

Monitoring Commissie Corporate Governance
Code
t.a.v. de heer prof.dr. J.A. van Manen (voorzitter)
en mevrouw mr. C. Wolff (secretaris)
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

mr. M.T.H. de Gaay Fortman/ prof. mr. M.E.
Koppenol-Laforce/ mr. dr. M.M. Stolp
Advocaten
T 020 - 605 6165
m.fortman@houthoff.com
m.koppenol@houthoff.com
m.stolp@houthoff.com

Amsterdam, 10 maart 2014
Onze ref: 600/6349704.3

Geachte Commissie,

Graag vragen wij uw aandacht voor het volgende.

Het lijkt geen twijfel dat op commissarissen en (interne) toezichhouders tegenwoordig een grote(re) verantwoordelijkheid is komen te rusten. Zo zijn de eisen die in de huidige turbulente tijd worden gesteld aan het toezicht dat commissarissen en toezichhouders moeten houden op het bestuur hoog. Van commissarissen en toezichhouders wordt verwacht dat ze meer betrokken zijn bij de organisatie en minder afhankelijk voor hun informatie van het bestuur; voorts moet niet alleen worden teruggekeken of het bestuur het goed gedaan heeft, maar juist ook zullen commissarissen vooruit moeten kijken.

Volgens het wetsvoorstel van minister Opstelten dat op 6 februari jl. openbaar is gemaakt voor internetconsultatie,¹ dienen toezichhouders uit de semi-publieke sector zich te richten naar dezelfde norm waarnaar commissarissen van nv's of bv's zich hebben te gedragen en gelden voor hun dezelfde aansprakelijkheidsrisico's. Net zoals dit geldt voor raden van commissarissen van nv's en bv's, moeten raden van toezicht volgens de minister nauwlettend de vinger aan de pols houden vanuit de wetenschap dat zij een serieuze taak hebben.

Tegen deze achtergrond past het om ook oog te hebben voor verbetermogelijkheden van het instrumentarium waarover commissarissen en toezichhouders beschikken om de zwaarder wor-

¹ Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Ambtelijk voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

dende taken en verantwoordelijkheden optimaal te kunnen vervullen. Zij moeten kort gezegd met de eigen riemen wel effectief kunnen roeien.

Tijdens een door Houthoff Buruma georganiseerde Ronde Tafel bijeenkomst met commissarissen en toezichthouders verbonden aan multinationals, universiteiten en ziekenhuizen, bleek dat hierin nog wel een slag valt te maken.

Zo kwam daar naar voren dat het de raden van commissarissen en raden van toezicht ontbreekt aan een eigen, onafhankelijk budget. Dit betekent dat wanneer commissarissen of toezichthouders een onafhankelijk onderzoek willen laten verrichten of een *second opinion* willen vragen, zij het bestuur, dat de beschikking heeft over de financiële middelen van de vennootschap, hiertoe formeel om toestemming moeten vragen. Dit terwijl commissarissen een eigen verantwoordelijkheid hebben om informatie in te winnen en zij zich niet volledig afhankelijk mogen maken van het bestuur.

Dat het moeten vragen om de voor (nader) onderzoek benodigde middelen complicerend en belemmerend kan zijn in het kader van het uit te oefenen toezicht spreekt welhaast voor zich. Het kunnen beschikken over een eigen financiële faciliteit werd door de tijdens de bijeenkomst aanwezige commissarissen en toezichthouders dan ook unaniem gezien als belangrijke verbetermogelijkheid voor effectief toezicht. Het zou commissarissen en toezichthouders in staat stellen juist in netelige situaties in onafhankelijkheid en slagvaardig hun taak te verrichten. Als suggestie voor een *best practice* bepaling zou kunnen dienen:

'Het bestuur en de raad van commissarissen dragen zorg voor een financiële faciliteit die het mogelijk maakt dat de raad van commissarissen zelfstandig en zonder tussenkomst van het bestuur kan beschikken over de middelen die benodigd zijn om, indien de raad van commissarissen dit geboden acht, informatie in te winnen van externe adviseurs.'

De afspraken hierover zouden kunnen worden neergelegd in het RvC reglement indien dit door het bestuur wordt medegetekend. Meer concreet zou daarin kunnen worden opgenomen dat ten behoeve van de toezichttaak de voorzitter van de raad van commissarissen de bevoegdheid heeft adviseurs aan te stellen ten laste van de vennootschap en de rekening daarvan af te tekenen, indien dit voor de taakvervulling van de raad van commissarissen noodzakelijk wordt geacht door de meerderheid van de commissarissen. Uiteraard zal jaarlijks rekening en verantwoording moeten worden afgelegd.

Artikel III.1.9 CGC 2009 bevat reeds als *best practice* de regel dat de vennootschap de benodigde middelen ter beschikking stelt indien de raad van commissarissen het geboden acht informatie in te winnen van functionarissen en externe adviseurs van de vennootschap. Juist om deze intentie van de code (daadwerkelijk) in de praktijk te brengen, is een eigen financiële faciliteit of budget voor de raad van commissarissen of de raad van toezicht aangewezen. Daarbij komt dat het met het oog op de onderlinge verhoudingen (zeer) wenselijk is dat reeds vooraf 'in goede tijden' over deze kwestie afspraken zijn gemaakt, voordat de noodzaak hiertoe ontstaat doordat de raad van commissarissen het inschakelen van externe adviseurs noodzakelijk acht.

