

Oprecht

DE DISFUNCTIONERENDE COMMISSARIS

Regelmatig hoor ik van bestuurders dat zij – op zijn zachtst gezegd – niet erg tevreden zijn over de kwaliteit van hun RvC of een of meer leden daarvan. De kritiek is divers: van een gebrek aan inhoudelijke kwaliteit om als een waardevolle sparringpartner te fungeren tot het niet durven nemen van pijnlijke beslissingen. Andere veelgehoorde klachten betreffen het functioneren van de voorzitter: van te weinig leiderschapsvaardigheden tot de neiging om alles te dicteren en op de stoel van de bestuurder te gaan zitten. Ook frustrerend is het als een commissaris stelselmatig vergaderingen afzegt of onvoorbereid aan tafel verschijnt én de andere RvC-leden hier niet op acteren. Vervelender wordt het als de RvC of een individuele commissaris buiten de bestuurder om contact heeft met interne of externe stakeholders, laat staan dat er zonder jouw medeweten toezeggingen worden gedaan. Wat kun je doen als bestuurder als je geconfronteerd wordt met een of meer incapabele of zelfs falende commissarissen?

Machtsongelijkheid

Als eerste denk je natuurlijk aan het voeren van het lastige gesprek. De Commissie Behoorlijk Bestuur zei daarover het volgende in zijn advies uit 2013: *‘Om terugkoppeling en commentaar mogelijk te maken is een aansprekcultuur nodig. Een open cultuur, waarin mensen straffeloos kunnen melden wat mis dreigt te gaan of waar zich een ongeregeldeheid voordoet. Pas als mensen*

zonder gevaar voor hun eigen positie kunnen spreken over de twijfels die ze hebben bij een bepaalde handelswijze, krijgt de organisatie de kans te leren hoe werk in het vervolg beter geregeld kan worden’. Maar daarmee wordt de vinger ook direct op de gevoelige plek gelegd: er is sprake van machtsongelijkheid. Zeker in het geval van een stichting is een bestuurder voor zijn of haar eigen positie afhankelijk van de RvC. Immers, bij een stichting vervult de RvC (of de raad van toezicht) de werkgeversrol. Bij een naamloze of besloten vennootschap, vereniging of coöperatie is het in de regel de algemene vergadering die de bestuurder benoemt én ontslaat. Bij die rechtspersonen kan, afhankelijk van de bepalingen in de statuten, de RvC de bestuurder in de regel wel schorsen. Vanwege deze afhankelijke positie, is het voor een bestuurder vaak erg lastig om in een open gesprek het onvoldoende of zelfs disfunctioneren van een commissaris aan de kaak te stellen.

Feedback

Dit gezegd hebbend, vind ik dat een bestuurder wel aan de bel moet trekken als er sprake is van disfunctioneren van een commissaris, zeker in geval van ernstige ‘vergrijpen’. Het moet dan gaan om situaties waarbij het belang van de vennootschap in het gedrang komt. Feedback in situaties die geen direct ingrijpen vergen, kan ook gedeeld worden in de jaarevaluatie van de RvC, zoals dat in



diverse governance codes wordt voorgeschreven. De RvC haalt immers feedback op over het eigen functioneren, wat de bestuurder de gelegenheid geeft input te leveren.

Mediation

Indien het feedbackgesprek onvoldoende effect sorteert, kan een bestuurder voorstellen om gezamenlijke intervisiegesprekken te voeren onder begeleiding van een externe of zelfs mediation. De kans bestaat natuurlijk dat zo'n voorstel leidt tot een vertrouwensbreuk en het ontslag van de bestuurder.

Conflictregeling

De Governancecode Zorg bepaalt dat een zorgorganisatie beschikt over een schriftelijk vastgelegde regeling voor het handelen bij conflicten tussen de RvT en de RvB, die niet de arbeidsrelatie betreffen. In de praktijk blijkt het echter lastig om de scheidslijn te trekken. De conflictregeling voorziet, indien de RvT en de RvB niet samen tot een oplossing kunnen komen, in de instelling van een commissie van wijzen die een bindend oordeel kan uitspreken, en/of in bindende afspraken over mediation of bemiddeling. Ook buiten de zorg kan een dergelijke conflictregeling 'preventief' in een bestuursreglement worden opgenomen. Het vooraf opnemen van een conflictregeling maakt het makkelijker voor een bestuurder (althans, dat is de bedoeling) om mediation voor te stellen als de gesprekken vastlopen.

Naar de rechter

Mocht dit allemaal geen effect hebben (en de bestuurder is nog niet ontslagen), dan kan de bestuurder een stap naar de rechter overwegen. Dit doe je natuurlijk niet lichtvaardig, want er schuilt een enorm reputatierisico in het buiten hangen van de vuile was. Sinds de invoering van de wet bestuur en toezicht

rechtspersonen kan een belanghebbende, zoals de bestuurder van een stichting, de rechtbank verzoeken een commissaris te ontslaan wegens verwaarlozing van zijn/haar taak, wegens andere gewichtige redenen, wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van de aanstelling als commissaris in redelijkheid niet kan worden geduld. Een dergelijke procedure komt (nog) zelden voor en de keer dat dit werd geprobeerd (in 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4903) had de bestuurder volgens de rechter onvoldoende aanmerkelijk gemaakt dat er sprake was van omstandigheden die een ontslag rechtvaardigden.

Andere rechtspersonen, zoals de besloten vennootschap of coöperatie, kennen zo'n regeling niet. Dit is alleen anders bij grote rechtspersonen die een structuurregime kennen. In dat geval kan een vertegenwoordiger van de RvC, de algemene vergadering of de OR een verzoek tot ontslag indienen op dezelfde gronden als bij de stichting. In het geval van een rechtspersoon die geen structuurregime kent, is de enige mogelijkheid om een enquêteprocedure te starten en de Ondernemingskamer te verzoeken een onderzoek naar wanbeleid te gelasten. Als daar grond voor is, kan de Ondernemingskamer op verzoek als onmiddellijke voorziening een commissaris schorsen en een of meer tijdelijke commissarissen benoemen voor de duur van het onderzoek. Dit is echter een heel zwaar middel dat alleen zou moeten worden ingezet als het belang van de rechtspersoon dit vraagt. 

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.