

5 | Bonje in de board room

Paul Olden en Geert Raaijmakers

5.1. Inleiding

Nog niet zo lang geleden ging corporate governance vooral over de verhouding tussen de onderneming en haar aandeelhouders. In eerste instantie ging het over institutionele beleggers op wie een beroep werd gedaan om gebruik te maken van hun rechten als aandeelhouder om de discipline binnen de onderneming te herstellen. Vervolgens ging het over aandeelhoudersactivisme. In plaats van institutionele beleggers waren het korte termijngerichte aandeelhouders die zich gingen roeren. Het leidde tot de vraag hoe de ideale balans is tussen bevoegdheden van aandeelhouders enerzijds en bestuur en RvC anderzijds.

De laatste jaren is echter terecht steeds meer aandacht gekomen voor governance binnen de onderneming zelf. Hoe verhouden bestuur en RvC zich tot elkaar? Wat zijn goede “board dynamics”? Hoe kan de “corporate culture” worden bevorderd? Wat is de verantwoordelijkheid van de RvC binnen de onderneming? En hoe moeten bestuurders onderling en commissarissen onderling elkaar scherp houden?

In deze bijdrage richten wij ons op dat interne perspectief, en dan meer in het bijzonder op mogelijke conflicten die kunnen ontstaan tussen bestuur en RvC en tussen bestuurders onderling. We gaan hierna allereerst in op de onderlinge verhouding tussen bestuur en RvC, en op de verantwoordelijkheden van bestuurders onderling, om daarna te spreken over de genoemde conflicten en de mogelijke oplossingen daarvan.

5.2. Verhouding tussen bestuur en RvC

De rol van de RvC is in de afgelopen jaren sterk veranderd. De eisen die aan de RvC worden gesteld, in de praktijk maar ook juridisch, zijn toegenomen en die ontwikkeling is ook nog niet ten einde. Als gevolg intensiveren RvC's hun toezicht hetgeen in de praktijk soms leidt tot spanningen of zelfs conflicten met het bestuur. Het roept de vraag op wat nu eigenlijk de verantwoordelijkheid van de RvC is, wat besturen feitelijk inhoudt en waar de grens tussen beide ligt. Op deze vragen gaan wij in deze paragraaf nader in, om vervolgens nader te spreken over mogelijke conflicten tussen bestuur en de RvC.

5.2.1 *De veranderende rol van commissarissen*

De rol van commissarissen is minder duidelijk dan wel wordt verondersteld. Heeft hij – ook – een maatschappelijke functie? Of is hij, zoals soms wordt gesteld, de “vriend van het bestuur”? Is hij, anders gezegd, vertrouwensfiguur van het bestuur of juist van de AVA, de beleggers of zelfs van “het publiek”? Het zijn vragen waar al in de eerste helft van de vorige eeuw over werd gedebatteerd.¹ In het rapport van de commissie-Verdam werd zelfs de introductie van een “commissaris algemeen belang” opgeworpen.² De discussies die leidden tot invoering van het structuurregime hebben – in deze ontwikkeling – ook geleid tot de invoering (in 1971) van de huidige wettelijke gedragsnorm voor commissarissen van artikel 2:140/250. Van stond af aan had die opdracht een tweeslachtig karakter. Niet alleen moet de raad immers “toezicht (...) houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”. Ook staat hij “het bestuur met raad terzijde”. Bij de vervulling van zijn taak moeten de commissarissen zich bovendien niet laten leiden door deelbelangen, maar zich richten “naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”.

Het was een soort toverformule die nadien onderwerp bleef van discussie. Wat is “het vennootschappelijk belang”? Hoe is de overheidscommissaris met het concept van onafhankelijkheid te verenigen?³ Hoe kan een commissaris twee heren tegelijkertijd dienen, het bestuur én de aandeelhouders?⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat een RvC in besloten verhoudingen uiteraard een andere positie inneemt dan in open beursondernemingen met sterk gespreid aandelenbezit. Anders echter dan men mogelijk zou verwachten, fungeert de RvC in besloten verhoudingen in het algemeen sterker als “vertegenwoordiger” van aandeelhouders dan in beursondernemingen. De praktijk laat zien dat de RvC in besloten verhoudingen vaak geheel of ten dele bestaat uit aandeelhoudersvertegenwoordigers, terwijl in open verhoudingen de RvC juist dichter bij het bestuur staat en min of meer tegenover de aandeelhouders, althans dat is de perceptie van velen. Hierbij past de kanttekening dat het werk van commissarissen in de regel niet zichtbaar is en zij pas “face to face” verantwoording afleggen aan aandeelhouders over hun eerdere taakvervulling. De perceptie blijft echter, terecht of onterecht, sterk.⁵

Dat commissarissen in voorgaande jaren als spil van het “old boys network” veel kritiek kregen, was dan ook niet verbazingwekkend. Verschillende ideeën voor een principieel nieuwe invulling van hun rol werden gelanceerd, zoals het voorstel om de impasse te doorbreken door de adviserende rol van de RvC onder te brengen bij

1 Zie daarover bijv. W.C.L. van der Grinten, *De miskende commissaris*, in: *Verspreide geschriften*, Deventer 2004, p. 547 e.v.; M.W. den Boogert, *De vergeten band tussen raad van commissarissen en algemene vergadering; de Januskop van de commissaris*, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 252 e.v.

2 *Rapport cie-Verdam, Herziening Ondernemingsrecht 1964*, p. 9 en 31.

3 Zie daarover bijv. H.J.M.N. Honée, *De overheidscommissaris en de norminstructie van het vennootschappelijk belang*, in: *Goed en trouw (Van der Grinten-bundel)*, Zwolle 1984, p. 105 e.v.

