

3 | Hoe bestuurders manipuleren en wat ertegen te doen¹

Hans de Hoog

'Tenslotte moet hij een dusdanige reputatie opbouwen dat niemand het in zijn hoofd haalt hem te bedriegen of te misleiden.'

Machiavelli, De Heerser, hoofdstuk XIX, paragraaf 1

1. Inleiding

In vrijwel ieder incident waarin bestuurders van organisaties ontsponen is er sprake van manipulatie. Bestuurders zijn net als alle mensen opportunisten, maar hun formele positie van macht en invloed brengt mee dat zij meer en eerder dan anderen zullen manipuleren. Opportunisme en manipulatie zijn als zodanig niet slecht. U zult snel inzien dat zonder manipulatie er weinig resultaten door bestuurders kunnen worden geboekt. Maar manipulatie waardoor de cijfers bijvoorbeeld kunnen worden 'aangepast' om een bonus te kunnen verdienen zult u niet kunnen waarderen.

De hoofdvraag die ik in dit hoofdstuk behandel is wat er tegen de manipulatie van bestuurders te doen is. Ik meen dat we hier twee gevallen van manipulatie moeten onderscheiden: de ene waarin het kwaad van de manipulatie reeds is geschied en de andere waarin bestuurders in de verleiding zouden kunnen komen hun toezichthouder een loer te draaien.

Over het eerste geval, waarin sprake is van bewust achterhouden van cruciale informatie of geheel of gedeeltelijk verstrekken van valse informatie, geef ik als mijn oordeel dat dit bij het eerste incident direct dient te leiden tot ontslag van de bestuurder. Indien immers de bestuurder willens en wetens de gevolmachtigde van aandeelhouders en andere stakeholders 'het bos instuurt' en zijn toezicht houden feitelijk onmogelijk maakt, resteert er voor de toezichthouder geen andere optie dan zijn straffende hand naar de bestuurder uit te strekken en hem te vervangen. Dat is bijvoorbeeld wat de Ruiter deed met Van der Hoeven en zijn CFO Meurs in de casus Ahold. En een ander voorbeeld daarvan is het wegsturen door de toezichthouder onder leiding van Storm van Laurus-bestuurder Van der Straaten. Storm zegt hierover: *'Zelf heb ik als rvc-voorzitter bij Laurus ervaren hoe het mis kan gaan. De directie nam daar een besluit over een nieuw hoofdkantoor zonder dit te*

¹ Dit hoofdstuk is overgenomen uit/gebaseerd op: *'De Toezichthouder. Praktijkvoorbeelden van opportunistisch bestuur en falend toezicht.'* (Hoofdstuk IV), Eburon Business, november 2013.

*vertellen aan de commissarissen... Je telt eerst tot tien. Daarop hebben we met zijn allen in de raad van commissarissen gezegd dat het onaanvaardbaar was, waarop de toenmalige topman het veld heeft moeten ruimen.*²

Terzijde zij hier opgemerkt dat u en ik weinig hoeven te verwachten van de straffende hand van de rechter in het geval van een strafrechtelijke vervolging van manipulerende en zelfs frauderende bestuurders. Het Openbaar Ministerie mag, zelfs in een heldere casus als Bouwfonds, al heel tevreden zijn dat er veroordeeld wordt en er straffen worden uitgesproken, hoe laag die in verhouding tot de milde eisen van het OM ook zijn. Anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten hebben wij in Nederland kennelijk (grote) moeite om witte boorden-criminaliteit met een jarenlange onvoorwaardelijke gevangenisstraf te sanctioneren.

In het tweede geval van dreigende manipulatie (en die dreiging ligt altijd op de loer!) dient de toezichthouder zijn reputatie van heerser (naar het advies van Machiavelli: zie begincitaat) te vestigen of te herstellen, zo mogelijk door enkele voorbeelden te stellen. Hij dient er immers voor te zorgen dat de bestuurder hem altijd accepteert en respecteert als de baas en dat hij zijn straffende hand (schorsing of ontslag) altijd vreest. Daarnaast dient hij actief op zoek te gaan naar meer informatiebronnen dan die van de onder toezicht staande bestuurder alleen, zodat hij de dreigende manipulatie vroegtijdig kan herkennen en manifestatie ervan kan voorkomen.

Zo stelt Smits naar aanleiding van de Amarantis casus op juiste wijze vast: *‘De essentie van de taak van de raad van toezicht is om het functioneren van het bestuur te beoordelen. Wie daarbij vooral afgaat op wat datzelfde bestuur in de vergaderkamer vertelt en wat door hen als leesmateriaal wordt aangeboden, loopt het risico achter de feiten aan te lopen. Iedere raad van toezicht zou het als zijn plicht moeten zien om systematisch en actief de informatie verkregen van het bestuur aan te vullen met de eigen waarnemingen van anderen binnen en buiten de instelling. In die eigen waarneming zou misschien wel meer dan de helft van de tijdsbesteding moeten gaan zitten. Alleen dan heb je ‘zicht’ op de objectieve werkelijkheid en kun je “toezicht” houden.*³

Ook Remkes is die mening met mij toegedaan. Uit nieuwsgierigheid vroeg Remkes destijds de businesscase op van de investering in de SS Rotterdam door woningcorporatie Woonbron. *‘Die business case was flinterdun: de ramingen klopten niet en Woonbron had geen kaas gegeten van een branchevreemde activiteit als scheepsrenovatie. De raad van toezicht had veel kritischer moeten doorvragen’,* aldus Remkes.⁴

² ‘Veel gevraagd commissaris en bestuurder’, interview *FD/Uitzicht*, 13 april 2013, p. 5.

