

UNIVERSITAIR HOOFDDOCCENT MIJNTJE LÜCKERATH-ROVERS:

‘Commissarissen zouden vaker moeten opstappen’



“Een bekend experiment: zet zes apen in een kooi met middenin een trap met een banaan daarop. Als de eerste aap de trap opklimt en de banaan wil pakken, krijgen alle apen een koude douche. Na enige pogingen zorgt de groep dat geen aap meer de trap op gaat. Vervolgens worden de apen een voor een gewisseld. Steeds als een nieuwe aap de trap op wil klimmen, wordt hij onder luid protest en soms met geweld tegengehouden. Nadat de hele groep gewisseld is en er dus geen aap meer in de groep zit die de koude douche had meegemaakt, blijft de angst om de banaan te pakken in stand, zonder te weten waarom precies. De relevantie hiervan voor commissarissen? Nieuwe commissarissen stappen ook op een al rijdende trein en zullen zich aanpassen aan de bestaande groep. Onze gedragscode is mede bedoeld om dit soort gedrag, bestaande uit een set van ongeschreven regels, waarvan niemand meer de oorsprong kent, te doorbreken.” Aan het woord is Mijntje Lückerath-Rovers als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep Financiële Markten en Toezicht van de juridische faculteit aan de Erasmus Universiteit. Samen met Auke de Bos deed zij onlangs een concept voor een Gedragscode voor Commissarissen en Toezichthouders het licht zien.

Waarom deze code en tegen welke achtergrond?

Om te beginnen blijkt uit het nationaal commissarissenonderzoek dat wij nu gedurende drie jaar doen dat er heel veel ongeschreven regels zijn. De vraag is dan: hoe kom je – met zo veel ongeschreven regels – elkaars opvattingen te weten? Ten tweede constateren wij dat het zijn van commissaris steeds meer overeenkomsten heeft met de kenmerken van een professioneel beroep. Ten slotte is de maatschappelijke aandacht voor commissarissen natuurlijk enorm toegenomen. Zelfs minister Bos heeft de commissarissen als groep verweten dat zij zich nauwelijks voor en in de crisis hebben laten horen. De samenleving koestert steeds hogere verwachtingen van commissarissen en er is ook een proces van professionalisering gaande. Mede op basis van interviews met een aantal topcommissarissen zijn we eerst begonnen met een ‘beroepscode’. Dat woord blijkt echter veel mensen op het verkeerde been te zetten. Men gaat dan al gauw denken aan tuchtrecht enzovoort. Vandaar dat we nu spreken over ‘gedragscode’ en misschien zou het woord ‘leidraad’ nog beter zijn. Wij denken dat commissarissen en toezichthouders (welke term meer wordt gereserveerd voor bijvoorbeeld de zorg of de corporatewereld) wel degelijk als één groep zijn aan te spreken omdat er belangrijke grote gemeene delers zijn. Denk daarbij aan het vereiste van onafhankelijkheid. Ook vinden wij het belangrijk dat deze code sectoroverschrijdend is. Het zou toch raar zijn als commissarissen in de ene sector volstrekt anders zouden opereren dan in de andere.

Hoe moeten wij deze code zien in relatie tot al het andere dat er al is?

Al realiseren wij ons dat er al heel veel andere codes zijn, toch denken die niet alles en zien wij gaten. Voorts is onze code expliciet en exclusief gericht op het gedrag van commissarissen. En ten slotte bevat deze code een aantal thema's waarvan wij vinden dat die ten minste jaarlijks in de raden van commissarissen zouden moeten worden geagendeerd. Daarbij hebben wij het gedrag niet willen invullen. Maar het was ons er wel om te doen dat bepaalde *soft skills* besproken worden. Als je over deze thematiek je oor in ‘de markt’ te luisteren legt, dan loop je steeds weer tegen dezelfde reacties aan. De eerste is de uitspraak “Je deugt wel of je deugt niet – en geen code die daar iets aan zal veranderen”.

En de tweede is de vraag: “Zou het nu allemaal beter zijn gegaan als we deze code eerder hadden gehad?” Nee natuurlijk niet, onze code is geen wonderolie. Maar ik mag graag Jan Frijs citeren die gedrag niet ziet als een middel maar als een resultante, namelijk van een bepaalde omgeving waarin goed gedrag gedijt. Onze code wil bijdragen aan zo'n omgeving.

Een aspect waaronder commissarissen voortdurend zullen zijn is de vraag hoe zij over de juiste informatie kunnen beschikken om tot afgewogen oordeelsvorming te komen. Is dat bijvoorbeeld ook iets dat in de code aan de orde komt?

