

HET BELANG VAN TIJDIG AFTREDEN

Mr. Fenna van Dijk

Het Burgerlijk Wetboek bevat regels over het benoemen van bestuurders en interne toezichthouders van rechtspersonen en regels over hun ontslag. Governance codes en sectorale wetgeving geven nadere invulling aan die wettelijke regels. Denk aan de bepaling in de Woningwet, die stelt dat een bestuurder wordt benoemd voor een periode van ten hoogste vier jaar en steeds voor een periode van ten hoogste vier jaar kan worden herbenoemd. Of neem de Governance code Zorg, die bepaalt dat een lid van de raad van toezicht voor maximaal vier jaar wordt benoemd en, inclusief herbenoemingen, maximaal acht jaar zitting kan hebben in de raad van toezicht van de zorgorganisatie en haar rechtsvoorgangers of -opvolgers. Vaak worden die eisen uit sectorale wetten en governance codes in de statuten van de rechtspersoon opgenomen. Soms is dit ook een eis van bijvoorbeeld externe toezichthouders. Het blijkt in de praktijk regelmatig moeilijk deze regels na te leven. De consequenties zijn echter groot.

Veel voorkomende missers

Wat in de praktijk vaak misgaat, zijn herbenoemingen die de maximale termijn overschrijden. Dus als er in de statuten is bepaald dat een bestuurder of lid van de raad van commissarissen één keer kan worden herbenoemd voor een maximaal aantal jaar, wordt iemand alsnog voor een derde of vierde termijn

benoemd. Verder komt voor dat de herbenoeming niet wordt geagendeerd en er dus geen actief besluit wordt genomen en dat de bestuurder of commissaris simpelweg aanblijft. Ook komt voor dat de spelregels over benoeming en ontslag niet worden nageleefd, zoals het niet openbaar werven terwijl dit vereist is, geen advies vragen aan medezeggenschapsorganen, het niet vragen om een bindende voordracht bij een vacature waarvoor dit geldt, geen evaluatie bij herbenoeming et cetera.

De consequenties

Niet in alle gevallen is de oorzaak van het niet naleven van de (interne) spelregels dat men de regels niet kent. Soms zijn er ook min of meer begrijpelijke omstandigheden, zoals een ongunstig moment om een bestuurder of commissaris te vervangen in een tijd van crisis of omdat bij een vereniging niemand bereid is de rol van bestuurder te vervullen. De consequenties van het niet naleven van statutaire regelingen inzake benoeming en ontslag zijn echter verstrekkend. In een zaak die is voorgelegd aan de rechtbank te Den Haag bepaalden de statuten van een vereniging dat een bestuurder uiterlijk twee jaar na zijn benoeming aftreedt, volgens een rooster van aftreden. Dit was echter niet gebeurd. In dit geval oordeelde de rechtbank dat de statuten de termijn van het zijn van bestuurder kennelijk maximeerde tot twee jaar en, omdat er geen regeling was voor een herbenoeming, dat de bestuurders na het verstrijken van die statutaire termijn geen bestuurder meer waren (ECLI:NL:RBDHA:2020:1528).



In dit geval was er geen sprake van een actief genomen herbenoemingsbesluit maar duurde het lidmaatschap van de bestuurders voort, ook na de termijn van twee jaar. Volgens de rechter kon dit echter niet: door het verstrijken van de termijn waren de bestuurders niet langer in functie. Ook komt de situatie voor dat een herbenoemingsbesluit wordt genomen in strijd met de statuten (zoals bij een tweede herbenoeming terwijl de statuten bepalen dat slechts één herbenoeming is toegestaan). Een dergelijk besluit, genomen in strijd met de statuten, is nietig. Consequentie: de herbenoemde bestuurder is geen bestuurder meer.

Verschil met niet naleven statuten of codes

Bij het beoordelen of een besluit tot (her)benoeming geldig is genomen, zijn de statuten bepalend. Als een benoeming van een raad van toezicht bijvoorbeeld conform de statuten voor onbepaalde tijd is genomen maar de toepasselijke governance code schrijft voor dat dit maximaal vier jaar is, dan is er geen sprake van een nietig besluit (want op grond van de statuten is dit toegestaan) maar wel van een besluit in strijd met de governance code. Wat hier de consequentie van is, moet per situatie worden bekeken. Soms kan een belanghebbende hier tegen ageren door bijvoorbeeld een klacht in te dienen bij een geschillencommissie of neemt de branchevereniging die toeziet op naleving van de governance code actie.

Wat betekent dit voor genomen besluiten?

In het geval dat aan de rechtbank in Den Haag werd voorgelegd, was de zittingstermijn van alle bestuurders overschreden en oordeelde de rechtbank dat er niemand meer bestuurder was na een bepaalde datum. Alle besluiten die het bestuur sindsdien had genomen (waaronder het besluit het lid te royeren dat de procedure aanspande én een besluit tot statutenwijziging), waren nietig. In dit geval had het langer aanblijven van het bestuur dus vergaande consequenties. Of nietigheid van de besluiten het gevolg is van een gebrekkige (her)benoeming van één of meer bestuurders of leden van de raad van commissarissen, moet per geval worden bekeken. Eén van de aspecten

die dan relevant is, is of de statuten bepalen dat er een minimum aantal bestuurders of commissarissen in functie moet zijn en of hier nog aan wordt voldaan.

Voorkomen is beter dan genezen

Slechts in een beperkt aantal gevallen geeft de wet de mogelijkheid om nietige of vernietigbare besluiten te bekrachtigen. In de meeste gevallen zal een gebrek in de samenstelling van een bestuur of intern toezicht houdend orgaan impact hebben op de geldigheid van de besluitvorming. Voorkom missers door statuten te laten aansluiten bij toepasselijke sectorale wetgeving en/of governance code. Hanteer een rooster van aftreden, zodat niet alle bestuurders of commissarissen tegelijk aftreden. Maak de bestuurssecretaris verantwoordelijk voor het tijdig agenderen van (her) benoemingen. En tot slot: de spelregels omtrent een maximale termijn zijn er niet voor niets. Wees u bewust van uw maximale houdbaarheidsdatum.

Over de auteur

Mr. Fenna van Dijk is advocaat ondernemingsrecht en hoofd Team Gezondheidszorg Kennedy van der Laan. Fenna begeleidt onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseert over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.