³ M. Smits, ‘Toezichthouders, leer van Amarantis-affaire’, *FD* 12 december 2012, p. 7.

⁴ *Governance Update*, 2012-6, p. 5.

In dit hoofdstuk zal ik u een aantal voorbeelden geven van wat er met u als toezichthouder gebeurt als de bestuurder u niet vreest en u daardoor niet accepteert en respecteert als heerser. U zult speelbal worden van zijn opportunisme en zijn verlangens om de belangen van principalen ten voordele van eigen gewin te verwaarlozen. Ik zal u verhalen over listige vormen van manipulatie van argeloze, onervaren en onmachtige toezichthouders. De hoeveelheid casuïstiek in deze is overvloedig en vormt wederom een stevige illustratie van het opportunisme van de bestuurder. In veel gevallen gaat het om bestuurders die cruciale informatie voor de toezichthouder achterhielden of hem valse informatie verschaften. Uiteraard is dat verwerpelijk en dient, zoals ik u reeds als mijn mening heb gegeven, te leiden tot ontslag. Een statutair directeur kunt u behoudens ziekte steeds opzeggen, wat u in de regel doet door hem eerst via AvA of RvC vennootschapsrechtelijk als bestuurder te ontslaan, waarbij de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dat ontslag ook meteen leidt tot het arbeidsrechtelijke ontslag.⁵

Maar de oorzaak ligt in falend toezicht in het algemeen en grote passiviteit van veel toezichthouders in het bijzonder. Werd de toezichthouder door de bestuurder niet serieus genomen, hij nam zichzelf óók niet serieus door niet voortdurend actief op zoek te gaan naar eigen informatiebronnen. Dit laatste veronderstelt dan wel dat de toezichthouder weet waaraan het zou kunnen schorten in de organisatie waarop hij wordt geacht toezicht te houden. Maar helaas is ook dat vaak niet het geval. Bedrog en misleiding van de toezichthouder door de bestuurder liggen overal en altijd op de loer en zijn het gevolg van een volstrekt verkeerde reputatie van de eerste.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 zal ik laten zien dat bedrog en misleiding van alle tijden zijn. Paragraaf 3 geeft vervolgens enkele recente voorbeelden. In paragraaf 4 zal ik u voorhouden dat u als toezichthouder zelf mede verantwoordelijk voor uw informatievoorziening bent. Vervolgens dient u zich te realiseren (paragraaf 5) dat manipulatie weliswaar binnen de grenzen van de wet kan blijven, maar ook gevaarlijk kan zijn. In paragraaf 6 stel ik een vorm van 'zelfmanipulatie' door de toezichthouder aan de orde. In de laatste paragraaf 7 verklaar ik het gangbare 'Socratische model' van toezicht verouderd en nodig toe aan vervanging door een meer 'Machiavelliaans model'.

2. Van alle tijden

Dat bedrog en misleiding door bestuurders van alle tijden zijn laten twee casus uit de 19^e eeuw zien. De eerste betreft de Afrikaansche Handelsvereniging uit 1869.

'Mees was geldschieder en commissaris van deze schepping van Pincoffs... Op 14 mei 1879 sloeg Pincoffs totaal onverwacht op de vlucht. Zijn Afrikaansche

⁵ HR 15 april 2005, NJ 2005/483 en 484.

Handelsvereniging spatte als een zeepbel uiteen en zijn hele rijk bleek gebouwd op luchtkastelen, speculatie, wisselruiterij en vervalste balansen – voor Mees een traumatische ervaring. Hij kreeg aanvallen van benauwdheid, wilde zich volledig uit het zakenleven terugtrekken en overwoog zelfmoord. Pincoffs sleepte een reeks zaken mee in zijn val, waaronder de Rotterdamsche Handelsvereniging, de Rotterdamsche Bank en R. Mees & Zoonen.’⁶

En een volgend citaat geeft een interessante en herkenbare opvatting over de rol van Mees als commissaris: *‘In een vertrouwelijk rondschrijven aan relaties van Mees nam Muller de verdediging op zich: ‘Ik durf met de meeste gerustheid volhouden, dat 90% van de commissarissen van naamloze vennootschappen, die ons land telt, hun toezicht niet beter uitoefenen, dan die der Handelsvereniging hebben gedaan.’*

Muller vroeg zich af welke commissarissen het Journaal en het Grootboek jaarlijks pointeerden: *‘Nog een dezer dagen zeide een der oudste en kundigste directeuren van eene assurantiemaatschappij tot mij: “Mijne zaak is als een zandkorrel in vergelijking met den berg der zaken van Pincoffs, maar indien ik mijne Commissarissen op dezelfde wijze wilde bedriegen, laat ze dan maar dagelijks op mijn kantoor komen en de boeken inzien: ze zouden het toch niet merken.” En zóó is het. Wanneer men niet rekenen kan op goede trouw, dan wordt een afdoende toezicht van Commissarissen een bepaalde onmogelijkheid.’⁷*

Het is waar dat er bij gebrek aan goede trouw geen afdoende toezicht mogelijk is. Daarom dient u zich er altijd van te vergewissen of u een bestuurder kunt vertrouwen. Zodra u daaraan twijfelt dient u nader onderzoek te (laten) doen. Als de uitkomst daarvan uw vermoeden bevestigt dient u de bestuurder te ontslaan. U heeft dan geen keuze. En dan nog een beruchte casus uit de tijd van onze economische aartsvaders en wel die over de ruzie tussen van den Bergh en Jurgens in 1925 en over het gemanipuleer van de laatste.