Het is natuurlijk goed wanneer commissarissen daarin zelf een actieve rol spelen, bijvoorbeeld door zich op de hoogte te stellen bij de ondernemingsraad, het tweedelijnsmanagement of voor mijn part bij de vertegenwoordigers. Maar dan wel altijd met het oog op hun toezichtstaak. Je moet voorkomen dat een commissaris een soort interne ombudsman gaat worden, die je met wisselende kint benaderen. Wij wilden niet doorschieten door tot in detail te gaan beschrijven wat van commissarissen wel of niet mag worden verwacht. Een aantal best practices vastleggen zou al heel mooi zijn. Ons uitgangspunt was om met iets te komen dat mensen in een uur kunnen doorlezen.

Uit jullie commissarissenonderzoek blijkt ook dat aansprakelijkheid het thema is dat het meeste leeft. Kan jullie code de kennelijke zorg daarover wegnemen of verhinderen? Nee, hoeveel harde en softe aspecten je ook afinkt,

de mogelijkheid van aansprakelijkheid blijft bestaan. Waar het om gaat is dat veel commissarissen onzeker zijn over hun taak. Als commissaris kun je echt niet alles voorkomen wat mis gaat, maar er zijn vaak wel mogelijkheden om eerder in te grijpen. Dat er echt wordt ingegrepen zie je toch nog steeds weinig. Ik zei al dat de maatschappij steeds hogere verwachtingen heeft van commissarissen, waarbij je je kunt afvragen of die verwachtingen altijd even realistisch zijn. Onze code wil hen houvast geven tussen enerzijds de verwachtingen van de buitenwereld en anderzijds het belang van de onderneming.

De raad van commissarissen wordt geacht met één mond te spreken. Komt dat, met name bij genoteerde



ondernemingen, niet op gespannen voet te staan met het belang van de belegger en, zo ja, is dat dan geen aanleiding om ook *dissenting opinions* te publiceren?

Ik begrijp de vraag, maar dat geloof ik toch niet. Ik zou er geen voorstander van zijn dat (heftige) discussies in de raad van commissarissen daarbuiten in de publiciteit nog eens worden overgedaan. Als een commissaris een onoverkombaar minderheidsstandpunt tegenwoordigt – en dat moet in de praktijk natuurlijk regelmatig voorkomen – dan moet hij opstappen. Dat zou, vind ik, sowieso vaker moeten gebeuren. Ik denk dan ook aan de publiciteit rond Van der Moolen afgelopen zomer, waar de voorzitter van de raad van commissarissen naar mijn mening aan DNB had moeten vertellen waarom hij opstapte. Iets anders is dat raden van commissarissen wel erg summier zijn over wat in hun midden wordt besproken. Het verslag daarvan in het jaarverslag stelt meestal niet veel voor en wordt dan ook nog vaak geschreven door een secretaris, die – wanneer hij tevens secretaris van de raad van bestuur is – twee petten op heeft. Maak die verslagen attractiever, informatiever en toegankelijker, bijvoorbeeld ook via de website van de vennootschap. Het is toch een sailant punt dat in bijna geen enkel verslag gesproken wordt over de kredietcrisis!

U kiest voor de weg van vrijwillige adaptatie?

Ja, om de eenvoudige reden dat je nu eenmaal niet alles in wetten en regels kunt neerleggen. Wij accepteren dat er veel soorten gedrag bestaan en we willen dat niet uniformeren. Het allerbelangrijkste vind ik dat een kritische houding wordt gestimuleerd, gebaseerd op onafhankelijkheid. En op dat punt zijn echt nog wel wat slagen te maken. Zo hoor je nog wel te vaak dat de werking van de raad van commissarissen eigenlijk niet echt wordt geëvalueerd of hoogstens informeel, laat staan dat een onafhankelijke derde daarvoor wordt binnengevraagd.

De code is dus in één woord gericht op het versterken van een kritische houding?

Ja, en daarbij is er sprake van een soort dichotomie: wat je wilt matchen is tegelijkertijd vertrouwen én afstand tussen raad van commissarissen en raad van bestuur.

Staat onafhankelijkheid potentieel op gespannen voet met de toenemende roep om betere remuneratie voor commissarissen?

Ja, je moet erkennen dat die spanning er is. Je moet natuurlijk fatsoenlijk remunereren, maar de vergoeding kan geen argument zijn voor het aanvaarden van een commissariaat. Ik hoorde wat dat betreft een interessante suggestie van een commissaris, die zei niet zozeer uit te zijn op betere compensatie maar op betere ondersteuning. Geef bijvoorbeeld de raad van commissarissen een eigen budget om eens iemand in te huren wanneer hij dat dienstig vindt. Maar denk ook aan eenvoudige zaken als kantoorondersteuning, die het een commissaris veel makkelijker maken om te doen waarvoor hij wordt ingehuurd. Dus: niet beter remunereren, maar beter faciliteren.

Hoe nu verder?