4 Vgl. o.m. H.J.M.N. Honée, *Commissarissen, gezanten uit Niemandland?*, *De NV* 1996, p. 276 e.v.

5 Vgl. hierover ook Den Boogert (2005), p. 252 e.v.

nieuw in te stellen non-executieve leden van de raad van bestuur en de toezicht-houdende rol te laten bij een afzonderlijke RvC.⁶ “Tabaksblat” koos een andere weg. In de Code Corporate Governance wordt de rol van de RvC in het Nederlandse governancestelsel aanzienlijk verzwakt. Velen zien hierin een verschuiving naar een one-tier-model, zodat wij inmiddels bij een 1,5-tier zijn beland. Toch legt de Code ook sterk de nadruk op de onafhankelijkheid van de commissaris, een lijn die ook de Europese Commissie stimuleert.⁷ De rol van de commissarissen wordt ook door andere ontwikkelingen verzwakt, vooral door een steeds grotere verantwoordingsplicht en nadruk op medeverantwoordelijkheid. Commissarissen gaan strenger en meer zichtbaar optreden, mede onder invloed van overheidstoezichthouders en uitspraken van de Ondernemingskamer en andere rechters.

De ambivalente positie van commissarissen tussen bestuur en AVA is echter nog steeds onopgelost. Tabaksblat maakte niet een echte keuze. Door enerzijds de afstand van de RvC tot het bestuur te verkleinen en anderzijds in het belang van de aandeelhouders en de vennootschap de afstand te vergroten door een sterke nadruk op hun onafhankelijke positie, leidt die ambivalentie tot een nauwelijks uitvoerbare opdracht. Den Boogert sprak over “een verknijpte figuur”⁸ en bepleit alsnog een duidelijke keuze voor meer afstand tussen bestuur en RvC. Commissarissen moeten volgens hem ontvankelijker zijn voor de behoeften van aandeelhouders aan toezicht en verantwoording.⁹ Kiezen zij anders, dan zal zijns inziens het zwaartepunt van de zeggenschapsuitoefening door aandeelhouders zich verplaatsen naar gremia buiten de AVA en wordt de besluitvorming ongrijpbaar. We zouden de facto opschuiven naar een one-tier-model, waarbij het er niet meer toe doet welke de functionele benamingen zijn voor de hoedanigheden van de betrokken personen waarvan men zich dan nog wenst te bedienen. Wij betwijfelen echter of die ontwikkeling nog af te wenden is en of het zinvol is daarop de aandacht te richten. Ook in de laatste Consultatie voor een Herzene Code Corporate Governance van februari 2016 wordt de rol van de raad van commissarissen opnieuw verder aangescherpt. Er is een brede roep voor een zwaardere rol van de RvC, en die roep past ook in een bredere ontwikkeling.

Checks & balances kunnen vele vormen en maten hebben. Het ene model is niet noodzakelijk beter dan het andere. Krachten en tegenkrachten moeten elkaar in een werkbare en vruchtbare verhouding in evenwicht houden. Lange tijd zochten wij die in Nederland tussen bestuur en RvC, met name in open verhoudingen en beursvennootschappen. De vraag is of dat inmiddels nog afdoende werkt. De internationalisering van ondernemingen en financiële markten veroorzaakt een sterke druk om ons te conformeren aan breed in de Westerse wereld geaccepteerde best practice-standaarden. Eén daarvan is de one-tier-board. Two-tier-boards komen

6 J.G. Wissema, Fd 28 augustus 2003.

7 Aanbeveling van de Cie van 15 februari 2005 betreffende de taak van niet bij het dagelijks bestuur betrokken bestuurders of commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen en betreffende de comités van de raad van bestuur of van de raad van commissarissen (2005/162/EG), PbEG L. 52/51 van 25 februari 2005.

8 Den Boogert (2005), p. 252-254.

9 Den Boogert (2005), p. 256.

nog slechts in enkele Westerse landen voor. Wij willen de debatten over de voor- en nadelen van de twee modellen niet bagatelliseren, maar toch is die ontwikkeling op zichzelf reeds een belangrijke drijfveer voor ondernemingen om op te schuiven naar een one-tier-systeem. Nog belangrijker is dat aandeelhouders steeds meer zelf de leiding van ondernemingen gaan monitoren en hun invloed gebruiken als zij daar aanleiding toe zien. Aandeelhouders worden mondiger, hebben minder geduld, manifesteren zich nadrukkelijk wanneer zij vinden dat de onderneming – in hun ogen – onjuiste keuzes maakt en maken steeds meer daadwerkelijk gebruik van hun rechten.

Partijen zoals Glass Lewis en ISS hebben zeer duidelijke standpunten en dragen die fervent uit. In ons eigen land is een partij als de VEB een actieve en kritische waakhond over de governance. Het is een internationale ontwikkeling en vooralsnog onomkeerbare ontwikkeling. Natuurlijk moet misbruik van rechten door aandeelhouders worden voorkomen en wij sluiten niet uit dat daarom de spelregels op sommige punten aangescherpt worden. Dat het spel zich dan vaak buiten de AVA afspeelt, zien wij niet als een groot bezwaar. Het sluit aan bij de internationale ontwikkelingen: in de meeste Westerse landen is dat gebruikelijk en wordt dat vaak actief bevorderd. Marktmisbruikregels behoren te worden nageleefd, maar ook dat is elders geen belemmering. Wij zouden dan ook willen bepleiten aandeelhouders de mogelijkheid te geven hun actieve rol nader in te vullen en er vooral op te letten of de “randvoorwaarden” (de spelregels) adequaat zijn. Tegelijk kan de RvC zich dan ontwikkelen naar een one-tier-board met de daarmee gepaard gaande veranderingen, zoals een zwaardere rol voor de “chairman”.

