

# Voorwoord

In maart 2009 ben ik benaderd door het bestuur van de beursgenoteerde Van der Moolen Holding N.V. met het verzoek om lid te worden van de raad van commissarissen. Ik ben (onder voorwaarden) op dit verzoek ingegaan. De benoeming bleek het begin van een turbulente, maar leerzame periode.

Twee maanden na mijn aantreden stapte de bestuursvoorzitter op en vormde ik tezamen met de president-commissaris (ad interim) de raad van bestuur. Drie maanden na mijn aantreden werd op eigen verzoek de surseance aangevraagd en in de vierde maand na mijn aantreden was Van der Moolen Holding N.V. failliet. Daarna volgde een onderzoek (enquête) door twee ervaren onderzoekers op last van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam. De uitkomst van dit onderzoek heeft geleid tot een aansprakelijkheidsprocedure jegens de in de jaren voorafgaand aan het faillissement betrokken bestuurders en commissarissen, welke procedure in juli 2015 met een schikking tussen de betrokkenen, de curatoren en de Vereniging van Effectenbezitters is geëindigd. Het optreden van de schrijver van dit boek bij Van der Moolen als commissaris is door de door het Gerechtshof Amsterdam benoemde onderzoekers gekwalificeerd als:

'zorgvuldig te werk gegaan'.<sup>1</sup>

Met de kennis van vandaag, had ik het commissariaat bij Van der Moolen niet geaccepteerd of zou ik na mijn benoeming direct zijn opgestapt.

Als adviseur van (raden van) commissarissen heb ik vanaf de zijlijn op uiteenlopende gebieden geadviseerd en meegekeken. Als commissaris ken ik de situatie van binnenuit eveneens. Bij voorkeur ben ik al betrokken bij een mogelijke benoeming, het vastleggen van de voorwaarden rondom de benoeming en uiteindelijk bij de dagelijkse praktijk, waaronder de begeleiding bij de voorbereiding van bestuurs-/raad van commissarissen- en (of) aandeelhoudersvergaderingen en bij de advise-

.....  
1 Randnummer 604 en 603 van het verslag van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de naamloze vennootschap Van der Moolen Holding N.V., als opgedragen door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam bij beschikking van 5 juli 2010, kenmerk 200.051.512/01 OK d.d. 13 juni 2010.

ring rondom diverse toezichts- en adviesvraagstukken die uit de dagelijkse gang van zaken voortvloeien. Van belang is de goede taakuitoefening in teamverband en daarbij de aansprakelijkheidsrisico's goed te bewaken en tot een minimum te beperken.

De ervaringen uit mijn advocatenpraktijk, mijn commissariaten, de enquêteprocedure, de daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure en de laatste stand van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid van commissarissen heb ik vertaald naar een praktische handleiding voor (aanstaande) commissarissen en toezichthouders bij besloten en naamloze vennootschappen, alsmede bij stichtingen en verenigingen.

Het doel van dit boek is de kwaliteit van de taakuitoefening door de commissaris te verbeteren en daarbij de persoonlijke risico's van de commissaris in beeld te brengen en waar mogelijk met praktische tips tot een minimum te beperken. Een juiste en professionele insteek maakt een commissariaat leuk en uitdagend.

Ik wens u veel leesplezier en onbezorgde commissariaten toe.

Arjen Paardekooper, Laren maart 2016

## HOOFDSTUK 1

### Inleiding

Een commissariaat kan professioneel een leuke uitdaging zijn. Als commissaris heb je de unieke kans om langs de zijlijn een kijkje in de keuken van een onderneming te nemen, zonder dat je direct zelf achter de kachel staat.

De rol van commissaris is veranderd én blijft veranderen. Daar waar de commissaris vroeger bij voorkeur een intimus van de aandeelhouders en (of) directie was, is de commissaris vandaag de dag (idealiter) een professional die op gezonde afstand van het bestuur staat en met specifieke vakkennis met de overige leden van de raad van commissarissen het bestuur van de onderneming met raad en daad bijstaat.

Een commissariaat betekent ook oppassen geblazen. Recente voorbeelden als Imtech en Fairstar laten zien dat de aansprakelijkheid van de raad van commissarissen bij falend toezicht op de loer ligt en gemeengoed aan het worden is.

In dit boek neem ik als uitgangspunt de commissaris die benoemd wordt bij een gewone besloten vennootschap, niet zijnde een 'grote besloten vennootschap'<sup>1</sup> (ook wel 'structuurvennootschap' genoemd) of (grote) naamloze vennootschap. Ik besteed volledigheidshalve tevens aandacht aan de juridische positie van de commissaris bij de naamloze vennootschap en de grote besloten/naamloze vennootschap, indien afwijkend van de positie van de commissaris bij de gewone besloten vennootschap.

De positie van de commissaris bij de grote vennootschappen verschilt met name op het gebied van de in de wet omschreven taken en bevoegdheden, alsmede bij benoeming en ontslag.

