

## 6 | Onafhankelijkheid is meer dan afstand alleen<sup>1</sup>

*Niels van Zijl*

### 1. Inleiding

Onafhankelijkheid van de Raad van Commissarissen (hierna: RvC) en van toezicht in het algemeen, wordt beschouwd als een belangrijke bouwsteen van corporate governance. Commissarissen dienen toezicht te houden op de bestuurders van de vennootschap. Zo zorgen ze dat bestuurders in het belang van de vennootschap handelen en de stakeholderbelangen behartigen. Mocht het onverhoopt misgaan, dan wordt van de RvC verwacht om in te grijpen. Onafhankelijkheid wordt hierbij een cruciale rol toegedicht, omdat door onafhankelijkheid de commissaris immers een objectief oordeel zou moeten kunnen vormen. Althans, dat is de gedachte, maar de praktijk is complexer.

Naast de taak om toezicht te houden op ‘het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’, bepaalt de wet<sup>2</sup> dat de RvC het bestuur met raad ter zijde staat. Het geven van raad is geen eenrichtingsverkeer. Advies kan worden gegeven in brainstormsessies, gezamenlijke vergaderingen tussen de RvC en het bestuur, maar ook op minder geregisseerde momenten. In al deze situaties ontstaat voor commissarissen een lastig moment. Ze werken op zo’n moment samen met de leden van het bestuur als collega’s, maar dienen ook onafhankelijk toezicht te blijven houden op het bestuur. Door dit twee-petten-probleem ligt hier het collega-toezichthouder-dilemma op de loer.<sup>3</sup> Om goed te kunnen functioneren dient de RvC een goede balans te vinden tussen taak effectiviteit en cohesie. Taak effectiviteit omvat het vermogen om toezicht te houden en advies te geven; cohesie is het vermogen om samen te kunnen werken. Een prettige samenwerking zal de informatie uitwisseling ten goede komen en heeft zo een positieve invloed op de mogelijkheid om goed toezicht te kunnen uitoefenen. Echter, een prettige samenwerking kan ook de objectieve meningsvorming vertroebelen. Kortom, een duivels dilemma.

Hoe dient onafhankelijkheid binnen deze samenwerking een plaats te krijgen? Betekent onafhankelijkheid dat een commissaris afstand moet houden van een

<sup>1</sup> Dit hoofdstuk is gebaseerd op het proefschrift: N. J. M. Van Zijl, *The Importance of Board Independence - A Multidisciplinary Approach*. Deventer, Kluwer 2012.

<sup>2</sup> Artikel 2:140 BW.

<sup>3</sup> C. Jungmann, ‘The Effectiveness of Corporate Governance in One-Tier and Two-Tier Board Systems’, *European Company and Financial Law Review* 2006, 3(4), p. 426-474.

bestuurder? Of mag het ruimer worden geïnterpreteerd? In de Nederlandse Corporate Governance Code (de “Code”) wordt voor wat betreft onafhankelijkheid de nadruk gelegd op het gebrek aan relaties met het bestuur en de onderneming. Dat is mijns inziens spijtig, omdat onafhankelijkheid veel meer is dan het hebben van afstand ten opzichte van bestuurders. Het zou meer een gemoedstoestand moeten zijn die de commissaris in staat stelt om zaken anders te bezien. Hierbij voelt hij zich verbonden met de onderneming maar is hij niet uitvoerend, is hij uitdagend maar wel ondersteunend, en is hij onafhankelijk maar toch ook betrokken. Dit hoofdstuk zal daarom trachten te belichten waarom deze andere kijk op onafhankelijkheid het toezicht ten goede zal komen. Om dit te bewerkstelligen zal eerst in paragraaf 2 een introductie worden gegeven van het begrip onafhankelijkheid en zal ook stil worden gestaan bij de definitie van het begrip. Aansluitend belicht paragraaf 3 de juridische benadering van onafhankelijkheid in Nederland. In paragraaf 4 wordt aandacht besteed aan de sociale interactie tussen RvC en het bestuur met de consequenties voor onafhankelijkheid. Paragraaf 5 sluit dit hoofdstuk af.

