

# HOGE RAAD WIL **PASSIEVE** COMMISSARISSEN

TEKST: GEERT KOSTER EN NIELS LEMMERS  
FOTO: DIJKSTRA

In zijn ASMI-arrest geeft de Hoge Raad een beperkte interpretatie van de taak van commissarissen. De commissie-Streppel moet best-practicebepaling aanscherpen.

**D**e raad van commissarissen heeft een belangrijke taak bij het goed functioneren van de onderneming. Om hun toezichthoudende taak goed uit te voeren moeten commissarissen uitstekend op de hoogte zijn van de ontwikkelingen binnen de onderneming en zich actief opstellen in discussies met het bestuur en de aandeelhouders. De Hoge Raad lijkt met het recente ASMI-arrest liever terug te willen naar de tijd dat commissarissen drie keer ja knikken naar het bestuur, om vervolgens naar hun volgende bijbaan te vertrekken. Dit arrest baart de VEB zorgen.

De VEB ijvert al jaren voor een actieve, toezichthoudende rol van de commissarissen. Een goed functionerende raad – kritisch bij het houden van toezicht, transparant in de communicatie met de aandeelhouders – is essentieel voor een goed functionerende onderneming. De code-Tabaksblat (2003) en de code-Frijns (2008) vulden de taak van de commissarissen ook langs deze lijn in. De Hoge Raad maakt in het ASMI-arrest korte metten met deze positieve ontwikkeling en fluit de Ondernemingskamer terug.

## ONJUIST UITGANGSPUNT

De Ondernemingskamer was in zijn ASMI-beschikking van 5 augustus 2009 hard over de beleidsbepalers bij ASMI. De commissarissen van ASMI werd verweten niet transparant en niet kritisch genoeg te zijn geweest. Bovendien hadden zij een bemiddelende rol moeten spelen in het conflict van het bestuur met de twee grootaandeelhouders Hermes en Fursa over de te volgen strategie en de benoeming van Del Prado junior tot topman.

Volgens de Hoge Raad heeft de Onder-

nemingskamer bij zijn beslissing een verkeerd uitgangspunt genomen over de wijze waarop het bestuur van de vennootschap zijn taak dient uit te oefenen. In het bijzonder moet het bestuur de belangen van ‘alle bij de vennootschap betrokkenen’ – het vennootschappelijk belang – in aanmerking nemen en moet het bestuur in beginsel de strategie bepalen, onder toezicht van de commissarissen.

Uit de vaststaande feiten concludeert de Hoge Raad dat het bestuur van ASMI de dialoog is aangegaan met de grootaandeelhouders, op hun argumenten is ingegaan en deze met goed onderbouwde en verdedigbare tegenargumenten heeft verworpen, waarbij het bestuur het belang van alle betrokkenen bij de vennootschap op lange termijn in aanmerking heeft genomen. De corporate governance van ASMI zou dan ook in overeenstemming zijn met de code-Tabaksblat.

Het oordeel van de Ondernemingskamer dat de raad van commissarissen (RvC) een bemiddelende rol had moeten vervullen in het conflict met de grootaandeelhouders, is volgens de Hoge Raad niet in overeenstemming met de wettelijke taakopdracht: “[De] wettelijke taakopdracht brengt niet mee dat de RvC de verplichting heeft een bemiddelende rol te vervullen bij conflicten tussen bestuur en aandeelhouders. De RvC is dienaangaande aan de aandeelhouders ook geen verantwoording verschuldigd.”

Hieruit valt af te leiden dat de Hoge Raad kennelijk een beperkte, passieve toezichthoudende rol voor de raad van commissarissen voorstaat, waarbij deze wel de nodige beleidsvrijheid krijgt om zijn taak actief te vervullen. De progressie die de afgelopen jaren op het gebied van corporate gover-

nance bij Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen is geboekt, lijkt met deze uitspraak deels tenietgedaan. Deze forse stap terug in de ontwikkeling zal door buitenlandse investeerders met argusogen worden bekeken.

## BEPERKTE UITLEG

De ASMI-uitspraak haalt een belangrijke impuls weg voor commissarissen om meer te doen dan alleen het wettelijk minimum. Juist in een tijd waarin commissarissen steeds nadrukkelijker op de voorgrond treden, is het opvallend dat de Hoge Raad de wettelijke rol van de commissarissen zo beperkt uitlegt. Dit is zorgelijk. De VEB verwacht van commissarissen dat ze zich actief opstellen: zij dienen kritisch te zijn op het functioneren van het bestuur en moeten indien nodig ingrijpen. Bovendien worden ze geacht over hun functioneren verantwoording af te leggen aan de aandeelhoudersvergadering. In deze gedachte past dat commissarissen zich actief bemoeien met een conflict tussen bestuur en grootaandeelhouders.

Advocaat-generaal Vino Timmerman koerste in zijn advies aan de Hoge Raad ook op deze lijn: onder bijzondere omstandigheden kan een bemiddelende rol aangewezen zijn, zoals bij langdurige verschillen van inzicht over een belangrijk onderwerp tussen het bestuur en een grootaandeelhouder. Timmerman voegde daaraan toe dat van commissarissen, uitgaande van hun verplichting om bij hun toezichthoudende taak in het belang van de vennootschap te handelen, verwacht mag worden dat zij in conflict-situaties met aandeelhouders de-escalerend optreden. De Hoge Raad volgde Timmerman helaas niet en heeft daarmee een kans voor