‘De gebroeders Van Oss ontketenden een schandaal door Jurgens in een reeks publikaties van financiële goocheltoeren en geflatteerde balansen te beschuldigen. De gebroeders Van Oss noemden het beleid van de firma Jurgens “een der vele symptomen van commercieele verwording in ons Vennootschapsland” en spraken het vermoeden uit, gevoed door inlichtingen van een ex-secretaris van Anton Jurgens, dat de firma er niet best voorstond... Bij de accountantsverklaringen van Jurgens werden vraagtekens gezet en ook werd namens de aandeelhouders inzicht gevraagd in de tantièmes en bonussen voor de directie.’⁸ ... ‘Zo citeerden zij uit correspondentie van Anton Jurgens met zijn commissarissen waarin zwart op wit sprake was van het “dokteren” aan balansen: “Wat zegt Gij daarvan, Mijne

6 W. Wennekes, *De Aartsvaders. Grondleggers van het Nederlandse bedrijfsleven*, 6^e druk, Atlas, Amsterdam, 1997, p. 123.

7 Idem, p. 124.

8 Idem, p. 252.

*Heeren? Wanneer zoo iets in Amerika of Engeland gebeurde, zouden de gevolgen letterlijk niet te overzien zijn. Hier in Holland echter schijnt alles mogelijk te zijn. Onze schaapachtige aandeelhouders schijnen nu eenmaal onverschillig te zijn voor elken aanslag op de goede trouw die hunnen directies gelieven te doen; als hun beurskoersje het maar uthoudt!”*⁹

Hoort u hierin net als ik ook de echo van de wijze opmerkingen van Adam Smith uit 1776?¹⁰ Het heeft ook ernstig de schijn van samenspanning van bestuurder en toezichthouder tegen de aandeelhouders als principalen.

3. Recente voorbeelden van manipulerende bestuurders

Dan neem ik u nu weer mee naar de recentere tijd, waarin ik een opeenstapeling constateer van manipulerende bestuurders en onwetende en argeloze toezichthouders. Deze laatsten gingen uit van de goede trouw, maar hadden moeten en kunnen weten dat deze nooit mag worden verondersteld aanwezig te zijn bij de opportunistische bestuurder. In mijn boek *De Toezichthouder* geef ik vele voorbeelden van de listige behartiging van eigen belangen door bestuurders. In dit hoofdstuk volsta ik met een korte beschrijving van deze voorbeelden. In veel van die gevallen is sprake van manipulatie van de toezichthouder door diens beleving van de werkelijkheid te ‘verkleinen’ (achterhouden van informatie) of te ‘verfraaien’ (valse informatie die de zaak mooier voorstelt dan deze in werkelijkheid is).

In het geval van Vestia werden de argeloze toezichthouders tot in een zeer laat stadium onwetend gehouden van dreigende megaverliezen op derivatenposities. Bij het Maasstad Ziekenhuis kreeg de toezichthouder pas iets te horen over de Klebsiella-uitbraak toen het NOS Journaal hiervan al bijna melding maakte in zijn uitzendingen. In het geval van AHOLD rekten bestuurders de werkelijkheid voor de toezichthouder en de aandeelhouders zo op dat hun onrealistische groei-doelstellingen voor omzet en winst leken te worden gehaald. In het geval IJsselmeerziekenhuizen werd de werkelijkheid van de toezichthouders door bestuurders sterk verkleind, wat de inspectie ‘onbegrijpelijk, verwerpelijk en onaanvaardbaar’ noemde. In het geval ABN AMRO hield de bestuurder de voorzitter van de toezichthouders kennelijk goed op de hoogte, maar de rest van de toezichthouders leefde in een ‘verkleinde’ wereld en zij werden geacht zich ook niet teveel met de echte werkelijkheid bezig te houden. Hier was dus sprake van manipulatie van het grootste deel der toezichthouders door bestuurder en voorzitter gezamenlijk. Dit is meen ik een vaker voorkomende vorm van manipulatie die een lid van het toezichthoudende college natuurlijk nooit mag accepteren. Bij Philadelphia Zorg

⁹ Idem, p. 254.

¹⁰ Adam Smith (An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776) Smith is bijzonder kritisch over de onderneming met over vele anonieme en veelal onwetende aandeelhouders verspreid bezit (‘joint stock company’). Hij suggereert dat bestuurders (‘directors’) hun aandeelhouders sterk tekort doen zo niet bestelen (‘negligence and profusion must always prevail’) en dat het toezicht in vorm van ‘control of a general court of proprietors’ niet veel voorstelt.

hadden de toezichthouders geen idee waar bestuurders mee bezig waren en leefden zij door eigen passiviteit in een eigen, ‘verkleinde’ wereld. En bij Amarantis hebben toezichthouders nagelaten iets te doen met interne signalen dat het niet goed ging en leefden zij door de manipulatie van de bestuurder in een ‘verfraaide financiële werkelijkheid’.