## 2.           **Introductie van het begrip onafhankelijkheid**

### 2.1           *Definitie*

De inhoud van het begrip van onafhankelijkheid is diffuus. De definitie heeft gedurende de afgelopen halve eeuw dan ook een aanzienlijke ontwikkeling doorgemaakt en kent een aantal gezichten.<sup>4</sup> Zo zijn er definities die uitsluitend letten op een gebrek aan relaties met het bestuur en de onderneming zodat de commissaris als onafhankelijk kan worden beschouwd. Deze definities vinden aansluiting bij het *disinterested outsider model*.<sup>5</sup> Het achterliggende idee is dat een gebrek aan relaties met het bestuur, management en de onderneming in het algemeen, ervoor zorgt dat het belang van de onderneming en aandeelhouders het beste kan worden bediend. Dit is geheel in lijn met de agentschapstheorie. Bij de vroegste definities lag de nadruk alleen op de arbeidsrelatie van de commissaris. Indien hij in het verleden geen werknemer was geweest van de onderneming en dat op dat moment ook niet was, dan kon de commissaris als onafhankelijk worden beschouwd. Later werden meerdere relaties en omstandigheden toegevoegd aan de lijst met onafhankelijkheidscriteria. Indien geen enkel criteria op de commissaris van toepassing is, dan krijgt hij het label onafhankelijk. De corporate governance codes in onder andere Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Zweden gebruiken deze systematiek.

Een tweede groep definities richt zich meer op de kwaliteiten die een onafhankelijke commissaris moet bezitten. In het *objective monitor model* wordt het louter

4 J. N. Gordon, ‘The rise of independent directors in the United States, 1950-2005: Of shareholder value and stock market prices’, *Stanford Law Review* 2007, 59(6), p. 1465-1568.

5 ‘Beyond “independent” directors: A functional approach to board independence’, *Harvard Law Review* 2006, 119(5), p. 1553-1575.

controleren van de onafhankelijkheidscriteria uit het *disinterested outsider model* bekritiseerd, omdat competenties en kwaliteiten buiten beschouwing worden gelaten.<sup>6</sup> Vooral de kwaliteiten om financiële informatie juist te interpreteren worden belangrijk geacht. Een sceptische en objectieve houding is een vereiste om de belangen van de onderneming en de aandeelhouders te kunnen behartigen. Onafhankelijkheid is hier 'een subjectief begrip dat een bereidheid behelst om met een hoge mate van strengheid en sceptische objectiviteit de plannen en voorstellen van het management te beoordelen.'<sup>7</sup> Door de vereisten van de Code om een financieel specialist in de RvC te hebben wordt gedeeltelijk aansluiting gevonden bij dit model. Echter, een financieel specialist is slechts een voorbeeld, terwijl het *objective monitor model* doelt op een breder palet aan specialismen.

## 2.2 *Bouwstenen van onafhankelijkheid*

Het opvallende is dat beide definities zich voornamelijk richten op de onafhankelijkheid van een individuele commissaris, terwijl ze toch degelijk als een groep goed moeten functioneren. Daarom is het van belang om te realiseren dat onafhankelijkheid uit drie bouwstenen bestaat: persoon, samenstelling en structuur, en randvoorwaarden. De eerste bouwsteen, die gaat over de persoon van de commissaris, behelst de onafhankelijkheid van een individuele commissaris. De wijze waarop die onafhankelijkheid gedefinieerd wordt kan verschillen, zoals hierboven is beschreven. De samenstelling en de structuur van de RvC als orgaan is de tweede bouwsteen en gaat over samenstelling van de RvC uit zowel onafhankelijke als niet-onafhankelijke leden. In hoeverre de RvC daadwerkelijk onafhankelijk is, zal afhangen van de ratio tussen het aantal onafhankelijke commissarissen en het totale aantal commissarissen. Het belang van deze tweede bouwsteen is groot. Immers, een enkele onafhankelijke commissaris, die de eerste bouwsteen van onafhankelijkheid vormt, kan weinig uitrichten in een groep met commissarissen die gelieerd is aan het bestuur. Zo'n commissaris is een schreeuwende in de woestijn. De verhouding tussen onafhankelijke en niet-onafhankelijke leden is mijns inziens idealiter in balans met een licht overwicht voor de onafhankelijke leden. Hierdoor hebben de onafhankelijke commissarissen genoeg kritische massa om tegenwicht te bieden aan commissarissen die niet onafhankelijk zijn. Maar de niet-onafhankelijke leden kunnen wel weer nuttig zijn door hun kennis van de onderneming of de sector waarin de onderneming actief is. Het is daarom goed dat zij niet een marginale minderheid vormen.

Binnen de RvC treft men vaak commissies aan, die functioneren op het gebied van audit, remuneratie en benoemingen. Dit zijn gebieden waar belangenconflicten op de loer liggen. Door hun werkzaamheden op deze belangrijke gebieden zijn goed functionerende commissies een essentieel onderdeel van de samenstelling en structuur-bouwsteen van onafhankelijkheid. Naast een balans tussen onafhankelijke

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> D. C. Langevoort, 'The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability', *Georgetown Law Journal* 2001, 89(4), p. 797-832.

en niet-onafhankelijke leden binnen de RvC, zijn onafhankelijke leden in de commissies van de RvC dus ook belangrijk voor de samenstelling en structuur-bouwsteen. De onafhankelijke commissarissen binnen deze commissies zijn een sterke waarborg voor de onafhankelijkheid van de hele RvC.