Wel, de code wordt al regelmatig gedownload van onze website en wij weten dat die al ter sprake wordt gebracht in raden van bestuur en raden van commissarissen. Voorts is er een consultatieronde waarbij de markt wordt uitgenodigd commentaar te geven en organiseert het Erasmus Instituut Toezicht en Compliance een symposium hierover op 25 maart in Amsterdam. Uiteindelijk zou het het mooiste zijn als ondernemingen gaan zeggen “Wij handelen volgens de Erasmus-code.” ■

Interview: Aston Goad Tekst: Erik van Zadelhof

Het gehele rapport met verantwoording over de noodzaak en de opzet van de thema's in de Gedragscode voor Commissarissen en Toezichhouders is gratis te downloaden op: www.toezichtcompliance.nl/gedragscode.

De opstellers nodigen geïnteresseerden uit om hun reactie op het rapport en de ontwerpcode te geven.

MAATSCHAPPELJKE ONDERNEMING

HIJ KOMT ER AAN: DE MO. WAT IS DAT NU WEER?

De Maatschappelijke Onderneming in vijf vragen

1. De Maatschappelijke Onderneming, wat is dat eigenlijk?

De MO is een speciale vorm van een vereniging of stichting. Zij heeft als stichting of vereniging in feite ‘een extra trui aan’. Voorwaarde aan de MO is dat zij een algemeen belang dient. Deze nieuwe rechtspersoon is bedoeld voor het onderwys, de woningbouw en de zorg.

2. Waarom was er behoefte aan de MO?

Men vond dat het tot dusver geldende rechtspersonenrecht niet meer geheel voldeed aan de eisen van de huidige tijd in sommige sectoren (zie hierboven). Een groot aantal organisaties, actief in die sectoren, heeft zich ontwikkeld tot grote ondernemingen, waardoor het jasje van veelal de stichting als knellend werd ervaren. De stichting wordt vaak ervaren als een autoritaire rechtsvorm, nu de stichting het moet doen met slechts één orgaan, het bestuur. In genoemde sectoren werden veel lapmiddelen gebruikt, zoals codes en extra wetgeving, om een modern governancemodel mogelijk te maken – en verplicht te stellen – bij gebruik van een stichting. Ook bestond er behoefte om het aantrekken van privaat kapitaal in die sectoren te accommoderen, onder andere door het mogelijk maken van winstuitkeringen. Dat is, in beginsel, niet mogelijk bij huidige stichtingen en verenigingen.

3. Hoe is de governance in de MO geregeld?

De MO kent vier organen: het bestuur, de (verplichte) raad van toezicht en daarnaast twee nieuwe figuren: de ‘belanghebbendenvertegenwoordiging’ (BHV) en de algemene vergadering van ‘winstbewijshouders’ (AVW). Wie precies als belanghebbenden worden aangemerkt is trouwens nog niet helemaal duidelijk. De toelichting op het wetsvoorstel noemt een bonte verzameling van belanghebbenden (denk bijvoorbeeld aan lokale overheden, maar ook patiënten), maar die opsomming is eerder enuntiatief dan limitatief. In feite moet dus per organisatie bepaald worden wie de belanghebbenden zijn en hoe deze georganiseerd dienen te worden.

4. Is de MO een verrijking van ons rechts-persoonsrecht?

Dat valt nog maar te bezien. Hoewel het op zichzelf lovenswaardig is om belanghebbenden als stakeholders een wettelijke verankering te geven, is de weigever daarin veel te ver doorgeschoten. Zo heeft de BHV bijvoorbeeld een adviesrecht over hoofdlijnen van het beleid en strategische beslissingen. Adviseert de BHV negatief dan mag geen uitvoering worden gegeven aan het voorgenoemen beleid. Komt men daar vervolgens in overleg met de belanghebbenden niet uit, dan kan een patstelling ontstaan, waarbij een in- of externe geschillenregeling uitkomst moet bieden. Een ander pregnant bezwaar is de relatief zwakke positie van de winstbewijshouders die wel kapitaal inbrengen maar die minder rechten hebben dan de BHV, en ook minder rechten hebben dan de aandeelhouders bij een BV of NV. De MO in deze vorm biedt geen aantrekkelijke investeringsmogelijkheid aan verschaters van extern risicodragend kapitaal.

5. Wat is nu de status?

Het wetsvoorstel ligt nu bij de Tweede Kamer. Het kabinet geeft hiermee invulling aan het coalitieakkoord, waarin de ontwikkeling van een rechtsvorm voor instellingen in de semipublieke sector is aangekondigd. Naar verluidt heeft onze minister-president zich persoonlijk hard gemaakt voor invoering van een dergelijke rechtsvorm, dus de MO komt eraan! De meerwaarde van de thans voorliggende MO is echter twijfelachtig. De geluiden uit de juridische wereld, maar ook bijvoorbeeld uit de zorgsector, zijn niet onverdeeld positief over het wetsvoorstel zoals dat nu voorligt. De vraag is dus of de MO wordt aangepast aan de zinvolle commentaren uit de praktijk of dat de thans voorliggende tandeloze tiger wordt ingevoerd. ■

Meer weten over de MO?

Bel of mail met **Sander Wiggers**, notaris bij **DJA Piper**, sander.wiggers@dlapper.com.