaad mogelijk zou moeten zijn om tegelijk met een bestuurder tevens een plaatsvervangend bestuurder te benoemen.

Haar mening dat de gelijktijdige benoeming van een plaatsvervangend bestuurder mogelijk is, baseert de Expertgroep mede op het gegeven dat de figuur van de plaatsvervangend bestuurder in het verenigings- en stichtingenrecht vaker voorkomt. Zo bepaalt artikel 2:38 lid 2 BW dat, tenzij de statuten anders bepalen, de voorzitter en de secretaris van het bestuur *of hun vervangers* als zodanig ook optreden bij de algemene vergadering. Anders dan in dit wetsartikel en in de toelichting op artikel 2:37 BW⁶ wordt de plaatsvervangend bestuurder in de wet niet genoemd. Voorts bevat het Antilliaanse recht een wettelijke regeling voor de plaatsvervangend bestuurder. Artikel 2:12 lid 2 NA BW bepaalt onder meer dat de statuten kunnen bepalen dat het orgaan dat een bestuurder benoemt een plaatsvervangend bestuurder kan aanwijzen, die bij belet of ontstentenis van de bestuurder diens taken waarneemt en diens bevoegdheden uitoefent.

Het is echter niet eenduidig wie bedoeld worden met de ‘vervangers’ uit artikel 2:38 lid 2 BW: zijn dit andere bestuursleden die bij ontstentenis van de voorzitter of secretaris tijdelijk diens specifieke functie vervullen, of zijn het personen die als plaatsvervangend bestuurder werden

4. Zie p. 31 van het Rapport.

5. Zie de Commissie Corporate Governance (Commissie-Tabaksblat), De Nederlandse corporate governance code: beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen, 9 december 2003, principe III.8.

6. Zie Den Tonkelaar 2003 (T&C BW), art. 2:37 BW, aant. 2.

benoemd en voordien derhalve niet met het bestuur waren belast? Van der Grinten⁷ gaat ervan uit dat met 'vervangers' gedacht zal zijn aan andere leden van het bestuur, en kiest daarmee voor de eerste variant. Van der Ploeg kiest evenwel voor de tweede variant door te stellen dat de plaatsvervanging zowel ten aanzien van de bestuursfunctie in het algemeen als ten aanzien van bepaalde speciale bestuursfuncties (zoals voorzitter of secretaris) voorkomt en kennelijk maatschappelijk gewenst is.⁸ In ieder geval lijkt de Expertgroep de tweede variant voor ogen te hebben als zij pleit voor de expliciete mogelijkheid in het BV-recht om tegelijkertijd met een bestuurder een plaatsvervangend bestuurder te benoemen die invalt op het moment dat zulks wenselijk is. Dergelijke plaatsvervanging werpt evenwel vragen op ten aanzien van vertegenwoordiging en aansprakelijkheid.

Vertegenwoordiging door de plaatsvervangend bestuurder

Een derde die zaken doet met de vennootschap, zal zich verlaten op de inschrijving in het handelsregister van de kamer van koophandel teneinde zich te vergewissen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de personen met wie hij van doen heeft. Uit het handelsregister zal derhalve eenduidig moeten blijken wie op een zeker moment de bevoegde bestuurders zijn. Het handelsregister kent niet de mogelijkheid om een persoon bij voorbaat in te schrijven als 'plaatsvervangend bestuurder', en al zou dat wel zo zijn, dan nog biedt dat onvoldoende soelaas: van een derde kan immers niet worden verlangd dat hij, alvorens de plaatsvervangend bestuurder als vertegenwoordigingsbevoegd aan te mogen merken, zelfstandig nagaat of de oorspronkelijke bestuurder daadwerkelijk – bijvoorbeeld – met onvoldoende communicatiemiddelen in het buitenland verblijft, of min of meer langdurig ziek is. De plaatsvervangend bestuurder zal in ieder geval, evenals de tijdelijk bestuurder (die op grond van de statutaire regeling als bedoeld in art. 2:244 lid 4 BW wordt aangewezen om de vennootschap te besturen in geval van ontstentenis of belet van bestuurders), ten opzichte van derden moeten worden aangemerkt als bestuurder, en zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid dient niet door statuten of door een voorwaardelijk karakter van zijn benoemingsbesluit te worden beperkt.⁹ Evenals met de tijdelijke bestuurder het geval is, zou de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de plaatsvervangend bestuurder slechts moeten kunnen worden beperkt door de meer-handtekeningenclausule als bedoeld in artikel 2:240 lid 2 BW.