De derde bouwsteen betreft de randvoorwaarden, welke andere factoren met invloed op onafhankelijkheid behelzen. Ondanks een goede persoon en samenstelling en structuur-bouwsteen, boet onafhankelijkheid van commissarissen en de RvC als geheel enorm aan betekenis in zonder de juiste randvoorwaarden. Voorbeelden van randvoorwaarden zijn benoemings- en ontslagprocedures van commissarissen, regels en voorschriften met betrekking tot belangenverstrengeling van commissarissen, en de wijze waarop de evaluatie van het functioneren van de RvC is geregeld. Ondanks een goede samenstelling van de RvC kan bijvoorbeeld het niet goed omgaan met de belangenverstrengeling van een individuele commissaris de onafhankelijkheid van de gehele RvC schaden.

Alle drie de bouwstenen van onafhankelijkheid zijn van belang. De persoon van een commissaris krijgt weliswaar de meeste aandacht in de discussie rond onafhankelijkheid, maar zonder een goede samenstelling en structuur en randvoorwaarden kan een onafhankelijke commissaris weinig waarde toevoegen.

### 2.3 *Onafhankelijkheid in fact, in appearance en in form*

De onafhankelijkheid van een commissaris is ook op een andere wijze in te delen, namelijk door onderscheid te maken tussen onafhankelijkheid *in fact*, *in appearance* en *in form*. Onafhankelijkheid *in fact* betekent het bezit van een onafhankelijke *mindset* bij de uitvoering van taken, hetgeen resulteert in objectieve oordeelsvorming van de commissaris. Er zijn dus geen factoren aanwezig die de commissaris weerhouden om objectief te oordelen, hoewel derden daar anders over kunnen denken. De mening van derden wordt gevat door onafhankelijkheid *in appearance*. Deze vorm behelst het vermijden van feiten en omstandigheden die zo belangrijk zijn dat een redelijke en goed geïnformeerde derde partij de onafhankelijkheid van een toezichthouder in twijfel zou kunnen trekken. Het kan in de praktijk voorkomen dat een commissaris volledig onafhankelijk *in fact* is, maar niet onafhankelijk *in appearance*. Hierdoor twijfelt de buitenwereld aan zijn objectieve oordeelsvorming en is het vertrouwen in de desbetreffende commissaris verdwenen. Hoewel dat niet terecht hoeft te zijn. Onafhankelijkheid *in form* is gebaseerd op het voldoen aan de relevante criteria van onafhankelijkheid.

Idealiter is een commissaris onafhankelijk *in fact*, heeft de buitenwereld datzelfde beeld waardoor hij ook onafhankelijk *in appearance* is, en wordt hij volgens de Code ook als onafhankelijk *in form* gezien. Deze drie vormen van onafhankelijkheid hoeven niet samen te gaan. Zo is een commissaris van wie zijn broer op de postkamer van de onderneming werkt onafhankelijk *in fact*, omdat hij waarschijnlijk via zijn commissariaat niet met de beslissingen van zijn broer wordt

geconfronteerd. Indien zijn broer CEO was geweest was het uiteraard een ander verhaal geweest. De buitenwereld zal onderkennen dat hij onafhankelijk *in appearance* is. Maar omdat hij een familieband heeft met een medewerker van de onderneming, zal hij volgens de Code als niet-onafhankelijk (*in form*) worden gezien. Het bepalen van onafhankelijkheid *in form* is het eenvoudigst, omdat het door het controleren van een lijst met criteria te bepalen is. Onafhankelijkheid *in appearance* is al iets minder eenvoudig, omdat dit een subjectief fenomeen is. Als een persoon een bepaalde gedraging van een commissaris afbreuk vindt doen aan zijn onafhankelijkheid, dan hoeft dit oordeel niet door een andere persoon te worden gedeeld. Onafhankelijkheid *in fact* is vrijwel onmeetbaar, omdat alleen de commissaris zelf kan bepalen of hij geen andere belangen dan die van de vennootschap dient.

Onafhankelijkheid wordt dus op verschillende manieren gedefinieerd. Het *disinterested outsider model* let op een gebrek aan relaties en omstandigheden die de onafhankelijkheid in gevaar kunnen brengen, terwijl het *objective monitor model* juist let op kwaliteiten en competenties die een onafhankelijk commissaris dient te bezitten. Beide modellen focussen zich alleen op de individuele onafhankelijkheid van een commissaris, terwijl dit slechts één bouwsteen is van onafhankelijkheid. Ook de structuur en samenstelling van de RvC en de randvoorwaarden maken een belangrijk onderdeel uit van onafhankelijkheid. Tot slot is de onafhankelijkheid van een individuele commissaris op meerdere manieren te bepalen. Onafhankelijkheid *in fact*, *in appearance* en *in form* zijn drie verschillende vormen, die niet per definitie overlappend zijn. De volgende paragraaf behandelt de juridische vormgeving van onafhankelijkheid, die zich voornamelijk concentreert op onafhankelijkheid *in form*.