5.2.2 De RvC in verhoogde staat van paraatheid

De vraag is hoe die zwaardere rol van de RvC in de praktijk gestalte krijgt. Dat zal gebeuren door meer vergadertijd, intensievere contacten buiten de formele vergaderingen, contacten van de RvC met anderen binnen en buiten de onderneming, een proactievere houding van de RvC onder meer bij het bepalen van zijn eigen agenda, et cetera. Een belangrijk aspect wordt echter ook gevormd door de diverse situaties waarin van een RvC verscherpt toezicht, een “verhoogde staat van paraatheid” wordt verwacht. Dat kan het geval zijn indien er sprake is van verdichting van besluitvorming omdat de onderneming een intensieve transitiefase doormaakt. Te denken valt aan een grote overname of een herstructurering. Dergelijke processen vragen veel van het management. Er moeten veelal op korte termijn gedurende het proces belangrijke beslissingen worden genomen. In het verlengde daarvan vraagt dit ook een grotere betrokkenheid. Het volstaat in dergelijke processen niet voor de RvC om een voldragen voorstel af te wachten, aangezien in de totstandkoming daarvan belangrijke keuzes reeds zijn gemaakt waarop invloed in een laat stadium nauwelijks nog mogelijk is.

Ook zal een intensivering van toezicht van de RvC verwacht mogen worden, indien de positie van bestuurders of het bestuur in het bijzonder in het geding is. Dat zal in

het bijzonder het geval zijn wanneer er sprake is van bijzondere persoonlijke belangen van bestuurders, zelfs wanneer deze nog niet een tegenstrijdig belang opleveren in de zin van wet, de Code Corporate Governance of de interne reglementen. Zo speelt bij een overname van de vennootschap vaak op enig moment de vraag wat een en ander betekent voor de positie van bestuurders persoonlijk. Dit zal op enig moment ook voor de leden van de raad van commissarissen het geval zijn, alleen dit is gezien het verschil tussen een commissariaat en een bestuurderschap minder ingrijpend. Zeker wanneer een bestuurder ook nog bijzondere incentives in het vooruitzicht worden gesteld of – zoals dat bij private equity-overnames vaak het geval is – een belang in de vennootschap zelf in een nieuwe constellatie, zal de RvC extra alert moeten zijn dat dergelijke persoonlijke belangen niet tot onzuivere afwegingen leiden. Het is om die reden in de regel raadzaam besprekingen, laat staan afspraken over hoe met dergelijke persoonlijke belangen om te gaan op te schorten tot zo laat mogelijk in het proces. Het is aan commissarissen hier met bestuurders duidelijke werkafspraken over te maken.

Tegelijkertijd zal echter intensievere betrokkenheid van de RvC vaak raadzaam zijn. Tevens zal de RvC erop alert dienen te zijn dat op enig moment er een zodanige belangenverstrengeling of zelfs tegenstrijdig belang kan ontstaan, dat het bestuurders al dan niet op onderdelen geacht moet worden niet langer in staat te zijn zelf te participeren in de besluitvorming. Dat zal in algemene zin overigens naar ons oordeel niet snel aan de orde zijn. Een zeker persoonlijk belang van bestuurders is in dergelijke situaties onvermijdelijk. Als dit tot diskwalificatie van bestuurders zou moeten leiden, zou dat vergaande en onwenselijke gevolgen hebben. Bestuurders moeten in staat worden geacht om ondanks dergelijke persoonlijke belangen hun taak zorgvuldig uit te voeren. Een intensievere rol van de RvC, transparantie en duidelijke werkafspraken over hoe met persoonlijke belangen om te gaan, dienen voldoende waarborgen te bieden voor prudente en zakelijke besluitvorming. Andere situaties waarin een intensievere betrokkenheid van de RvC bij besluitvorming binnen het bestuur vereist kan zijn, zijn onder meer crisissituaties, herstructureringsprocessen, bijzonder risicovol beleid of strategie van de onderneming, onenigheid binnen het bestuur, investeringen door derden in de onderneming en bijzondere signalen vanuit de onderneming of van buitenaf over materiële risico's binnen de onderneming. Ook uit jurisprudentie blijkt dat in dergelijke situaties van de RvC verwacht wordt dat zij een proactieve houding aanneemt, alert is, doortastend in zijn optreden en niet afwachtend is.¹⁰

Wat moet de RvC dan doen om zijn toezicht te intensiveren in dergelijke situaties? Vooropgesteld moet worden dat er niet een voorgeschreven methode is voor het toepassen van een intensievere vorm van toezicht. Het zal afhangen van meerdere omstandigheden zoals de aanleiding en het onderwerp van intensiever toezicht, de

¹⁰ Zie bijv. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 januari 2006, JOR 2006, 146 (Laurus); Rb. Utrecht 12 december 2007, JOR 2008, 10 (Ceteco); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 februari 2013, JOR 2013, 102 (Van der Moolen).

structuur van de vennootschap en de grote van de RvC welke vorm van intensiever toezicht het meest passend is. Te denken valt aan het opvoeren van het aantal RvC-vergaderingen, het opvoeren van de hoeveelheid en het niveau van informatie die aan de RvC wordt verstrekt, opdrachten van de RvC om specifieke analyses te laten verrichten, het inhuren van eigen adviseurs door de RvC en het laten opmaken van scenarioanalyses waaronder een worst case scenario. Een regelmatig gebruikte en vaak passende methode is ook om uit de RvC een ad-hoccommissie of -comité te vormen die op veel regelmatigere basis dan de voltallige RvC-vergaderingen of calls heeft met het bestuur om het desbetreffende proces nauwgezet te kunnen monitoren en om daarin een linking pin te vormen met de voltallige RvC en besluitvorming door de RvC voor te bereiden.¹¹ De Code Corporate Governance noemt verder nog de gedelegeerde commissaris als een methode voor intensiever toezicht.¹² Dit is echter een figuur die gezien de wat onduidelijke rol tussen bestuur en toezicht in de praktijk niet vaak voorkomt.