Laat ik nog een aantal gevallen bij u introduceren. Zo is daar het geval van het Groninger Museum waar de laatste jaren financieel wanbeleid is gevoerd. De Raad van Toezicht van het museum bleek niet op de hoogte van de groeiende financiële problemen die de bestuurder Van Twist had veroorzaakt. De directeur werd, nadat de verliezen in de miljoenen waren gelopen, ontslagen. Het toezicht heeft hier gefaald omdat het de financiële chaos bij het Groninger Museum te lang heeft laten ‘voortwoekeren’ omdat zij geen inzicht had in de financiële situatie van het museum.

‘Na terugkeer van de toenmalige algemeen directeur heeft de Raad van Toezicht met de directie besproken dat de algemeen directeur met name het artistiek domein voor zijn rekening zou nemen en de andere directeur meer het zakelijke domein. Dit heeft in de praktijk niet zo uitgewerkt omdat beide directeuren niet meer konden samenwerken. De Raad van Toezicht werd in 2010 meerdere malen geconfronteerd met voldongen bouwkundige aanpassingen buiten het bestek en financiële tegenvallers in de bedrijfsvoering, vooral als gevolg van besluiten binnen de directievoering (GM-collector, keuken Coop, laad- & losdeuren, tentoonstellingsbijdrage, tegenvaller Cuba, ongedekte kostenpost voor de opening van de tentoonstelling Het Onbekende Rusland). Het door incompatibiliteit d’humeur tussen algemeen en zakelijk directeur noodzakelijk geworden vertrek van de zakelijk directeur eind 2010 heeft daarbovenop een extra kostenpost veroorzaakt.’¹¹

Uiteindelijk liep het tekort op tot boven de € 4 miljoen en heeft de gemeente met geld van de belastingbetaler moeten bijspringen om een faillissement te voorkomen.

Opportunistisch en manipulatief gedrag van de gebroeders Jan en Paul Baan en gebrek aan onafhankelijkheid van de toezichthouders hebben zeer vele kleinere Nederlandse aandeelhouders gedupeerd in het geval van softwarebedrijf Baan Company.

‘De bijeenkomsten van de commissarissen met het Baanmanagement hebben een bijzonder karakter. Als Jan Baan erbij is, heeft de agenda voor de vergadering weinig zin. De oprichter overdondert iedere keer alle aanwezigen met urenlange monologen over de toekomst van de industrie. Het Baan-bedrijf is inmiddels opgedeeld in meerdere vennootschappen. ... De BV’s plaatsen onderling orders en verstrekken elkaar leningen. Dat maakt het zicht op het reilen en zeilen van de

¹¹ Eindrapport Groninger Museum, 2012, p. 26.

*onderneming moeilijker. Wel is duidelijk dat alle lijntjes uiteindelijk samenkomen bij Jan en Paul Baan.*¹²

In de Baan casus komen veel aspecten samen. Het bijzondere aan deze casus uit oogpunt van toezicht is dat grote Amerikaanse investeerders vóór de beursgang zijn ingestapt en door hun zware vertegenwoordiging in de raad van commissarissen en de voorwetenschap die dat meebracht na de beursgang op tijd hun schapjes op het droge hebben kunnen brengen. Vele kleine particuliere beleggers die door hun banken nog geadviseerd werden Baan-aandelen als Nederlandse beurspareltjes aan te schaffen toen de koers al op honderdmaal de winst stond werden het slachtoffer. Ook het geloof speelt in deze casus, net als bijvoorbeeld in die van OGEM en bestuursvoorzitter Fibbe,¹³ een rol op de achtergrond. De gebroeders Baan zijn streng gereformeerd en zeggen niet in de verleiding van het grote geld gebracht te willen worden. Maar zeggen is één, ernaar handelen is iets geheel anders. De lijfspreuk van Jan Baan speelde hem wellicht zelf parten toen hij niet meer kon stoppen om met onderlinge deals binnen het voor buitenstaanders ontoegankelijke Baan-netwerk de winst te manipuleren: *'Het is beter achteraf vergeving te vragen dan vooraf toestemming.'*¹⁴

Ook de casus KPNQwest laat zien hoe principalen kunnen worden benadeeld, doordat de bestuurder de toezichthouder kennelijk voor zijn karretje spant door manipulatie met 'opgepoetste cijfers'.

*'Naar de buitenwereld hield KPNQwest de sterk teruggelopen omzet verborgen en wekte zij de indruk alsof zij voldoende inkomsten had om haar doelstellingen zoals voorzien bij de start, te blijven realiseren. Zij deed dat door vanaf eind maart 2000 ieder kwartaaleinde steeds meer "papieren" omzet te boeken die geen werkelijke omzet was. Het bedrijf verkocht overcapaciteit op het glasvezelnetwerk aan KPN, Qwest en anderen, maar deze transacties waren schijn: de afnemers hadden die capaciteit niet nodig, betaalden daarvoor met eigen capaciteit of er werd gesteld dat iets werd gekocht terwijl het in werkelijkheid werd gehuurd. Op die manier leek het in de boeken en kwartaalcijfers goed te gaan maar in werkelijkheid kwam op die transacties geen cent binnen. De inkomsten van KPNQwest over het jaar 2000 en 2001 bedroegen dan ook maar de helft van wat werd gerapporteerd. Op die manier werd de buitenwereld geruime tijd een rad voor ogen gedraaid en zijn beleggers, financiers, toeleveranciers, klanten, personeel en (andere) schuldeisers ernstig en stelselmatig misleid, aldus de curatoren. Doel van het opkloppen van de omzet was volgens de curatoren om het langer vol te houden dan de concurrentie en zo marktaandeel te winnen.'*¹⁵

12 M. Houben en J. Wester, *Baan. Opkomst en ondergang van een softwarebedrijf*, 3^e druk, Business Contact, Amsterdam, 2001, p. 39.