### 3. Juridische benadering van onafhankelijkheid

Bij de benadering van onafhankelijkheid in de Nederlandse Code wordt aansluiting gevonden bij het *disinterested outsider model*. De Code bevat een lijst met specifieke financiële en zakelijke relaties en omstandigheden om te bepalen of een commissaris onafhankelijk is of niet. Is geen enkele van de genoemde relaties of omstandigheden van toepassing op een commissaris, dan wordt hij volgens de Code als onafhankelijk beschouwd. Ook de Corporate Governance Codes van de meeste andere Europese landen kennen een dergelijke benadering. Echter, de wijze waarop gebruik gemaakt wordt van deze methode kan aanmerkelijk verschillen. Hieronder zal dit worden toegelicht aan de hand van de situatie in Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.

De Code geeft een opsomming van een zevental relaties en omstandigheden voor de bepaling van de onafhankelijkheid van een commissaris.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Best practice bepaling III.2.2 van de Code.

- a. in de vijf jaar voorafgaand aan de benoeming werknemer of bestuurder van de vennootschap is geweest;
- b. een persoonlijke financiële vergoeding van de vennootschap of van een aan haar gelieerde vennootschap ontvangt, anders dan de vergoeding die voor de als commissaris verrichte werkzaamheden wordt ontvangen en voor zover zij niet past in de normale uitoefening van bedrijf;
- c. in het jaar voorafgaand aan de benoeming een belangrijke zakelijke relatie met de vennootschap of een aan haar gelieerde vennootschap heeft gehad.
- d. bestuurslid is van een vennootschap waarin een bestuurslid van de vennootschap waarop hij toezicht houdt commissaris is;
- e. een aandelenpakket van ten minste tien procent in de vennootschap houdt;
- f. bestuurder of commissaris is bij of anderszins vertegenwoordiger is van een rechtspersoon die ten minste tien procent van de aandelen in de vennootschap houdt, tenzij het gaat om groepsmaatschappijen;
- g. gedurende de voorgaande twaalf maanden tijdelijk heeft voorzien in het bestuur bij belet en ontstentenis van bestuurders.

Indien ten minste één van bovenstaande relaties of omstandigheden van toepassing is op een commissaris, of iemand uit de nabije familie, dan wordt hij niet langer als onafhankelijk beschouwd volgens de Code. Dit is dan onafhankelijkheid *in form*. De bovenstaande opsomming wordt dan letterlijk als afvinklijst gebruikt en de Code biedt geen ruimte om hiervan af te wijken binnen hoofdstuk III.2 van de Code. Dit is wel mogelijk door gebruik te maken van het ‘pas toe of leg uit’ beginsel, maar desalniettemin kan de benadering als redelijk star worden beschouwd. Deze Nederlandse benadering is bovendien niet in lijn met de tekst uit de Aanbeveling van de Europese Commissie: ‘De betrokken raad [van commissarissen] kan [...] van mening zijn dat een bepaalde bestuurder, hoewel hij aan alle criteria voldoet die op nationaal niveau zijn vastgesteld om de onafhankelijkheid van [commissarissen] te beoordelen, gezien de specifieke omstandigheden van de betrokken persoon of de onderneming niet als onafhankelijk kan worden beschouwd; ook het omgekeerde is mogelijk.’<sup>9</sup> Toch is in Nederland gemeend dat deze vrijheid niet aan de RvC verleend dient te worden en wijkt de Code op dit punt af van de Europese aanbeveling.

In het Verenigd Koninkrijk en Zweden wordt de board<sup>10</sup> meer ruimte geboden. In beide landen sommen respectievelijk de UK Corporate Governance Code (UKCGC) en de Swedish Code of Corporate Governance (SCCG) eveneens een lijst met relaties en omstandigheden op. De inhoud van de lijsten van de drie landen

<sup>9</sup> Artikel 13.2 uit de Aanbeveling van de Commissie 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).