Het wetsvoorstel 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen' dat met het oog op de kwaliteitsverbetering van het bestuur en het toezicht bij stichtingen en verenigingen in de loop van 2016 zal worden ingevoerd,<sup>2</sup> heeft gevolgen voor zowel de interne als de externe aansprakelijkheid van toezichthouders bij commerciële, maar

.....

1 Van een grote besloten vennootschap of naamloze vennootschap is volgens artikel 2:397 lid 1 en 2 BW sprake indien op twee opeenvolgende balansdata voldaan is aan minimaal 2 van de volgende 3 'omvangvereisten': waarde van de activa > € 20 miljoen, netto-omzet > € 40 miljoen en het aantal werknemers ≥ 250.

2 Vermoedelijk per 1 juli 2016.

vooral ook bij niet-commerciële stichtingen en verenigingen. De invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zal ook leiden tot aanpassing/herindeling van diverse wetsartikelen die de juridische positie van de commissaris bepalen, maar zal die positie niet veranderen. In feite is er sprake van codificatie van de praktijk en rechtspraak en wordt alleen de juridische positie van een toezichthouder bij een stichting of vereniging gelijkgesteld aan die van een commissaris bij de gewone besloten vennootschap. In dat kader is dit boek eveneens leerzaam voor de toezichthouder bij de stichting en vereniging.

In dit boek behandel ik belangrijke onderwerpen als de afweging die je zou moeten maken alvorens je een commissariaat accepteert, de wettelijke basis en rechtspraak die invulling geven aan de taakvervulling en het functioneren van een commissaris, aandacht voor de beloning, verzekeringsaspecten, de relatie met de mede-commissarissen en bestuurders, maar ook het ontslag van bestuurders of commissarissen. Dit boek behelst voorts een praktische handleiding voor de dagelijkse praktijk: hoe goed en plezierig je wettelijke taken uit te oefenen, het belang van de vennootschap altijd voorop te stellen, hoe om te gaan met de uitdagingen die daar als commissaris op je wachten, maar ook hoe te handelen bij calamiteiten, oog voor juist toezichthouderschap, leren doorvragen, de wijze van verslaglegging en toezicht op de tijdige executie van afgesproken actiepunten, gevolgd door aandacht voor corporate governance en ethiek.

De opkomst van de one tier board en de daarbij horende verhouding tussen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurder krijgt de nodige aandacht, zeker in de relatie tot het huidige, gebruikelijke two tier-stelsel.

Afsluitend treft de lezer een checklist aan, die bij ieder nieuw of actueel commissariaat een helpende hand biedt.

De checklist, maar ook de in dit boek weergegeven modellen zijn tevens te downloaden op mijn website: [www.commissaris-vraagbaak.nl](http://www.commissaris-vraagbaak.nl). Bij vragen kunt u mij via mijn website benaderen.

## HOOFDSTUK 2

# Waar op te letten voorafgaand aan de benoeming?

Een mogelijk commissariaat begint veelal met een verzoek of je commissaris zou willen worden. Dit verzoek kan je bereiken via een headhunter, bestaande relatie, vriend of familielid. Het is goed om je af te vragen met welke invalshoek je overweegt een commissariaat te accepteren. In de tijden dat het 'old boys netwerk' hoogtij vierde was een commissariaat een erebaantje dat aan een vriendje van de directie/aandeelhouders werd gegund en die de status van de gemiddelde MKB-vennootschap vergrootte. Een onderneming met een raad van commissarissen, dat was een serieuze onderneming!

De commissaris was veelal een man van middelbare leeftijd, met grijze slapen en een goed netwerk, die niet al te moeilijk deed. De raad van commissarissen vergaderde viermaal per jaar en de vergadering werd afgesloten met een goed en gezellig diner, zo herinner ik mij de commissarisvergaderingen binnen ons familiebedrijf. Veelal was de commissaris de huisaccountant, notaris, of een vriend van een van de directieleden.

Een eerste vraag die je je moet willen stellen is of je commissaris wilt worden bij een vennootschap waarbij je een persoonlijke band hebt met een van de bestuurders of aandeelhouders (of beiden). Op vrienden houd je geen toezicht, die dien je slechts van gratis en goedbedoeld advies. Een behoorlijke taakvervulling als commissaris kan met zich meebrengen dat je bijvoorbeeld in het belang van de vennootschap bij de persoonlijk bekende bestuurder een minder populaire maatregel moet nemen, die de persoonlijke relatie mogelijk onder druk kan zetten en je functioneren als commissaris (negatief) beïnvloedt. In die situatie moet je niet willen komen te verkeren.