13 R. Robijns en G-J Laan, *De OGEM Dossiers*, Sijthoff, 1984, p. 169-170.

14 Baan, 2001, p. 55.

15 Netkwesties.nl/298.

Over de opstelling van de RvC:

‘Bij KPNQwest was de Ondernemingskamer van mening dat de RvC het bestuur met raad en daad had moeten bijstaan in de (financieel) moeilijke tijden en ter zake eigen initiatieven had behoren te ontwikkelen in plaats van af te treden op de dag dat de surseance van KPNQwest werd aangevraagd. De RvC had (i) zelf moeten onderzoeken of KPNQwest in gebreke was onder de kredietfaciliteit, (ii) zich niet zonder slag of stoot bij de gepresenteerde situatie dat KPNQwest totaal afhankelijk van de banken was moeten neerleggen, (iii) moeten bezien of de gepresenteerde situatie overeenkwam met de werkelijkheid, en (iv) indien mogelijk samen met het bestuur de banken moeten bewegen tot een andere opstelling, desnoods door het treffen van rechtsmaatregelen. De RvC had hiervoor niet enkel moeten varen op informatie van het bestuur, maar hij had ook zelf een externe adviseur moeten inschakelen. Voorts was niet kenbaar vastgelegd waarom KPNQwest geen stappen jegens de banken had ondernomen.’¹⁶

In deze casus heeft de toezichthouder zich dus kennelijk eerst door de manipulerende bestuurder een rad voor ogen laten draaien, zonder een nadere controle van de informatie afkomstig van het bestuur en is, nadat de daardoor veroorzaakte ellende wereldkundig werd gemaakt, opgestapt.

In de casus Fortis is sprake van wanbeleid door een gebrekkige en manipulatieve informatievoorziening door uitvoerende bestuurders.¹⁷ Fortis was een Belgisch-Nederlandse bank en verzekeraar. Fortis kwam in de periode 2007-2008 zwaar in de problemen door de overname van delen van ABN AMRO en de escalatie van de financiële crisis. In oktober 2008 werd het Belgisch-Nederlandse concern gesplitst, waarbij de Nederlandse delen door de Nederlandse overheid werden genationaliseerd.

‘Fortis heeft vanaf 21 september 2007 tot 3 oktober 2008 stelselmatig de groeiende problemen, waarmee zij als gevolg van de subprime crisis geconfronteerd werd, verzwegen of daaromtrent zelfs gelogen. In het onderzoeksrapport dat in opdracht van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam is opgesteld, is vastgesteld dat Fortis bij zeven verschillende gelegenheden ernstig tekortgeschoten is in de naleving van haar communicatieverplichtingen op basis van de Wet op het financieel toezicht. Daarbij hebben Fortis en haar bestuurders koersgevoelige informatie niet of te laat openbaar gemaakt of hebben zij onware informatie verspreid.’¹⁸

¹⁶ K. Rutten, ‘Intensief toezicht maakt van RvC geen feitelijk beleidsbepaler’, *Tijdschrift voor de OndernemingsrechtPraktijk*, februari 2012, p. 34 en zie ook: OK 28 december 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5413.

¹⁷ OK 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991.

¹⁸ *VEB.net*, 19 januari 2011, over het *Verslag van het onderzoek naar Fortis N.V.* op verzoek van de Ondernemingskamer Amsterdam, door F.J.G.M. Cremer, C.E. Drion en C.J.M. Scholtes, 15 juni 2010.

Ik laat hier ook de kritiek van Van Oordt niet onbesproken over de situatie bij Fortis Bank: *‘Onderzoekers hebben vastgesteld dat Van Oordt, die als niet-uitvoerend lid deel uitmaakte van de RvB van Fortis Bank scherpe kritiek heeft uitgeoefend op de corporate governance bij Fortis Bank. In een persoonlijk onderhoud met Verwilt heeft Van Oordt op 9 september 2008 een viertal bezwaren aan de orde gesteld: (i) de omvang en samenstelling van de 23 leden van de RvB van Fortis Bank, (ii) de kleine minderheid van slechts 5 onafhankelijke leden in de RvB van Fortis Bank, (iii) het stelselmatig ontbreken van belangrijke onderwerpen op de agenda van de RvB van Fortis Bank, zoals strategie, organisatie en beloning en (iv) onvoldoende informatievoorziening, waardoor belangrijke ontwikkelingen uit de krant moesten worden vernomen.’*¹⁹

Alle bezwaren van Van Oordt zijn ernstig, maar zijn bezwaar tegen het gebrek aan informatie is voor de thematiek die ik in dit hoofdstuk aan de orde stel meer dan illustratief.