<sup>10</sup> Het Verenigd Koninkrijk en Zweden kennen geen duale bestuursstructuur met een bestuur en RvC, maar hebben een monistische bestuursstructuur met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders binnen één orgaan: de board. Gezien het illustratieve karakter van dit voorbeeld zal niet verder worden ingegaan op de kenmerken van beide modellen. In het vervolg van dit hoofdstuk zal dan ook de term commissaris gebruikt blijven worden om de duidelijkheid te waarborgen. Voor een beschrijving van de corporate governance systemen in het Verenigd Koninkrijk en Zweden verwijs ik naar Van Zijl (2012).

komt in zeer grote lijnen overeen, maar de toepassing is wezenlijk anders. Zo bepaalt UKCGC<sup>11</sup> dat de board dient te beslissen of een commissaris onafhankelijk is of niet. Echter, als de board meent dat een commissaris onafhankelijk is, terwijl minstens één van de genoemde relaties of omstandigheden op hem van toepassing is, dan dient de board de beslissing te motiveren. Deze methodologie laat ook de weg vrij om een commissaris als niet-onafhankelijk te betitelen, terwijl geen enkele relatie of omstandigheid op hem van toepassing is. In Zweden is eveneens voor een dergelijke ruime benadering gekozen in de SCCG.<sup>12</sup> De board dient alle relevante relaties en omstandigheden in het besluit over de onafhankelijkheid van een commissaris mee te nemen. Onder alle relevante relaties en omstandigheden vallen in ieder geval de onderdelen uit de lijst zoals die is gegeven. Maar het basisprincipe is in zowel het Verenigd Koninkrijk als Zweden dat de board over de onafhankelijkheid beslist.

Hoewel bij de bepaling van onafhankelijkheid *in form* in alle drie de landen is gekozen voor het *disinterested outsider model*, valt het te betreuren dat de Nederlandse benadering zo technisch van aard is en de RvC geen manoeuvreerruimte verleent. Dit past wel in het beeld dat onafhankelijkheid wordt beschouwd als het gebrek aan banden met het management of de onderneming. De nadruk ligt voornamelijk op onafhankelijkheid *in form*. Door echter meer aansluiting te zoeken bij de benadering uit het Verenigd Koninkrijk en Zweden krijgt ook onafhankelijkheid *in fact* en *in appearance* een nadrukkelijker rol. Overige leden van de RvC staan dicht bij de commissaris waarover de beslissing gaat en kunnen derhalve een goed oordeel over zijn al dan niet aanwezige onafhankelijkheid vellen. De volgende paragraaf beschrijft de voordelen van een goede relatie tussen de RvC en bestuur vanuit een toezichtsperspectief en laat zien dat de Nederlandse benadering ruimer zou moeten zijn.

#### 4. Sociale aspecten van onafhankelijkheid

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat bij de bepaling van de onafhankelijkheid van een commissaris voornamelijk geconcentreerd wordt op relaties en omstandigheden waarbij belangenconflicten op de loer liggen. Is een dergelijk kenmerk van toepassing op een commissaris, dan wordt hij als niet-onafhankelijk beschouwd. De achterliggende gedachte is dat meer contact tussen de commissaris en het bestuur of onderneming automatisch leidt tot minder onafhankelijk – en dus slechter – toezicht.

11 Best practice bepaling B.1.1 UKCGC.

12 Regel 4.4 SCCG.



#### 4.1 *Negatieve én positieve gevolgen van onafhankelijkheid*

De agentschapstheorie over de scheiding tussen bestuur en eigendom van de onderneming ligt ten grondslag aan deze gedachte.<sup>13</sup> In deze theorie bestaat het beeld van een bestuurder als een eigenbelang nastrevend individu, dat de belangen van de onderneming opzij zal schuiven om zijn eigen nut te maximaliseren. Door (onafhankelijk) toezicht van commissarissen en het instellen van resultaat afhankelijke beloningsmechanismes<sup>14</sup> wordt dit agentschapsprobleem verminderd. Hoe meer onafhankelijkheid binnen de RvC aanwezig is, hoe beter het toezicht wordt uitgevoerd en hoe beter de resultaten van de onderneming zullen zijn. Praktijkstudies laten zien dat deze gedachten niet uit de lucht gegrepen zijn. Door sociale banden tussen bestuurders en commissarissen – en dus minder onafhankelijkheid – wordt minder kritisch gekeken naar beslissingen en het beleid van de CEO en overige bestuurders. Er wordt een bepaalde loyaliteit gevoeld jegens de bestuurders en de plichten jegens de onderneming en aandeelhouders worden hierdoor niet goed nagekomen.<sup>15</sup> Zelfs als er al er kritische vragen worden gesteld aan de CEO en overige leden van het bestuur, dan nog kan de loyaliteit aan de CEO en de groep ervoor zorgen dat besluiten – ongeacht de antwoorden – worden goedgekeurd. Uit empirisch onderzoek blijkt dat in ondernemingen met stevige sociale banden tussen bestuurders en commissarissen de beloning voor CEOs significant hoger is. Daarnaast leiden slechte prestaties van de onderneming eerder tot ontslag van de CEO bij een RvC met minder sociale banden dan bij een RvC met meer van zulke relaties.<sup>16</sup>

Er zijn ook tegengeluiden te horen. Zo blijkt dat meer sociale relaties – dus minder onafhankelijkheid – samengaan met een betere kwaliteit van de interne controle mechanismen en betere kwaliteit van de financiële rapportages.<sup>17</sup> Dit is geheel in tegenspraak met ideeën dat sociale relaties het vermogen van commissarissen om effectief en kritisch toezicht te houden verminderen. Wat is de reden achter deze relaties? Het heeft te maken met het feit dat meer sociale relaties tussen bestuur en RvC de samenwerking tussen beide organen ten goede komt. Het is dan niet zo zeer dat er minder onafhankelijkheid van de RvC in dit soort situaties is, alswel een ander soort onafhankelijkheid.

