

Notitie

Van : mr. drs. J. van den Brink en mr. A. Klaassen, BVD advocaten
 Aan : RvT Stichting Ronduit Onderwijs Alkmaar
 Datum : 15 februari 2022
 Onderwerp : Herbenoemingsbesluit 2 leden Raad van Toezicht

Inleiding en vraagstelling

Via de bestuurder van Stichting Ronduit Onderwijs Alkmaar is een e-mail ontvangen van een functionaris van VOS/ABB, die zich –kennelijk op afstand- heeft laten informeren en op basis daarvan -kort gezegd- stelt dat de laatste herbenoeming (voor één jaar) van de heren Sengers en Liefthing van de Raad van Toezicht van deze stichting nietig zou zijn. In artikel 10 lid 7 van de statuten is immers bepaald dat "*herbenoeming slechts eenmaal mogelijk is*". Met het herbenoemen van de leden Sengers en Liefthing zou dit maximum zijn overschreden omdat dit hun tweede herbenoeming is; dit ondanks het feit dat de maximale totale zittingstermijn van 8 jaar hiermee niet wordt overschreden.

De vraag is of deze stelling juist is, en zo ja, wat de consequenties dan zouden zijn voor specifiek de genomen besluiten over de positie van de bestuurder.

Conclusie

Juist is dat deze herbenoeming op zich in strijd was met de (letter van de) statuten. In dit geval is er echter geen sprake van een nietig besluit, omdat het op grond van artikel 2:8 Burgerlijk Wetboek mogelijk was om onder bijzondere omstandigheden van deze statutaire bepaling af te wijken. Het benoemingsbesluit is daarmee geldig.

Overigens: zou de herbenoeming wel nietig zijn geweest, dan zou dat overigens geen consequenties hebben voor de genomen besluiten door de RvT. Op basis van de statuten is de RvT onverminderd bevoegd, ook indien niet voltallig.

Adres

Raadhuisplein 55
 Postbus 248
 3770 AE Barneveld
 KvK Utrecht nr. 30258441

Contact

T (0342) 74 07 00
 F (0342) 74 07 10
 E barneveld@bvd-advocaten.nl
 W www.bvd-advocaten.nl

Vestigingen

Barneveld
 Hardinxveld-Giessendam
 Kampen
 Veenendaal
 Werkendam



Toelichting

Artikel 2:8 Burgerlijk Wetboek luidt: *“Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”* Het is dus de wet die uitdrukkelijk een mogelijkheid geeft om van de statuten af te wijken als in de gegeven omstandigheden het volgen van de statuten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In de onderhavige concrete situatie is goed beargumenteerd dat hiervan sprake is, omdat het ging om de continuïteit en behoud van expertise van de Raad van Toezicht van een instelling voor openbaar onderwijs. Had herbenoeming van de leden Sengers en Liefding niet plaatsgevonden, dan was de kwaliteit van het wettelijk vereiste toezicht in het gedrang gekomen.

Ook is in dit verband relevant dat de statutaire totale zittingstermijn van 8 jaar hiermee niet wordt overschreden. Het doel van de statutaire regel (te weten: het tegengaan van overschrijding van zittingstermijnen) is met deze tweede herbenoeming dan ook nimmer in het gedrang geweest. Er is derhalve op basis van gemotiveerde redenen op dit enkele punt slechts niet gehandeld conform “de letter”.

Daartoe bestond echter een redelijk belang. Uit de brief aan de gemeenteraad waarin de herbenoeming wordt voorgesteld, worden door de Raad van Toezicht vergelijkbare formuleringen gebruikt om de herbenoeming te onderbouwen, waardoor een afwijking van de statuten uitgebreid en voldoende gemotiveerd is. Er wordt immers gewezen op de continuïteit die in gevaar kan komen en de expertise die wegvalt indien de voorgestelde route niet wordt bewandeld. Was dit besluit niet genomen, dan zou er een situatie ontstaan die zich niet verdraagt met de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Door het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad is deze noodzaak onderkend, waarna de herbenoeming (unaniem) heeft plaatsgevonden. Uiteraard dient er door de Raad van Toezicht ter zake verantwoording te worden afgelegd in het jaarlijkse verslag. De Raad van Toezicht heeft aangegeven dit ook te hebben gedaan en de situatie was dus publiek kenbaar en transparant.