4. Toezichthouder zelf medeverantwoordelijk voor informatievoorziening

In de vele rechtszaken waarin het manipulatieve gedrag van bestuurders aan de orde is gekomen en het zwakke verweer van de falende toezichthouder daartegen (‘we wisten niet en konden ook niet weten dat we bedonderd werden’ of woorden van gelijke strekking) heeft de rechter korte metten met dat verweer gemaakt. Zoals in de casus OGEM eist de rechter een actieve opstelling van de toezichthouder als het gaat om de eigen informatievoorziening. Ook vermeld ik hier dat de Hoge Raad in de OGEM II-beschikking heeft overwogen dat de Ondernemingskamer ‘niet blijkt had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting’ met haar oordeel dat de raad van commissarissen zijn toezichthoudende taak niet of niet naar behoren heeft vervuld. Dat oordeel was onder meer erop gegrond dat de raad ondanks dat hem signalen bereikten die hem aanleiding hadden behoren te geven tot het vragen van nadere gegevens, generlei initiatief op dit punt heeft ontwikkeld en niet heeft ingegrepen (rov. 10.2 van de HR-uitspraak).²⁰ Dat wordt uitstekend geïllustreerd in het reeds genoemde boek (zie noot 13) *De OGEM Dossiers*, waarnaar ik u korthedshalve verwijs als een boek om goede nota van te nemen. OGEM was een schoolvoorbeeld van een organisatie met een inherent zwakke en volkomen afwezige toezichthouder die geen enkele rol van betekenis speelde. Helaas is OGEM daarmee niet uniek, zoals ik u inmiddels wel heb kunnen duidelijk maken.

¹⁹ Idem, Verslag Fortis, p. 50.

²⁰ HR 10 januari 1990, NJ 1990/466.

Ik kom dan nu tot de behandeling van de casus Laurus, die uit oogpunt van de eigen verantwoordelijkheid van de toezichthouder voor een voldoende en juiste informatievoorziening van groot belang is.

‘De onderzoekers vegen de vloer aan met de ombouwoperatie van achthonderd verschillende Laurus-winkels tot een nieuwe Konmarformule. Die operatie liep faliekant mis, toenmalig topman O. van der Straaten werd de laan uitgestuurd, en in het najaar van 2001 werd de geldverslindende operatie volledig stopgezet. Dat valt de commissarissen als toezichthouders aan te rekenen, zeggen de onderzoekers. Zij onderstrepen het ingrijpende en risicovolle karakter van de ombouw en laken daarbij het totaal gebrek aan noodscenario’s. Verder blijkt dat de directie de raad van commissarissen niet, onjuist of te optimistisch heeft geïnformeerd. Voorzitter K. Storm zei in een reactie dat daardoor de raad niet de signalen kreeg die tot ingrijpen zouden hebben geleid. Volgens Storm is er weinig op het rapport aan te merken. De Konmarstrategie was, “op zichzelf” een juiste keuze. In het plan waren volgens hem wel controlemomenten voor de commissarissen opgenomen en is er ook, “snel en drastisch” ingegrepen.’²¹

Ik citeer uit een recent commentaar op het door Storm geschetste beeld van Hagoort, toenmalig onderzoeker in deze casus: *‘Uit mijn eigen onderzoek van die tijd (2000/2001) komt met steun van het rapport van de Ondernemingskamer uit 2003 een heel ander beeld naar voren. De conclusie: de rvc van Laurus onder voorzitterschap van Storm heeft een te lakse, niet-kritische houding ingenomen ten opzichte van het roekeloze beleid van de directie. Het betreft de ombouw van de diverse winkelformules tot één centrale Konmar-formule waarbij de positie van 40.000 werknemers in de gevarezone kwam. Het verlies in 2001 bedroeg EUR 442 miljoen. Het gehele Konmar-debacle kost de hoofddirecteur uiteindelijk zijn kop en het bedrijf inclusief de rvc wordt wanbeleid verweten.’²²*

Ik concludeer dat in het geval van Laurus de bestuurder de toezichthouder heeft gemanipuleerd door een onvolledige en misleidende voorstelling van zaken te geven, maar dat deze toezichthouder kennelijk ook te weinig heeft gedaan om in een uiterst kritieke fase van de onderneming mogelijke manipulatie op het spoor te komen en eerder te kunnen ingrijpen.

5. Manipulatie binnen de grenzen van de wet

In het geval Econcern was er ook sprake van manipulatie door de bestuurder maar toch, zoals in meer gevallen, geen sprake van het oogmerk van zelfverrijking. Het is (zoals in het begin door mij benadrukt) niet zo dat opportunistische en manipulerende bestuurders altijd uit zijn op het behartigen van hun eigen materiële belangen.

²¹ ‘Verkoop Laurus aan Casino juist’ in *Trouw*, 24 december 2002.

²² *FD Opinie*, Brieven, 20 april 2013, p. 12.

Er zijn zeker bestuurders die alles in de strijd gooien om de belangen van de organisatie te behartigen, zelfs als het ten koste gaat van de eigen (geldelijke) belangen. Dat maakt de manipulatie echter niet minder lastig en vervelend voor u als toezichthouder. Econcern was een internationale holding, bestaande uit vijf bedrijven: Ecofys, Evelop, Ecostream, Ecoventures en OneCarbon. Deze bedrijven leverden oplossingen voor duurzame energie. Econcern had ongeveer 1200 werknemers verspreid over twintig landen. Econcern groeide in een rap tempo, maar het ‘groene pareltje’ ging in 2009 plotseling failliet. Econcern is ten onder gegaan aan de megalomanie van zijn bestuurder en gebrekkig toezicht, in combinatie met sterk en snel verslechterde marktomstandigheden. Het toezicht heeft met name gefaald omdat de toezichthouder heeft nagelaten de bevrogen, maar manipulerende bestuursvoorzitter Van Wijk te straffen door hem de laan uit te sturen. In de casus Econcern heeft de bestuurder door een voortdurend te mooie voorstelling van zaken de toezichthouder voor de gek gehouden. *‘Voormalig voorzitter van de RvC, Ludo van Halderen, bevestigt dat de commissarissen bij Econcern een boekhouding aantreffen “waarin de boekhoudregels nogal agressief waren toegepast” en ‘Wij waren totaal verrast en vonden dat het anders moest.’* Toen in januari een nieuwe financieel directeur aan de slag ging, bleek de winst over 2007 35 miljoen euro te hoog ingeschat. En in plaats van 130 miljoen winst over 2008, maakte Econcern 237 miljoen verlies. Volgens Van Halderen is er geen aangifte gedaan tegen voormalige bestuurders. *‘Er is ook geen sprake van strafbare feiten. Het is een kwestie van hoe voorzichtig of progressief je de boekhoudregels interpreteert.’*²³