13 M. C. Jensen en W. H. Meckling, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure', *Journal of Financial Economics* 1976, 3(4), p. 305-360.

14 Bij resultaat afhankelijke beloningsmechanismes is de beloning van bestuurders gerelateerd aan de prestaties van de onderneming. Goede (financiële) prestaties, die dan vaak afgezet worden tegen de prestaties van vergelijkbare ondernemingen, leiden tot hogere beloningen van de bestuurders. Bij slechtere (relatieve) resultaten vindt deze verhoging (idealiter) niet plaats.

15 R. Morck, 'Behavioral finance in corporate governance: economics and ethics of the devil's advocate', *Journal of Management and Governance* 2008, 12(2), p. 179-200.

16 J. W. Fredrickson, D. C. Hambrick en S. Baumrin, 'A Model of CEO Dismissal', *Academy of Management Review* 1988, 13(2), p. 255-270, U. Hoitash, 'Should Independent Board Members with Social Ties to Management Disqualify Themselves from Serving on the Board?', *Journal of Business Ethics* 2011, 99(3), p. 399-423.

17 Hoitash (2011).



#### 4.2 *Board effectiviteit*

Adams en Ferreira hebben een model ontwikkeld dat overeenkomt met de gedachte dat sociale relaties de betrokkenheid van de gehele RvC versterken en de samenwerking tussen bestuur en RvC stimuleren. Mensen – en dus ook bestuurders – zijn eerder geneigd om vragen te stellen en om advies te vragen aan commissarissen indien er een sociale band tussen hen bestaat. Door die sociale relatie zijn ze minder bezorgd over de eventuele consequentie van dit vragende gedrag. Het werd aanvankelijk verwacht dat dit gedrag meer zou worden geobserveerd in een bestuur waarvan de leden relatief weinig ervaring hebben. Het omgekeerde blijkt waar.<sup>18</sup> De invloed van sociale relaties op het stellen van vragen en het verzoek tot advies is extra groot in een bestuur met ervaren leden. De kern van de resultaten van het onderzoek is dat er een wederzijds respect, vertrouwen en vriendschap moet zijn om een prettige werkomgeving te creëren. Hierbij dient de commissaris natuurlijk wel zijn toezichthoudende taak te blijven uitvoeren zonder dat zijn blik vertroebeld wordt door de vriendschap of sociale relatie. Dit wordt board effectiviteit genoemd en bestaat uit taak effectiviteit en cohesie.<sup>19</sup> Taak effectiviteit omvat het vermogen om toezicht te houden en advies te geven; cohesie is het vermogen van de RvC en bestuur om samen te kunnen werken. Er moet een goede balans zijn tussen die twee variabelen. Enerzijds genoeg sociaal contact om de samenwerking te optimaliseren, maar ook weer niet teveel in verband met het risico dat het toezicht onder het sociale contact te lijden heeft.

#### 4.3 *Verbonden maar niet uitvoerend, uitdagend maar ondersteunend, onafhankelijk maar betrokken*

Een soortgelijke gedachte is geformuleerd door Roberts et al.<sup>20</sup> Gebaseerd op veertig diepgaande vraaggesprekken trekken zij soortgelijke conclusies en identificeren drie eigenschappen die een commissaris zou moeten hebben: hij moet verbonden zijn met de onderneming maar niet uitvoerend, hij moet uitdagend zijn maar wel ondersteunend, en hij moet onafhankelijk zijn maar toch ook betrokken.

De eerste eigenschap is verbondenheid met de onderneming voelen maar niet uitvoerend (willen) zijn. Een commissaris moet verbonden zijn met de onderneming en een goede kennis van het bedrijf en de processen bezitten. Deze kennis en begrip kan worden verkregen door het bezoeken van fabrieken, evenementen van het bedrijf en door informele contacten met leden van het bestuur, managers en ander personeel. Dergelijke verbondenheid is belangrijk voor een commissaris

18 J. D. Westphal, 'Collaboration in the Boardroom: Behavioral and Performance Consequences of CEO-Board Social Ties', *The Academy of Management Journal* 1999, 42(1), p. 7-24, R. B. Adams en D. Ferreira, 'A Theory of Friendly Boards', *The Journal of Finance* 2007, 62(1), p. 217-250.