Derden dienen niet te worden opgezadeld met onzekerheden omtrent plaatsvervangend bestuurders. Daarom zouden alle bestuurders, alsmede alle plaatsvervangend bestuur-

ders, als bestuurder moeten worden ingeschreven in het handelsregister. Dit heeft tot (wenselijk) gevolg dat een derde zich niet hoeft te vergewissen van de ontstentenis van de ene bestuurder alvorens met de handtekening van de andere bestuurder genoeg te nemen,¹⁰ en voorts dat de plaatsvervangend bestuurder zich intern, op grond van de beperkingen die aan zijn benoeming als bestuurder kleven, zal hebben te onthouden van het verrichten van bestuurs-handelingen zolang de oorspronkelijke bestuurder bevoegd en in staat is tot uitoefening van zijn taak.

Aansprakelijkheid van de plaatsvervangend bestuurder

Voor de beantwoording van de vraag op welke grond een plaatsvervangend bestuurder verantwoordelijk en aansprakelijk is voor zijn handelen, is van belang om vooraleerst vast te stellen wat de aard van zijn betrokkenheid bij de vennootschap is. Dient de plaatsvervangend bestuurder daadwerkelijk als bestuurder in de zin van de wet te worden aangemerkt, of moet hij worden gezien als een soort gevolmachtigde van de bestuurder die hij vervangt?

Gezien de benoeming van de plaatsvervangend bestuurder – deze geschiedt gelijktijdig met, en naar ik aanneem dus ook door hetzelfde orgaan als, de bestuurder die hij zou kunnen komen te vervangen – moet het er mijns inziens voor worden gehouden dat de plaatsvervangend bestuurder een zelfstandige status toekomt, en niet als gevolmachtigde moet worden gezien van de bestuurder die hij vervangt. Daarmee heeft de plaatsvervangend bestuurder tevens een eigen verantwoordelijkheid en, daarmee gepaard gaande, een eigen aansprakelijkheid.

Rest de vraag of de plaatsvervangend bestuurder dient te worden aangemerkt als bestuurder in de zin van de wet. Enerzijds kan de plaatsvervangend bestuurder worden gezien als een bij voorbaat benoemde tijdelijk bestuurder. Tijdelijke bestuurders (aangewezen op grond van de statutaire regeling als bedoeld in art. 2:244 lid 4 BW in geval van ontstentenis of belet van bestuurders) zijn evenwel geen bestuurders in de zin van de wet, ook al hebben zij een eigen bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid.¹¹ De bestuurdersaansprakelijkheid van de tijdelijke bestuurder volgt uit artikel 2:261 lid 1 BW en onderscheidt zich van artikel 2:248 BW (dat aansprakelijkheid voor mede-beleidsbepalers regelt) doordat het slechts van toepassing is op daden van bestuur krachtens een statutaire bepaling – derhalve daden, verricht door de tijdelijk bestuurder op grond van de statutaire bepaling ingevolge artikel 2:244 lid 4 BW – en daden van bestuur krachtens een besluit van de algemene vergadering. Stellen we vast dat de plaatsvervangend bestuurder moet worden aangemerkt als een bij voorbaat benoemde tijdelijk bestuurder, dan is

7. Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, nr. 313.

8. Zie P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 157.

9. Zie ook Asser-Maeijer 2-III, a.w.

10. Zie ook W.R. Veldhuyzen, Het handelsregister, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 58.

11. Zie Asser-Maeijer 2-III, a.w.

daarmee de aansprakelijkheid van de plaatsvervangend bestuurder automatisch op grond van de wet beperkt tot de bestuursdaden die hij als zodanig verricht, hetgeen mijns inziens recht doet aan diens bijzondere positie.