Ik meen dat dit standpunt voor een toezichthouder levensgevaarlijk is. Van Halderen lijkt te vergoelijken dat de bestuurder hem als toezichthouder manipuleert door te stellen dat de manipulatie in kwestie niet strafbaar is. Ik denk dat bij een dergelijke opstelling ook een voor de toezichthouder onwenselijke mentaliteit hoort die voorkomt dat de toezichthouder wordt gevreesd en daardoor geaccepteerd en gerespecteerd. De bestuurder heeft immers van deze toezichthouder niets te vrezen, zolang hij maar al manipulerend net binnen de grenzen van de strafwet blijft.

6. Zelfmanipulatie

De (van samenstelling wisselende) toezichthouder van Stichting Zonnehuizen greep niet tijdig in door de incompetent bestuurder de laan uit te sturen en nam daardoor genoegen met een ‘verkleinde’ en waarschijnlijk ook ‘verfraaide’ werkelijkheid. Ik meen dat hier sprake is van een bijzondere vorm van ‘zelfmanipulatie’ die een toezichthouder onwaardig is.

23 ‘Econcern sjoemelde met boekhouding’ in *Parool*, 7 september 2009.

‘De toenmalige top van de eind vorig jaar failliet verklaarde zorginstelling Zonnehuizen is al drie jaar geleden gewaarschuwd voor een faillissement. Zonnehuizen, een landelijk opererende antroposofische instelling voor verstandelijk gehandicapten en psychiatrische bijstand (92 miljoen omzet, 2.300 medewerkers), kwam in problemen door te snelle groei, slechte administratie en zwak management. Dat blijkt uit onderzoek van deze krant. Zonnehuizen, dat inmiddels een doorstart heeft gemaakt met hulp van ondernemer Loek Winter en jeugdzorginstelling LSG-Rentray, werd tussen 2005 en 2008 driemaal zo groot als gevolg van snel opeenvolgende fusies met andere antroposofische zorginstellingen. Dat werd zo slecht gecoördineerd dat adviseur en huisaccountant PwC in 2009 in een vertrouwelijk rapport alarm sloeg vanwege ernstige risico’s voor de continuïteit. De accountant keurde de cijfers niettemin goed. Het rapport, waarover deze krant beschikt, schetst een vernietigend beeld van de organisatie. De administratie was een puinhoop, de zorginstelling had slecht zicht op de verleende zorg, op de facturering, de waarde van het vastgoed en de kredietportefeuille. Vaak wist men intern niet tegen welke rente leningen waren afgesloten. De leiding had beperkt zicht en beperkt grip op de organisatie. Bovendien leek er helemaal geen plan te bestaan om alle nieuw verworven instellingen tot een nieuwe organisatie te smeden. Ondanks wachtlijsten en vrijwel gegarandeerde omzet ging Zonnehuizen in een beschutte “markt” eind vorig jaar bankroet. De instelling, die hoofdzakelijk uit AWBZ-premies wordt gefinancierd, leed volgens de laatst bekende cijfers over 2010 18 miljoen euro verlies op een omzet van 87 miljoen euro. Het ministerie van Volksgezondheid onderzocht zijn eigen rol en die van andere toezichthouders en zorgverzekeraars bij de deconfiture. Uit het onderzoek dat vorige week werd afgerond, blijkt dat Zonnehuizen de Inspectie voor de Gezondheidszorg niet informeerde over de ernstige financiële situatie. Ook de voormalige raad van toezicht zou tegenover zijn opvolger een te rooskleurig beeld hebben geschetst. De leiding van Zonnehuizen verloor uiteindelijk het vertrouwen van toezichthouders, werknemers en cliëntenraad.’²⁴

In het *Onderzoeksrapport Stichting Zonnehuizen* kan voorts worden gelezen: *‘Dit onderzoek richt zich niet op de oorzaak van het faillissement. Vanuit haar wettelijke taak doet de curator momenteel onderzoek naar de oorzaak van het faillissement. De curator is nog niet klaar met haar onderzoek, maar in het laatste verslag van 30 juli 2012 geeft zij aan dat uit de gesprekken die zij voerde blijkt dat de vele fusies in 2008 en 2009 niet zorgden voor efficiency, omdat er geen adequaat integratieplan was. Ook was er beperkte managementinformatie beschikbaar, waardoor de raad van bestuur weinig zicht had op de financiën.’²⁵*

²⁴ ‘Top Zonnehuizen was gewaarschuwd voor een bankroet’ in *NRC/Overig*, 9 november 2012.

²⁵ *Onderzoeksrapport Stichting Zonnehuizen*, ministerie van VWS, oktober 2012, p. 10.