19 D. P. Forbes en F. J. Milliken, 'Cognition and Corporate Governance: Understanding Boards of Directors as Strategic Decision-Making Groups', *The Academy of Management Review* 1999, 24(3), p. 489-505.

20 J. Roberts, T. McNulty en P. Stiles, 'Beyond Agency Conceptions of the Work of the Non-Executive Director: Creating Accountability in the Boardroom', *British Journal of Management* 2005, 16(S1), p. S5-S26.

omdat het hem geloofwaardigheid verschaft binnen de onderneming. Anderzijds geeft het hem door de verkregen kennis ook het benodigde vertrouwen om vragen te stellen en een kritische houding aan te nemen. Het is niet voor niets dat leden van het bestuur over het algemeen een voorkeur hebben voor commissarissen met ervaring als bestuurder. Het is hierbij wel van belang dat de verbondenheid niet doorslaat en de commissaris bestuurlijke taken gaat uitvoeren, dan wel ambieert. De verbondenheid is goed om informatie te vergaren en zijn geloofwaardigheid binnen de onderneming te vergroten, maar hij moet zichzelf beperken tot toezicht houden en adviseren. Vandaar: betrokken bij de onderneming maar niet uitvoerend. Commissarissen die tevreden zijn met hun prestaties uit het verleden lijken daarom het meest geschikt voor deze eigenschap, omdat ze niet meer de drang hebben om zichzelf te bewijzen als bestuurder.

De tweede eigenschap is uitdagend maar ondersteunend. De commissaris gebruikt hierbij zijn opgedane kennis om de juiste vragen te stellen. Door hun positie, waarbij ze op grotere afstand opereren, hebben commissarissen minder informatie dan het bestuur of het management. Deze grotere afstand tot de dagelijkse gang van zaken is ook een voordeel, omdat commissarissen hierdoor objectiviteit aan de dag kunnen leggen. Deze objectiviteit, gecombineerd met ervaring, bescheiden kennis of 'ervaren onwetendheid', zou moeten leiden tot het stellen van prikkelende vragen en het uitdagen van het bestuur en het management. Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze ervaren onwetendheid alleen waardevol is indien de commissaris vrijuit durft te spreken over zijn bezorgdheid. De vorige eigenschap – betrokken bij de onderneming maar niet uitvoerend – is hierbij van belang, omdat het zorgt voor de benodigde geloofwaardigheid en zelfvertrouwen om de uitdagende rol op zich te nemen. Te allen tijde moet uitdagend eveneens ondersteunend zijn. Het uitdagen van bestuursleden dient om hen te prikkelen en de onderneming verder te helpen. Vandaar: uitdagend maar ondersteunend.

De derde eigenschap is onafhankelijk maar betrokken. Het betekent dat onafhankelijkheid geen afstandelijke houding ten opzichte van het bestuur en het management is, maar onafhankelijkheid in fact. De commissaris moet dus een onafhankelijk *mindset* hebben bij het toezicht op het bestuur en het management. Uit de interviews van Roberts et al. bleek dat het een waardevolle persoonlijke competentie is als de commissaris in staat is om een sociale relatie te hebben met iemand uit het bestuur van wie hij onafhankelijk is, zodanig dat hij niet wordt gezien als een (wantrouwende) buitenstaander. Ondanks dat dit niet eenvoudig is, is deze houding wel essentieel, omdat niet alle informatie die benodigd is om goed toezicht te houden kan worden verschaft in rapportage en cijfers. Sommige ontwikkelingen bouwen langzaam op en spelen zich als het ware onderhuids af. Door de betrokkenheid is het mogelijk om die ontwikkelingen eerder op te pakken en op te vangen tijdens interacties met leden van het bestuur en management en er gepaste actie op te ondernemen. Met onafhankelijk maar betrokken wordt dus niet gerefereerd naar afstand tot het bestuur, maar naar een gemoedstoestand die de

commissaris in staat stelt om zaken anders te bezien. Deze zienswijze, gecombineerd met ervaring, verkregen informatie en kennis, moet leiden tot beter toezicht.

De invloed van sociale relaties en het gebrek aan onafhankelijkheid is een onderwerp dat tot discussie leidt. Enerzijds wordt verondersteld dat een gebrek aan onafhankelijkheid leidt tot minder goed toezicht. Te innige banden met het bestuur en management zorgen voor een minder kritische houding en zorgen dat de onafhankelijkheid *in fact* afneemt. Empirisch onderzoek onderbouwt deze gedachte. Anderzijds zijn er ook tegengestelde geluiden te horen. Voor het houden van toezicht is de juiste informatie benodigd. Een bestuurslid is meer geneigd om informatie te delen met een persoon die hij vertrouwt dan met een persoon die een afstandelijke en wantrouwende houding heeft. Door sociale contacten tussen leden van het bestuur en RvC wordt dit vertrouwen gekweekt, maar het kan ook leiden tot vertroebeling van het kritische toezicht. Daarom is board effectiviteit van essentieel belang. Dit is de balans tussen taak effectiviteit en cohesie. De eigenschappen verbonden met de onderneming maar niet uitvoerend, uitdagend maar wel ondersteunend, en onafhankelijk maar toch ook betrokken spelen hierbij eveneens een rol.