In reactie op het in het FD van 6 februari 2014 geventileerde idee van een eigen faciliteit of budget, is deze codebepaling aangehaald ter onderbouwing van de stelling dat dit "overbodig" en "te gedetailleerd" zou zijn. Voorts was er het commentaar van een aantal (oud-) commissarissen dat er nog nooit een bestuur "moeilijk" had gedaan over de terbeschikkingstelling van middelen voor een concreet verzoek.

In onze visie zit daar echter niet de kern van de gevoelens zoals verwoord op de Ronde Tafel bijeenkomst. Met de toezicht- en bestuursperikelen zoals die zich recentelijk hebben voorgedaan bij SNS, Imtech, Vestia, Van der Moolen, en enige tijd geleden bij Landis, Jomed en Ceteco, in het achterhoofd en de roep om verbetering van toezicht juist ook als tegenwicht voor het bestuur, is het niet altijd opportuun om toestemming te moeten vragen voor het inschakelen van een adviseur of voor het laten verrichten van een specifiek onderzoek ter toetsing van de beweringen van het bestuur. Een faciliteit of budget dat zelfstandig gebruikt kan worden door de raad van commissarissen ondervangt dat probleem, zorgt voor helderheid en voorkomt dat tijd verloren gaat. Bovendien komt het niet alleen de effectiviteit en onafhankelijkheid van het toezicht ten goede, maar ook – zoals gezegd - de onderlinge verhoudingen als dit door het bestuur en de raad van commissarissen reeds is afgekaart 'in goede tijden'.

De meerwaarde van de mogelijkheid voor de raad van commissarissen om snel en zelfstandig onderzoek te kunnen laten verrichten, is ook onderstreept door drs. D.J.C.Y.S. Go RA in het FD van 20 februari 2014, door prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA in het FD van 21 februari 2014 en door het Nationaal Register.² Voorts ligt het voorstel in lijn met de uitkomsten van een anonieme enquête die door het bureau PMP Supervisor is gehouden onder commissarissen en waarover het FD berichtte op 25 februari 2014. Naar de kern genomen, kwam hieruit naar voren dat volgens de ondervraagde commissarissen de recessie met name duidelijk heeft gemaakt dat voor goed toezicht aandacht verdient: (i) het waarborgen van de onafhankelijke positie van de commissaris, (ii) het feit dat duidelijke codes niet altijd worden nageleefd en (iii) dat de raden over voldoende specifieke expertise beschikken.

² <http://www.nationaalregister.nl/kennisbank/board-wil-eigen-butler>.

Een ander verbeterpunt dat naar voren kwam, is de situatie dat de secretaris een dubbelfunctie heeft en werkzaamheden verricht voor zowel het bestuur als de raad van commissarissen of toezichthouders. Alle deelnemers aan de rondetafelconferentie waren van mening dat de beschikking over een eigen, van het bestuur onafhankelijke secretaris van grote betekenis is voor effectiever toezicht, vooral omdat de secretaris een belangrijke rol speelt bij de informatievoorziening en zich eenvoudiger kan verstaan met functionarissen binnen de vennootschap. Goed toezicht begint met een goede informatiestroom. Een behoorlijke informatievoorziening is dan ook cruciaal voor het goed functioneren van raden van commissarissen en raden van toezicht.

Belangrijk is bovendien de rol die de secretaris speelt bij het bepalen van de agenda voor commissarissenvergaderingen en bij de bewaking van de opvolging van vragen, genomen besluiten en gestelde actiepunten. Volgens de bij de bijeenkomst aanwezige commissarissen en toezichthouders voorkomt een onafhankelijke secretaris niet alleen dat hij/zij door de huidige dubbelfunctie in een loyaliteitsconflict geraakt, maar ook leidt een onafhankelijk secretaris als informatieophaler en –brenger tot zuiverdere (interne) verhoudingen.

Uiteraard dienen de extra kosten die hiermee gemoeid zijn wel in verhouding te staan tot de complexiteit en omvang van de vennootschap, stichting of vereniging en de daarmee verbonden onderneming resp. organisatie. Uiteindelijk zal dit zich moeten oplossen in afspraken tussen het bestuur en de raad van commissarissen of raad van toezicht. In dat verband verdient opmerking dat kleinere vennootschappen of instellingen gebruik zouden kunnen maken van een *pool* van onafhankelijke, goed opgeleide secretarissen.

Wij hopen dat uw Commissie bij de uitoefening van haar taak deze suggesties voor verbetering van het toezicht op het ondernemingsbestuur zal meewegen.

Uiteraard zijn wij voor nader overleg graag beschikbaar.

Hoogachtend
en met vriendelijke groet;



Marry de Gaay Fortman



Marielle Koppens-Laforce



Myrthe Stolp