5.2.3 *Wat is besturen en waar ligt de grens met toezicht?*

Bestuur en toezicht; de grens tussen de twee is niet altijd eenvoudig te trekken. Hierover kan het volgende worden opgemerkt, mede ook in het licht van de gronden voor aansprakelijkheid zoals die in de vorige paragraaf uiteen zijn gezet. Het risico voor commissarissen om op “de stoel van het bestuur” te gaan zitten is in de praktijk veel minder groot dan het risico dat hen achteraf wordt verweten te veel “op de achterbank” te zijn blijven zitten. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden zullen zij in de praktijk worden aangemerkt als feitelijk bestuurders en als zodanig aansprakelijk worden geacht. Overigens past hier nog als kanttekening bij dat de normen voor aansprakelijkheid van bestuurders en aansprakelijkheid van commissarissen door de toegenomen eisen die aan commissarissen worden gesteld, meer naar elkaar toegroeien. Dat gezegd hebbende, zal het in de praktijk aan commissarissen zijn om onduidelijkheid en onzekerheid over rol- en taakverdeling te voorkomen, en zich ook bij intensievere vormen van toezicht te blijven houden aan hun wettelijke en statutaire taken en bevoegdheden en bestuursbesluiten nadrukkelijk aan het bestuur te laten en die de ruimte te geven daar zijn eigen verantwoordelijkheid in te nemen, de adviezen van de RvC in acht nemende, alsmede de bevoegdheden van de RvC tot al dan niet verlenen van goedkeuring voor relevante bestuursbesluiten.

5.2.4 *Conflicten tussen bestuur en RvC*

Tegen de achtergrond van het voorgaande kunnen zich diverse conflicten voordoen tussen bestuur en RvC. Neem bijvoorbeeld een overnamesituatie. Zoals hierboven beschreven, wordt hierbij in toenemende mate een actieve rol van de RvC verwacht, bijvoorbeeld in de vorm van een speciale commissie die in de praktijk

¹¹ Zie in die zin specifiek voor overnames ook de Consultatie Herziane Code Corporate Governance (februari 2016).

¹² Best practice bepaling III.6.6.

gaat functioneren als een soort stuurgroep. Dat kan spanningen opleveren over de vraag in hoeverre de RvC bij een heel intensieve invulling van die rol in wezen mee gaat besturen en het bestuur onvoldoende ruimte biedt hierin zijn eigen verantwoordelijkheid te nemen. Er kunnen zich zelfs situaties voordoen waarbij de RvC van oordeel is dat het bestuur dusdanig geconfronteerd is dat de RvC feitelijk de regie dient te voeren over het proces, en soms zelfs als zodanig namens de vennootschap naar buiten treedt. Daarnaast zijn er vele andere situaties waarin conflicten kunnen optreden, die uiteindelijk in een ernstige vertrouwensbreuk kunnen resulteren. Wij komen hierna terug op de wijzen waarop dergelijke conflicten in de praktijk kunnen worden geadresseerd.

5.2.5 Wat als de commissaris wil aftreden om uit het conflict te stappen?

Op deze plaats staan wij nog kort stil bij de vraag in hoeverre commissarissen enig verwijt kan worden gemaakt wanneer zij in een dergelijke situatie zouden besluiten tot – al dan niet collectief – aftreden.

De vraag is wat uit de beperkte jurisprudentie kan worden afgeleid voor een eventueel aftreden van de RvC. Daarover kan het volgende worden opgemerkt:

- Wanbeleid (zie de genoemde KPNQwest-zaak) is niet hetzelfde als aansprakelijkheid. Voor dat laatste gelden strengere normen, al lijkt de rechtspraak wel op een zekere convergentie te wijzen en is een wanbeleidbeschikking een stevige “stepping stone” naar aansprakelijkheid.
- Een collectief en zeker een individueel aftreden zal als regel niet tot aansprakelijkheid leiden.
- Dat zal temeer niet het geval zijn als er voor aftreden goede gronden bestaan, bijvoorbeeld omdat van commissarissen een besluit wordt verlangd waar zij in gemoede geen verantwoordelijkheid voor kunnen nemen omdat het onvoldoende recht doet aan de belangen van stakeholders.
- Verder zal het risico op aansprakelijkheid (en overigens ook wanbeleid) ook kleiner zijn naarmate de RvC haar mogelijkheden heeft uitgeput om invloed uit te oefenen op het proces. Dat zal temeer het geval zijn wanneer bij een bank, bijvoorbeeld, DNB maatregelen heeft genomen waardoor de RvC geen eigen keuze meer heeft. Daarbij valt te denken aan het aanstellen van een curator (al dan niet in het kader van de Interventiewet).
- Ook zal dit risico kleiner zijn wanneer de RvC mogelijkheden heeft benut om eventuele verlamming van besluitvorming door haar aftreden (en andere schade) te voorkomen, bijvoorbeeld door te voorzien in tijdelijke opvolging, voor zover dat naar de omstandigheden realistisch is.
- Het risico op aansprakelijkheid wordt naar ons oordeel niet vergroot doordat commissarissen langer zouden wachten met aftreden.
- Voor de goede orde moet overigens worden bedacht dat aftreden geen oplossing zal bieden voor aansprakelijkheid voor handelen of nalaten in de periode voorafgaand aan het aftreden.

- Tot slot merken wij op dat aandeelhouders naar Nederlands recht slechts beperkte mogelijkheden hebben om (bestuurders en) commissarissen rechtstreeks aansprakelijk te stellen voor onbehoorlijke taakvervulling. De hoofdregel is dat slechts de vennootschap dit kan doen.

