

Oprecht

ONTSLAG BESTUURDER: TAAKVERWAARLOZING RVC?

Vier maanden voor je pensioen ontslagen worden. Het overkwam de bestuurder van Afvalzorg N.V. na een dienstverband van bijna veertig jaar, waarvan ongeveer 23 jaar als bestuurder. De RvC van Afvalzorg, een structuurvennootschap, kwam tot dit besluit omdat de (enige) bestuurder naar hun oordeel zijn taken niet zorgvuldig had vervuld. De Ondernemingsraad van Afvalzorg was het niet eens met het ontslagbesluit en de manier waarop de OR was betrokken bij het voorgenomen ontslag van de bestuurder en de benoeming van de interim-bestuurder. De OR verzocht de rechter in een zeldzame procedure over te gaan tot het ontslag van twee van de vijf commissarissen: de voorzitter en de commissaris die tevens de voorzitter van de auditcommissie is. De Ondernemingskamer wees het verzoek af. Een interessante casus om eens tegen het licht te houden en in te zoomen op de mogelijkheden van een OR om via de rechter een individuele commissaris te ontslaan.

Onzorgvuldige taakvervulling

Conform de statuten van Afvalzorg en zoals wettelijk bepaald bij een structuurvennootschap, is het besluit tot ontslaan of benoemen van bestuurders voorbehouden aan de RvC (in plaats van aan de aandeelhouders, die wel moeten worden gehoord). De RvC voerde als reden voor het ontslag aan dat er sprake was van een gebrekkige informatievoorzie-

ning, dan wel het feit dat de bestuurder over het jaar 2022 kennelijk niet 'in control' was gebleken over de financiën. De RvC kwam tot dit oordeel vanwege onder meer het niet informeren van de raad bij het aanpassen van de vastgestelde begroting van 2022 en het meermalen bijstellen van informatie over het netto resultaat over dat boekjaar, dat uiteindelijk door een niet met de RvC besproken voorziening 3 miljoen euro lager uitviel (en uitkwam op 114.000 euro). Ook kende de bestuurder eind 2022 zonder instemming van, laat staan overleg met, de RvC een onverplichte additionele uitkering toe aan het personeel van 10 procent van het jaarloon ter compensatie van de gestegen inflatie, in aanvulling op de reeds toegekende loonsverhoging op grond van de

CAO. Hierdoor kwamen de personeelskosten 500.000 euro hoger uit dan begroot. De OR was het met de door de RvC aangevoerde redenen en de gevolgde procedure niet eens en zette de stap naar de rechter. In de procedure richtte de OR zijn pijlen op de voorzitter van de auditcommissie omdat die volgens de OR wist dat de bestuurder wél aan zijn informatieverplichting had voldaan, en op de voorzitter van de RvC omdat die verantwoordelijk is voor de gehele RvC.

Ontslag individueel lid RvC

Op grond van art. 2:161 lid 2 BW kan de Ondernemingskamer een



commissaris ontslaan wegens (1) verwaarlozing van zijn taak, (2) andere gewichtige redenen of (3) een ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris redelijkerwijs niet van de vennootschap kan worden verlangd. Het verzoek kan worden ingediend door de vennootschap, vertegenwoordigd door de RvC, alsmede door een daartoe aangewezen vertegenwoordiger van de algemene vergadering of door de OR. Volgens de wetsgeschiedenis is dit een noodmaatregel. De lat voor een dergelijk ontslag ligt dus hoog. De OR baseerde zich in deze procedure op de gronden 1 en 2. De Ondernemingskamer was het hier vanwege de in de procedure aangevoerde omstandigheden niet mee eens: het unanieme besluit van de RvC tot ontslag van de bestuurder, noch de gevolgen van dat besluit noch het medezeggenschapstraject over dat besluit, kon een grondslag vormen voor het ontslag van de voorzitter van de RvC of het lid.

Medezeggenschap bij ontslag bestuurder

In de editie van *Goed Bestuur & Toezicht* nr. 4-2022 zette ik in *Oprecht* uiteen op welke wijze de medezeggenschap betrokken is bij het voorgenomen ontslag of de benoeming van een bestuurder. Op grond van artikel 30 Wet op de Ondernemingsraden heeft de OR een recht van advies bij de benoeming en het ontslag van de bestuurder. Volgens de Ondernemingskamer had de RvC aan de OR advies gevraagd over het voorgenomen ontslag, een maand voor de algemene vergadering waarin de bestuurder zou

worden gehoord. Die termijn is met een week verlengd. Gesteld, maar onvoldoende bewezen, was dat de voorzitter van de RvC de vragen van de OR niet wilde beantwoorden. Het feit dat de adviesprocedure volgens de OR een ‘wassen neus’ was en er geen sprake kon zijn van wezenlijke invloed, is volgens de Ondernemingskamer niet gebleken. Ook op dit punt was er dus geen sprake van taakverwaarlozing of gewichtige redenen die tot het ontslag van de commissarissen konden leiden.

Op één punt was de OR wel terecht aangeslagen: de RvC had door omstandigheden – toegelicht in de procedure – verzuimd om de OR om advies te vragen over de te benoemen interim-bestuurder. In de uitspraak inzake Afvalzorg bevestigt de Ondernemingskamer dat dit adviesrecht ook geldt bij het benoemen van een interim-bestuurder, zelfs in spoedgevallen. Echter, gezien het feit dat dit eenmalig niet is gebeurd, hetgeen de RvC erkende en betreurde en vanwege de toezegging van de RvC dat de OR om advies wordt gevraagd bij het benoemen van de uiteindelijke opvolger, kon ook deze omissie niet leiden tot het ontslag van de commissarissen. «

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