## 5. Afsluiting

De onafhankelijkheid van commissarissen wordt als een belangrijke bouwsteen van corporate governance beschouwd. Echter, de wijze waarop onafhankelijkheid wordt benaderd zou mijns inziens anders moeten. De Nederlandse benadering sluit aan bij het *disinterested outsider model* door een aantal relaties en omstandigheden op te sommen die kunnen leiden tot het stempel niet-onafhankelijk. Als één van de genoemde criteria op de commissaris of een naast familielid van toepassing is, dan volgt het oordeel: niet-onafhankelijk. Mochten er feiten of omstandigheden zijn die heel aannemelijk maken dat een commissaris wel degelijk onafhankelijk is, dan bestaat er voor de RvC geen mogelijkheid om het besluit te wijzigen. De Nederlandse methode is daarom vrij star en zou inspiratie kunnen opdoen bij de werkwijze in het Verenigd Koninkrijk en Zweden. In beide landen heeft de board de mogelijkheid om een commissaris als onafhankelijk te bestempelen indien tenminste één van de genoemde criteria op hem van toepassing is. Het omgekeerde kan ook: ondanks dat geen enkel criteria van toepassing is, kan de board besluiten om de commissaris niet als onafhankelijk te beschouwen.

De starre houding met betrekking tot onafhankelijkheid is gebaseerd op agentschapstheorie, die in onafhankelijkheid het panacee ziet voor goede prestaties van de onderneming vanwege het positieve effect op de kwaliteit van het toezicht. Er zijn zeker voorbeelden te noemen waarbij een gebrek aan onafhankelijkheid heeft geleid tot falend toezicht, maar dit is niet de onafhankelijkheid die bepaald wordt door de Code. Dit is slechts onafhankelijkheid *in form*, terwijl het voor goed

toezicht juist draait om onafhankelijkheid *in fact* en *in appearance*. Onafhankelijkheid *in fact* betekent het bezit van een onafhankelijke *mindset* bij de uitvoering van zijn taken, hetgeen resulteert in objectieve oordeelsvorming van de commissaris. Onafhankelijkheid *in appearance* behelst het vermijden van feiten en omstandigheden die zo belangrijk zijn dat een redelijke en goed geïnformeerde derde partij de onafhankelijkheid van een toezichthouder in twijfel zou kunnen trekken. Deze tweede vorm zorgt voor het benodigde vertrouwen in de commissaris.

Van onafhankelijkheid waarbij louter wordt geconcentreerd op het gebrek aan banden tussen de RvC en bestuur of management staat niet vast dat het bijdraagt aan beter toezicht. Sterker nog, sociale banden tussen commissarissen en bestuurders blijken een positieve uitwerking te kunnen hebben op toezicht, omdat er meer sprake is van samenwerking. Sociale banden stimuleren de samenwerking en zorgen ervoor dat bestuurders eerder geneigd zijn om meer informatie met de commissarissen te delen. Immers, iemand die zich continu wantrouwend en afstandelijk opstelt zal minder snel worden betrokken bij processen of problemen. Uiteraard mogen de sociale relaties niet leiden tot vertroebeling van de objectieve oordeelsvorming. Board effectiviteit speelt hierbij dan ook een rol. Dit is de balans tussen taak effectiviteit en cohesie. Taak effectiviteit omvat het vermogen om toezicht te houden en advies te geven; cohesie is het vermogen van de RvC en bestuur om samen te kunnen werken. Er moet een goede balans zijn tussen die twee variabelen. Enerzijds genoeg sociaal contact om de samenwerking te optimaliseren, maar ook weer niet teveel in verband met het risico dat het toezicht onder het sociale contact te lijden heeft.

Onafhankelijkheid is dus niet zozeer het gebrek aan contacten met het bestuur, het management of de onderneming, maar een gemoedstoestand die de commissaris in staat stelt om zaken anders te bezien. Deze zienswijze, gecombineerd met ervaring, verkregen informatie en kennis, moet leiden tot beter toezicht. Het simpelweg afvinken van onafhankelijkheidscriteria biedt daarom niet de gewenste oplossing. Wat echt telt is dat een commissaris zich verbonden voelt met de onderneming maar niet uitvoerend is, uitdagend maar wel ondersteunend is, en onafhankelijk maar toch ook betrokken is.