Als het om een RvC van een bank of verzekeraar gaat, speelt verder ook mee dat de commissarissen op geschiktheid worden getoetst. Wij zien twee mogelijke consequenties op dat punt als gevolg van het opstappen van één of meerdere RvC-leden. Ten eerste wordt bij de geschiktheid van de RvC gekeken naar de samenstelling van de raad als geheel. Volgens de Beleidsregel geschiktheid 2012¹³ kan dit betekenen dat als er een lid (met speciale geschiktheidskenmerken) terugtreedt, er een lacune in de geschiktheid ontstaat. Als gevolg daarvan kan het gebeuren dat één of meerdere zittende RvC-leden onvoldoende geschikt worden bevonden door DNB gegeven de nieuwe samenstelling en taakverdeling van het collectief. Ten tweede wordt bij een geschiktheidstoetsing gekeken naar professioneel gedrag. Het kan zijn dat DNB van mening is dat opstappen van een RvC-lid – op een moment waarvan DNB vindt dat dit gelet op de dan ontstane situatie onaanvaardbaar is – kwalificeert als onprofessioneel gedrag. Als gevolg daarvan kan DNB bij een eventuele geschiktheidstoetsing voor een volgende functie, dit RvC-lid wellicht niet geschikt achten. Er zijn ons geen gevallen bekend waarin DNB een RvC-lid als gevolg van diens opstappen bij een entiteit niet professioneel heeft geacht.

5.3. Verantwoordelijkheden van bestuurders onderling en rol RvC bij conflicten

5.3.1 Verantwoordelijkheid van individuele bestuurders

Binnen een bestuur heeft normaal gesproken iedere bestuurder zijn eigen aandachtsgebied. Er wordt een taakverdeling gemaakt. De wet faciliteert deze taakverdeling in art. 2:9 BW. Deze taakverdeling doet in beginsel geen afbreuk aan de collectieve verantwoordelijkheid, maar kan een rol spelen bij de mogelijkheid voor bestuurders om zich te onttrekken aan aansprakelijkheid. Er zijn echter grenzen aan welke taken onderling kunnen worden verdeeld. Hetzelfde art. 2:9 lid 2 BW bepaalt dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor “de algemene gang van zaken”. Het is niet geheel duidelijk wat hieronder wordt verstaan. Aangenomen moet echter worden dat geen bestuurder zich zal kunnen onttrekken aan verantwoordelijkheid voor de strategie van de onderneming, het financiële beleid en overige onderwerpen die een substantiële betekenis zijn voor de onderneming als zodanig. Hieruit vloeit voort dat er ook beperkingen zijn aan welke taken van een bestuurder kunnen worden toebedeeld aan individuele bestuursleden. Kerntaken van het bestuur waaronder het algemene financiële beleid, de strategie, grote transacties, het algemene beleid en de administratie zullen onderdeel blijven

¹³ P. 19.

uitmaken van de collegiale verantwoordelijkheid, ondanks individuele taakverdeling. Het enkele feit dat een bestuurder op het desbetreffende onderwerp onvoldoende eigen kennis en ervaring heeft, is onvoldoende om aan aansprakelijkheid te ontkomen. De bestuurder zal in dat geval maatregelen moeten nemen om te zorgen dat dit gebrek kan worden gecompenseerd, bijvoorbeeld door aan te dringen op voorlichting door een derde deskundige zoals de accountant van de onderneming.

Ook wanneer taken onderling kunnen worden verdeeld, is een bestuurder echter niet gevrijwaard van aansprakelijkheid voor onderwerpen die tot de taak van een collega-bestuurder behoren. Hij zal zich niet achter de taak van zijn collega-bestuurder mogen “verschuilen”.¹⁴ Van een bestuurder wordt een proactieve houding verwacht jegens zijn collega-bestuurders. Dat veronderstelt een kritische grondhouding en het zich met een zekere regelmaat of zo veel vaker als nodig laten informeren over hoe de desbetreffende collega-bestuurder zich van diens taken op zijn eigen terrein kwijt. Dit is overigens niets nieuws. Löwensteyn drukte het in zijn nog altijd lezenswaardige proefschrift uit 1959 als volgt uit:

*“De gezamenlijke bestuurders zijn gehouden, voor zover zulks nodig is, gezag uit te oefenen over de afzonderlijke bestuurders. De bestuurders zijn verplicht het daartoe vereiste toezicht op elkanders gestie te houden en het voor een gezagsuitoefening noodzakelijke overleg te plegen.”*¹⁵

Een bestuurder zal verder steeds kunnen verlangen dat een kwestie die binnen de taakomschrijving van een collega-bestuurder valt, in het bestuur als geheel wordt behandeld. Het zal overigens zowel aan een bestuurder zelf zijn die een taak heeft toebedeeld gekregen, om in voorkomende gevallen te “escaleren” naar de raad van bestuur in zijn geheel, als aan zijn collega’s om een dergelijke escalatie te verlangen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer sprake is van afwijking van beleid of bedrijfsplan, wanneer om zeer materiële kwesties gaat, wanneer er substantiële risico’s mee zijn gemoeid, wanneer de desbetreffende kwestie ook deels de taak van andere bestuurders raakt of bijvoorbeeld wanneer vertrouwensrelaties van bestuurders in het geding zijn.

Ook zal het enkele tegenstemmen tegen een besluit en daarvan aantekeningen te laten maken in de notulen in de regel onvoldoende zijn voor een succesvol beroep op de disculpatiemogelijkheid. Indien een bestuurder in gemoede meent dat een voorgenomen besluit het belang van de onderneming ernstig zou kunnen schaden en dat het nemen van het desbetreffende besluit een daad van onbehoorlijk bestuur zou zijn, zal een enkel tegenstemmen onvoldoende zijn. Hij zal in dat geval zijn medebestuurders moeten proberen te overtuigen, moeten aansturen op het voldoen aan eisen van zorgvuldige besluitvorming en zonodig derde deskundigen betrekken voor nadere analyse, moeten aansturen op gefaseerde besluitvorming in het kader

¹⁴ Zie Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, JOR 2013, 237 (Landis); Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067.