Gezien bovenstaande gang van zaken heeft de Raad van Toezicht overigens ook gehandeld in overeenstemming met de Code Goed Bestuur PO, een volgens de rechtspraak normstellend kader dat hier van toepassing is. Door de RvT is vorm gegeven aan de daarin genoemde principes van verantwoordelijkheid, professionaliteit, integriteit en openheid.¹

Consequenties

Wanneer de benoeming van deze twee RvT-leden vanaf 1 januari 2022 wel nietig zou zijn geweest, dan blijft gelden dat dit geen effect heeft voor genomen besluiten. Dit omdat bij niet-voltalligheid de Raad van Toezicht ingevolge artikel 10 lid 13 van de statuten onverkort mag opereren. In het genoemde lid staat immers dat “*een niet voltallige raad van toezicht zijn bevoegdheden houdt*”. De besluiten zijn op basis van onze informatie steeds unaniem genomen en daarmee rechtsgeldig. Een beroep op nietigheid van het herbenoemingsbesluit doet hier niets aan af.

Beroep op nietigheid door de bestuurder in ieder geval niet mogelijk

Overigens, wanneer wel van een nietige herbenoeming sprake zou zijn geweest, dan geldt ten overvloede dat de bestuurder daar in dit geval geen beroep op kan doen. Dat beroep zou afstuiten op de redelijkheid en billijkheid zo blijkt uit jurisprudentie, omdat de bestuurder deze herbenoeming ten tijde van de voordracht door de RvT, het besluit door de gemeenteraad en gedurende een eerste periode in 2022 heeft geaccepteerd zonder commentaar.² De voordracht tot herbenoeming is op 30 maart 2021 gedaan, waarna hiertoe op 27 mei door de gemeenteraad is besloten. De bestuurder had derhalve veel eerder zijn bezwaar kunnen en dienen te laten blijken. Nu het betreffende punt eerst door hem wordt aangesneden (en breed gecommuniceerd) op een moment nadat zijn eigen positie door de RvT ter discussie is gesteld, kan hij hier conform deze rechtspraak niet alsnog in redelijkheid bezwaar tegen maken.

Afsluitend: governance

Ter ondersteuning van hetgeen hierboven ten aanzien van de mogelijkheden uit wet en rechtspraak tot afwijking van statutaire bepalingen is uiteengezet, is er ook in de literatuur ruime steun te vinden voor (incidentele) afwijkingen van algemene normen over zittingstermijnen.

¹ Vereniging van scholen in het voortgezet onderwijs, ‘Code Goed Onderwijsbestuur 2019’, VO Raad: Utrecht 2019.

² ECLI:NL:RBMNE:2014:6094.

In de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC), een in het maatschappelijk verkeer toonaangevende Code waarin diverse principes en bepalingen zijn opgenomen die zich richten op het juist besturen van beursgenoteerde vennootschappen, wordt de mogelijkheid nadrukkelijk opengehouden om ervoor te kiezen commissarissen toch langer in de raad van commissarissen te laten plaatsnemen vanwege bestaande familiebanden of vanwege hun ervaring en expertise.

In de toelichting wordt door de Monitoring Commissie opgemerkt dat onder omstandigheden herbenoeming na de maximale termijn wenselijk kan zijn, *"bijvoorbeeld wanneer specifieke specialistische kennis relevant is en er nog geen goede opvolger kan worden gevonden die daarover beschikt."*³

In de literatuur wordt de vertaalslag gemaakt naar stichtingen, waar hetzelfde principe op kan worden toegepast: *"Voor stichtingen gelden mijns inziens dezelfde overwegingen. De uitdrukkelijke afwijkmogelijkheid die de NCGC 2016 biedt na de tweede zittingstermijn is een flexibele oplossing die ook gebruikt zou kunnen worden in sectorcodes voor stichtingen die een maximale zittingstermijn kennen. Dit biedt immers de mogelijkheid tot maatwerk onder de voorwaarde dat de redenen en omstandigheden die aanleiding geven voor afwijking door de raad van toezicht gemotiveerd worden toegelicht, bijvoorbeeld in het jaarlijkse verslag van de raad van toezicht."*⁴

Tot besluit

Zowel wet, rechtspraak als doctrine bieden de ruimte en mogelijkheid voor het besluit om gemotiveerd tot (beperkte) herbenoeming over te gaan op basis van de aanwezige en gewogen belangen. Voor een beroep op nietigheid ontbreekt dan ook in deze iedere grond.

³ Monitoring Commissie Corporate Governance Code, 'De Nederlandse Corporate Governance Code', MCGG: Den Haag 2016.

⁴ Mr. M.J. van Uchelen-Schipper, 'De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting', *IVOR* 2018/112.