Er zijn echter ook redenen om aan te nemen dat de plaatsvervangend bestuurder als bestuurder in de zin van de wet moet worden gezien, die evenwel, als gevolg van de voorwaarden waaronder hij benoemd is, gehouden is om slechts van zijn bestuursbevoegdheden gebruik te maken in geval van ontstentenis of belet van de bestuurder die hij vervangt. Zo bepaalt het Antilliaanse recht uitdrukkelijk dat een plaatsvervangend bestuurder voor de toepassing van de wet als bestuurder heeft te gelden voorzover het tegendeel niet uit de wet blijkt (art. 2:12 lid 2 NA BW). Voorts zijn in de al even genoemde *one tier board* ook de *non-executive directors* bestuurders in de zin van de wet, zij het dat zij zich niet met het dagelijks bestuur bezighouden en geen vertegenwoordigingshandelingen verrichten, maar veeleer toezicht houden op de *executive directors*. Ten slotte meent Van der Ploeg (weliswaar met betrekking tot de vereniging en de stichting) dat formeel het bestuur dient te worden uitgebreid met alle plaatsvervangend bestuurders en dat een plaatsvervangend bestuurder extern een bestuurder is, maar dat diens bestuursbevoegdheid intern wordt beperkt tot de periode van ontstentenis van de bestuurder wiens plaats wordt vervangen.¹² In deze visie valt ook de vervangend bestuurder als bestuurder in de zin van de wet aan te merken, en zijn derhalve ook de bepalingen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW op hem van toepassing. Weliswaar biedt lid 3 van dit artikel de plaatsvervangend bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen, maar dan dient hij niet alleen aan te tonen dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is (hetgeen, gezien de aard van zijn functie, nog wel zou moeten lukken), maar ook dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijke bestuur af te wenden. Dit laatste zal met name ondoenlijk zijn indien de plaatsvervangend bestuurder nimmer aan plaatsvervangend besturen is toegekomen, bijvoorbeeld omdat zich geen ontstentenis heeft voorgedaan van de bestuurder wiens plaats hij vervangt. Het lijkt me derhalve een onredelijke en onwenselijke situatie als de bepalingen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW rechtstreeks op de plaatsvervangend bestuurder van toepassing zouden zijn.

Conclusie

Concluderend meen ik dat het benoemen van plaatsvervangend bestuurders zeker wenselijk kan zijn, mede in het licht van het door joint venture partners doorgaans gewenste systeem van *checks and balances*. Het bij voorbaat benoemen van de plaatsvervangend bestuurder komt de continuïteit van het bestuur vanzelfsprekend ten goede.

Derden zouden evenwel geen nadeel of onzekerheid mogen ondervinden van het feit dat de vennootschap plaatsvervangend bestuurders kent. Derhalve dient het volledige bestuur – inclusief de plaatsvervangend bestuurders – als bestuurders te worden ingeschreven in het handelsregister. Gezien het doel dat de Expertgroep met de rechtsfiguur van de plaatsvervangend bestuurder beoogt, namelijk dat deze direct kan invallen voor de bestuurder die hij vervangt, dient de plaatsvervangend bestuurder reeds vanaf zijn benoeming ingeschreven te zijn.

Met betrekking tot het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid dient het mijns inziens onomstreden te zijn dat de plaatsvervangend bestuurder, gezien de aard van zijn bestuurderschap, evenals de tijdelijke bestuurder, slechts aansprakelijk is voor bestuursdaden die hij zelf verricht bij ontstentenis of belet van de bestuurder die hij vervangt, en dat hij niet aansprakelijk is voor het bestuur van de vennootschap voorzover hij daar niet mee van doen heeft gehad. Mijns inziens moet derhalve niet alleen (zoals de Expertgroep overweegt) in de toelichting op de wet worden verduidelijkt dat een plaatsvervangend bestuurder mogelijk is en dat deze tegelijkertijd met de bestuurder kan worden benoemd, maar dient tevens diens aansprakelijkheid duidelijk te worden geëcarteerd.

*Mr. P.R. Leguit
Loyens & Loeff*

12. Zie P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, a.w.