¹⁵ Löwensteyn (1959), p. 45.

van zorgvuldigheid, of verder escaleren of uiteindelijk zijn eigen portefeuille moeten aanbieden.¹⁶

Het kan natuurlijk zo zijn dat het zo ver nog niet komt, maar er wel een conflict ontstaat binnen het bestuur dat zich niet onmiddellijk oplost binnen het bestuur zelf. De vraag is dan wat daarin de rol is van de RvC.

5.3.2 *Rol van de RvC bij conflicten binnen het bestuur*¹⁷

Een crisis binnen het bestuur, conflicten tussen bestuurders onderling, kunnen grote schade opleveren voor de onderneming. Natuurlijk is het zo dat in het model van collegiale besluitvorming ieder lid van het bestuur zijn of haar eigen verantwoordelijkheid heeft, de ruimte moet hebben om een eigen standpunt in te nemen, en dat dit dus zoals gezegd kan betekenen dat bestuurders soms tegenover elkaar staan. Stevige discussies hoeven daarbij niet uit de weg gegaan te worden. Dit kan juist leiden tot een verrijking van de besluitvorming omdat de verschillende gezichtspunten op een goede manier worden meegewogen in het uiteindelijk te nemen besluit. Er wordt in dit verband soms wel een onderscheid gemaakt tussen “dominante conflictculturen” en “collaboratieve conflictculturen”. Dat is wat ons betreft echter te zwart/wit. Dat “collaboratieve culturen veruit te prefereren zijn boven de andere culturen” is ons inziens ook wat stellig. Welke cultuur het beste werkt hangt mede af van de omgeving en de fase waarin de onderneming zich bevindt. Wel menen wij dat geen enkele cultuur goed functioneert als er geen open communicatie meer is, geen redelijke uitwisseling van argumenten meer mogelijk is, en niet meer met respect voor elkaars standpunten wordt gediscussieerd. De situatie wordt nog ernstiger als er ook op persoonlijk vlak geen goede verstandhouding meer is, ergernissen zich over en weer opstapelen en bestuurders niet meer “on speaking terms” zijn.

Het bewaken van kwaliteit van bestuur is een primaire taak van de RvC. Het monitoren van de cultuur binnen het bestuur, is dat daarmee naar onze mening ook. Als er een situatie ontstaat zoals hiervoor beschreven, dan dient de RvC in te grijpen. Dat ingrijpen kan op meerdere manieren. Het kan zo zijn dat er een onhoudbare situatie is ontstaan die alleen nog maar doorbroken kan worden door het terugtreden van een van de bestuurders. De RvC zal in dat geval zijn verantwoordelijkheid moeten nemen om dat te realiseren. Eerst zal echter onderzocht moeten worden of en hoe de situatie kan worden genormaliseerd. Denkbaar is dat de president-commissaris hierbij een centrale, en in zeker opzicht een bemiddelende rol vervult. Beide bestuurders zullen in dit proces hun vertrouwen in de president-commissaris moeten stellen. Zij zullen zich moeten realiseren wat de uiteindelijke consequenties kunnen zijn indien de situatie niet genormaliseerd kan worden binnen afzienbare tijd. Zij moeten zich ook realiseren dat de bemiddelende

¹⁶ Vgl. HR 8 januari 1999, NJ 1999, 318 (Pelco).

¹⁷ Zie hierover verder ons artikel over: De president-commissaris als mediator, Ondernemingsrecht 2016, p. 21 e.v.

rol die de president-commissaris op zich neemt om te proberen partijen tot een oplossing te brengen, geen afbreuk mag doen aan de verantwoordelijkheid die de RvC heeft om desnoods met andere maatregelen een oplossing te forceren.

Mocht de RvC die rol om welke reden dan ook niet vervullen, daarin niet succesvol zijn, mocht er in het geheel geen RvC zijn en mochten ook andere betrokken stakeholders – denk bijvoorbeeld aan aandeelhouders of externe toezichthouders – geen rol kunnen vervullen om het conflict op te lossen, dan doet zich de vraag voor of er nog andere methoden zijn van conflictbeslechting. Daarop gaan wij hierna in.

5.4. Conflictbeslechting

De mogelijke casusposities zijn talrijk. Wij bespreken hier drie casusposities die illustreren hoe verschillend de dynamiek in dergelijke geschillen kan zijn. Die dynamiek vergt een eigen benadering. De conclusie die wij – mede op basis van onze ervaringen als advocaten in dergelijke geschillen – uit deze casusposities trekken, is dat het veel waard is om beslechting te vermijden. Het duurt (te) lang, is kostbaar en leidt het management verschrikkelijk af.

5.4.1 Exit van een bestuurder-aandeelhouder

Een veel voorkomend geschil binnen besloten verhoudingen betreft een aandeelhouder/bestuurder die tegenover “de rest” is komen te staan. De oorzaak kan zijn gelegen in verschillen van mening over het te voeren beleid, de invulling van de functies of verstoorde persoonlijke verhoudingen. Is er een RvC, dan zal zijn (bemiddelende) rol voor zover die is gericht op herstel van de verhoudingen op enig moment kunnen zijn uitgespeeld. Commissarissen zijn in dergelijke verhoudingen vaak geen werkelijke buitenstaanders, maar gelieerd aan aandeelhouders. Een geschil verdeelt daardoor al gauw niet alleen het bestuur en de aandeelhouders, maar ook de commissarissen. Dergelijke geschillen kunnen zodanig uit de hand lopen, dat “het niet meer gaat”. De bestuurder-aandeelhouder kan worden geschorst of mogelijk worden ontslagen binnen de geldende governanceregels, maar een exit als aandeelhouder kan niet op die manier worden bereikt.