7. ‘Socratische model’: eenzijdig en verouderd

Manipulatie van (financiële) informatie vormt een universeel probleem, want is eigen aan de menselijke aard.

‘One in five of our respondents have seen financial manipulation of some kind occurring in their own companies. In rapid-growth markets, over a quarter of respondents are witnessing manipulation such as overstated sales and understated costs. Furthermore, management is clearly aware of this issue. Forty-two percent of board directors and senior managers are aware of some type of irregular financial reporting in their company. Within finance this amounted to almost a quarter of respondents.’²⁶

Neutrale of ‘niet gemanipuleerde’ informatievoorziening is een ernstige zwakte gebleken van het ‘klassieke’ model van bestuur en toezicht, wat ik hier voor het gemak het ‘socratische model’ zal noemen. In dit model dat nu al tientallen jaren gangbaar is, gaat de toezichthouder een paar keer per jaar in een ‘wijs’ gesprek met de bestuurder. Deze verschaft de toezichthouder, meestal ongeveer een week voor die bijeenkomst, een stapel informatie naar eigen keuze. Ook de agenda kent een grote invloed van de bestuurder. Alles bij elkaar zal de toezichthouder gedurende enkele uren de bestuurder ondervragen op basis van die eenzijdige informatie. De toezichthouder stelt zich dan meestal afhankelijk op en dat dan tot de volgende ‘wijze’ gedachtewisseling.

Als voorbeeld van die informatieafhankelijkheid noem ik hier de casus Gasunie, waarover een rapport is verschenen waarin de fouten, die door bestuurders en toezichthouder zijn gemaakt bij een overname, centraal staan.

‘Het is niet ongebruikelijk dat de Raad van Bestuur in eerste instantie de keuze maakt welke informatie aan de Raad van Commissarissen (inclusief de Strategische Investerings Commissie (SIC)) en de aandeelhouder ter beschikking wordt gesteld. De aangebrachte selectie kunnen wij echter niet verklaren op basis van de ontvangen documentatie. De vraag kan worden gesteld of de Raad van Commissarissen wel in de gelegenheid is geweest om haar bevoegdheden adequaat uit te oefenen aangezien de Raad voornamelijk is afgegaan op de door de Raad van Bestuur ter beschikking gestelde informatie.’²⁷ en

‘Gezien de onzekerheid over het reguleringskader en het mogelijke belangenconflict aan de zijde van de ingeschakelde zakenbank is het opvallend dat geen der organen van Gasunie (Raad van Bestuur, Raad van Commissarissen, de algemene

²⁶ Ernst & Young, *Navigating today's complex business risks*, Fraud Survey 2013, p. 4.

²⁷ *Onderzoeksrapport: Overname Gasunie Deutschland Transport Services GmbH (voorheen geheten: BEB Transport GmbH) door N.V. Nederlandse Gasunie*. American Appraisal, in opdracht van ministerie van Financiën, Rotterdam, oktober 2012, p. 41.

*vergadering van aandeelhouders) op enig moment gedurende het overnameproces om een waardering door een onafhankelijke derde partij heeft gevraagd.*²⁸

Dit eenzijdige ‘socratische model’, waarin de toezichthouder op achterstand staat en welke zijn reputatie van heerser niet ten goede komt, moeten en hoeven wij in het moderne communicatietijdperk niet meer te aanvaarden. Ik stel dat een toezichthouder die niet zelf binnen en buiten de organisatie actief zoekt naar informatie over het reilen en zeilen van de organisatie, geen knip voor de neus waard is.

Laat ik hier wederom de commissie-Scheltema over DSB citeren:

*‘Het is juist dat de gebrekkige informatievoorziening aan de RvC in belangrijke mate aan de RvB kan worden verweten. De Commissie is echter tevens van oordeel dat van een RvC verlangd kan worden dat, indien een gebrekkige informatieverschaffing vanuit de RvB de taakuitoefening van de RvC bemoeilijkt of zelfs onmogelijk maakt, hierin verandering wordt gebracht. De Commissie is van oordeel dat een RvC die geacht wordt toezicht te houden op de RvB, medeverantwoordelijk kan worden gehouden wanneer de RvB aan het functioneren van dat toezicht onvoldoende meewerkt, en de RvC daartegen niet of onvoldoende optreedt.’*²⁹

Ik hoef hier weinig aan toe te voegen lijkt mij en daarmee rond ik dit deel van mijn verhaal af.

8. Afsluiting

In mijn boek *De Toezichthouder* behandel ik niet alleen het vraagstuk van manipulatie door de bestuurder en wat de toezichthouder daartegen moet doen. Er komen vele vraagstukken van opportunistisch bestuur en falend toezicht aan de orde. Ik rond mijn bijdrage aan dit *Jaarboek* af met een klein citaat uit mijn boek:

‘Ik meen dat de slachtofferrol voor de toezichthouder niet terecht en niet gepast is. De toezichthouder is zo machtig als hij zelf wil zijn en kan altijd, op ieder door hem gewenst moment, ingrijpen. Maar als hij zelf op grote afstand blijft staan is iedere vorm van tegenmacht per definitie uitgesloten. Mijn belangrijkste advies aan u is dat het als toezichthouder beter is gevreesd dan bemind te zijn.’

²⁸ Idem, p. 28.

²⁹ *Rapport van de commissie van Onderzoek DSB Bank*, Den Haag, 23 juni 2010, p. 95.