Zo'n exit is wel de meest voor de hand liggende oplossing. Dan komt de discussie al gauw op de prijs die de minderheidsaandeelhouder voor zijn of haar pakket wil ontvangen. De minderheidsaandeelhouder zal in de ogen van de meerderheid doorgaans overvragen, de meerderheidsaandeelhouder zal volgens de minderheidsaandeelhouder misbruik maken van de situatie door niet de werkelijke waarde te betalen. Misschien ook pondt de minderheidsaandeelhouder zijn *nuisance value* ook bewust uit (“Zie mij maar weg te krijgen”). De RvC zal doorgaans afstand willen bewaren tot de prijsonderhandelingen; daar gaat hij niet over. Het is een zaak tussen de verkopende en de kopende aandeelhouders. De RvC zal intussen vooral moeten bewaken dat het geschil de bedrijfsvoering niet lam legt. Tijdens de

prijsonderhandelingen komt vaak het moment dat de een van de partijen opbrengt, dat hij voor de geboden prijs liever koopt dan verkoopt of andersom. Zo'n perspectiefwisseling is het onderzoeken waard, maar meestal is zij niet reëel: de minderheidsaandeelhouder zal doorgaans een uitkoop van de meerderheid niet kunnen financieren. De mogelijkheid van gespreide betaling of een *earn-out* passeert de revue, maar die leidt tot het voortduren van de band die men nu juist wil verbreken. De verkoper verlangt zekerheden voor de schuldig gebleven koop-prijs, de verkoper wil of kan die niet geven. Een *earn-out* vergt bovendien het vertrouwen dat de kopende partij de cijfers niet manipuleert en inzicht geeft in de berekening van de *earn-out*. Als het geschil het te voeren beleid betreft, zal de meerderheid ook wel terughoudend zijn om de onderneming in handen van de minderheid achter te laten. Als de onderhandelingen stranden op de prijs, zal de mogelijkheid van een onafhankelijke waardering door een deskundige zich aandienen. Zo'n waardering is een recept voor nog meer ruzie, omdat vaak geen overeenstemming bestaat over de deskundige en de voorwaarden waaronder hij of zij de opdracht wil aanvaarden, de peildatum en de uitgangspunten.

Hoe nu verder? Mediation ligt minder voor de hand, omdat partijen van mening verschillen over de waarde van de aandelen. Zonder objectivering van de waarde door een deskundige zal dat meningsverschil moeilijk overbrugd kunnen worden. Een mediator is geen deskundige en hij of zij vervult een wezenlijk andere rol. Is er een aandeelhoudersovereenkomst, dan is daarin mogelijk een handvat te vinden voor de prijsbepaling. Dat zou aan een deel van het debat een einde kunnen maken. Misschien is een prijsbepalingsmethode voorgeschreven, misschien een formule. Misschien staat in die aandeelhoudersovereenkomst of in de statuten zelfs een regeling voor de oplossing van geschillen met verwijzing naar de wettelijke geschillenregeling die daarvoor bestaat. Zo'n regeling zal doorgaans voorzien in arbitrage met als groot voordeel dat het geschil niet op straat ligt. Is zo'n regeling niet overeengekomen, en zijn partijen het wel eens wie koopt en wie verkoopt, dan kunnen zij zich bij gezamenlijk verzoekschrift wenden tot de rechtbank die dan met behulp van een deskundige een prijs vaststelt. Een mooie oplossing die voor zover wij weten nog niet tot gepubliceerde rechtspraak heeft geleid met uitzondering van een "witte raaf": de Rechtbank Rotterdam wees bij een pragmatisch, maar wonderlijk tussenvonniss¹⁸ een vordering tot uittreding af, omdat de eiser niet "bekneld" was. De rechtbank kondigde echter aan de prijs voor de aandelen te zullen vaststellen alsof een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek was ingediend, omdat de gedaagde aandeelhouder in het verleden blijkt had gegeven de aandelen wel te willen kopen, zij het niet tegen een eerder door deskundigen vastgestelde prijs.

5.4.2 *Bonje binnen concernverhoudingen*

Van geheel andere aard is het geschil, waarbij de belangen van een concerndochter niet evenwijdig zijn aan de belangen van het concern. Dat zal niet vaak tot

¹⁸ Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1926.

geschillen leiden als het gaat om een 100% dochter, maar dat is anders als de dochtervennootschap een minderheidsaandeelhouder kent. Wij hebben situaties meegemaakt, waarin het concern een deelneming neemt in een “innovatieve onderneming” met grootse plannen onder bestuur van de minderheidsaandeelhouder. De minderheidsaandeelhouder geeft een deel van zijn autonomie op in ruil voor het vooruitzicht dat het concern de groei (en de aanloopverliezen) zal financieren. De verliezen zijn groter dan verwacht, de moedervennootschap wil niet meer financieren en er ontstaat een geschil. In dergelijke constellaties is de RvC doorgaans samengesteld uit onafhankelijken en vertegenwoordigers van de moedermaatschappij. Die laatsten zullen zich doorlopend rekenschap moeten geven van het feit dat ook zij zich moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Het concernbelang mag daarbij meegewogen worden, maar het is niet zonder meer doorslaggevend. Ontstaan geschillen, dan is de dynamiek anders dan binnen de meer besloten verhoudingen. Dat komt door het feit dat de concernmoeder op grotere afstand staat en zich met het geschil vooral inlaat via “haar” commissarissen. Het geschil ontwikkelt zich in die gevallen meer tussen het bestuur en (een deel van) de RvC. Mogelijk is de RvC verdeeld en zijn er medestanders van de concernleiding en medestanders van het bestuur. Omdat de dochter in zekere mate afhankelijk zal zijn van het concern (financiering) wordt de bestuurder/minderheidsaandeelhouder in dergelijke situaties gedwongen om de aanval te kiezen. Het volstaat niet – zoals de minderheidsaandeelhouder in het vorige voorbeeld – om vooral *nuisance* te creëren; de minderheid ziet zich “drooggelegd” door de moeder die dat lang zal kunnen volhouden zonder daarbij onherstelbare schade op te lopen, terwijl de waarde uit de dochter verdampt. Deze zaken eindigen meestal bij de Ondernemingskamer.

De minderheidsaandeelhouder die tevens bestuurder is, kan kiezen: heeft hij als aandeelhouder onvoldoende aandelen om een enquête te beginnen, dan hij de rechtspersoon in zijn hoedanigheid van bestuurder onderwerpen aan een zogenaamde “zelfenquête”. De commissarissen hebben dat recht ook. De Ondernemingskamer zal niet snel ingrijpen in het materiële conflict: het belang van het concern om de dochter in het gareel te houden en niet voorbij een zekere grens gehouden te worden tot verliesfinanciering is reëel. Dat de concernleiding in zo’n geval de haar beschikbare machtsmiddelen gebruikt om orde op zaken te stellen, zal haar wel vergeven worden.¹⁹ Dat is anders, indien procedures worden veronachtzaamd of als het ingrijpen disproportioneel is en de belangen van de minderheid onnodig schade toebrengt. In onze ervaring kan het hoog oplopen, maar zal de concernleiding een sterke prikkel ervaren om uiteindelijk in te grijpen en – desnoods met wat meer water bij de wijn – een schikking te treffen. Daar zou mediation bij kunnen helpen.

¹⁹ Vergelijk bijv.: Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 december 2008, ARO 2009, 7.

5.4.3 Openbaar bod

Een derde casuspositie is specifiek voor de beursgenoteerde rechtspersoon. Indien een partij het voornemen heeft uitgesproken om een openbaar bod uit te brengen, ontstaat grote druk vanuit de aandeelhouders op het bestuur en de RvC. Het komt meer voor dan vroeger dat de beoogde bieder bereid is om tegen de wens van het bestuur en de RvC een bod uit te brengen of daarmee dreigt.²⁰ Zo'n bod brengt belangrijke beslispunten naar boven: wat is de eerste openbare reactie, gaat het bestuur de dialoog aan, is het bereid om informatie te delen? Geen weldenkend bestuur gaat aanstonds op zijn rug liggen, al is het maar om te testen of de bieder bereid is zijn bod te verhogen. Of de strategie gericht is op het weerstaan van het bod of op het verhogen van de biedprijs zal naar buiten niet aanstonds duidelijk zijn. *Playing hard to get* is niet zonder risico's: biedt de target te veel weerstand, dan druipt de bieder mogelijk af.

Binnenskamers kan de discussie binnen en tussen de organen van de vennootschap hoog oplopen. Wat naar buiten komt is doorgaans beperkt. In 2015 bracht AB InBev een openbaar bod uit op SABMiller. In een eerste persbericht van 7 oktober 2015 verwierp de board het bod unaniem. Op 7 oktober bracht Bloomburg echter naar buiten dat SABMiller's grootaandeelhouder Altria Group het bod van InBev steunde. Altria was met drie board members in de SABMiller board vertegenwoordigd. Chairman Du Plessis was er kennelijk in geslaagd om zijn verdeelde board toch achter een unaniem besluit te krijgen, ondanks het feit dat Altria Group zelf haar wens openbaar maakte dat SABMiller onmiddellijk tot constructief overleg met InBev in dialoog zou treden. De board bleef unaniem volharden in de afwijzing van het bod, totdat het bij persbericht van 29 juli 2016 unaniem het bod aan haar aandeelhouders aanbeval. Zo hoort het natuurlijk ook, omdat openlijke verdeeldheid binnen bestuur en RvC in zo'n situatie slecht is voor de target en haar aandeelhouders; alleen de bieder wordt daar mogelijk beter van. Het zal daarom niet gauw voorkomen dat een dergelijk intern geschil buiten de board room wordt beslecht. In de dynamiek van een (vijandig) openbaar bod zal mediation niet categorisch zijn uitgesloten, maar het ligt weinig voor de hand. Wij vermoeden dat bij SABMiller niet mediation maar het overwicht van Du Plessis zijn medebestuurders in het gareel heeft gehouden.

Deze drie casus maken wel duidelijk hoe verschillend van gedaante bonje in de board room kan zijn. Als partijen niet meer in staat zijn om zelf een oplossing voor het geschil te vinden, dan is *mediation* een voor de hand liggende mogelijkheid. Het ligt ook voor de hand om een ervaren buitenstaander als mediator aan te zoeken. In interne mediation zien wij niet zo veel.²¹ Arbitrage, vooraf overeengekomen in een (aandeelhouders)overeenkomst of als compromis, biedt het voordeel

20 Het concurrerende bod van het RBS-Consortium op ABN AMRO in 2007 was daarvan een voorbeeld, maar meer recent het (voorgenomen) bod van Dockwise op Fairstar (2012); van América Móvil op KPN (2015); van Teva op Mylan (2015) en de bewegingen van Boskalis in de richting van Fugro (2016).

21 P.D. Olden en G.T.M.J. Raaijmakers: De president-commissaris als mediator, *Ondernemingsrecht* 2016, p. 21 e.v.

van vertrouwelijkheid. Is arbitrage niet overeengekomen en slagen partijen er niet in om dat alsnog te doen, dan rest de overheidsrechter. Het gezamenlijk verzoek van art. 2:343c BW biedt een elegante exitmogelijkheid, maar veronderstelt dat partijen het eens zijn over wie koopt en wie verkoopt. De geschillenregeling en de enquêteprocedure zijn ultimum remedium.

5.5. Slot

Bonje in de board room zal zich van tijd tot tijd voordoen. Het is zaak om te voorkomen dat conflicten zich tot daadwerkelijke geschillen ontwikkelen. Dat gebeurt het beste binnen de governance van de onderneming, bijvoorbeeld doordat de president-commissaris tijdig een bemiddelende rol vervult. Mediation door een externe mediator kan als “next step” behulpzaam zijn. Geschilbeslechting door derden, overheidsrechter of arbiters, is kostbaar, tijdrovend en heeft zeer schadelijke bijwerkingen. Wij hopen die in de drie casestudies hierboven te hebben geïllustreerd.