Veruit de meeste besloten vennootschappen kennen één aandeelhouder en bestuurder, of meerdere aandeelhouders in familieverband. Bij deze vennootschappen is het moeilijk te functioneren als commissaris, zeker in de zin zoals de wetgever het heeft bedoeld. Je kunt hier geen toezicht houden, je kunt slechts adviseren en als klankbord voor het bestuur dienen. Als commissaris bij een familiebedrijf kun je wel een rol spelen als adviseur/postillon d'amour tussen discussiërende aandeelhouders. De toezichthoudende rol van een raad van commissarissen bij

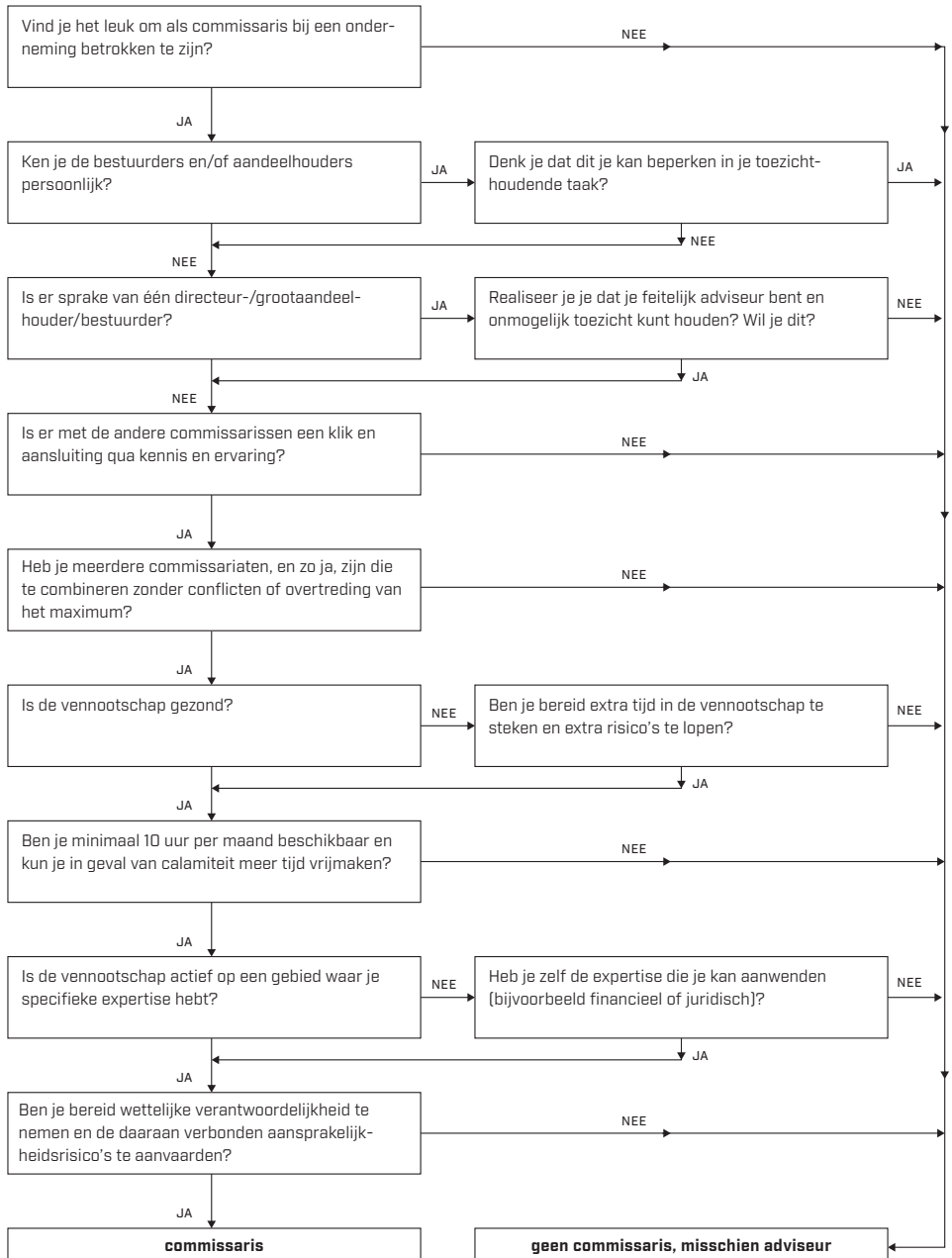
de familievennootschap is er in feite een die waakt over de belangen in de brede zin, niet zijnde alleen de belangen van aandeelhouders die tevens bestuurder zijn. Te denken valt aan de belangen van de overige stakeholders, zoals personeel, leveranciers, afnemers en financiers.

Onder druk van de rechtspraak en de maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van de corporate governance is de positie van de commissaris veranderd. Van een erebaantje naar een serieuze functie voor professionals. Een goede ontwikkeling.

Deze ontwikkeling maakt dat je een verzoek om toe te treden tot de raad van commissarissen serieus dient te beoordelen. Voor de beoordeling van een verzoek om commissaris te worden, dien je verschillende factoren in ogenschouw te nemen zoals:

- ▶ Vind je het leuk om als commissaris bij de vennootschap betrokken te zijn?
- ▶ Ken je de bestuurder(s)/aandeelhouder(s) persoonlijk en denk je dat dit je kan beperken in je toezichthoudende taak?
- ▶ Is er sprake van één directeur/grootaandeelhouder/bestuurder en zo ja, realiseer je je dat je feitelijk adviseur bent en onmogelijk toezicht kunt houden en wil je dit?
- ▶ Is er met de andere commissarissen een 'klik' en aansluiting qua kennis en ervaring?
- ▶ Heb je meerdere commissariaten/adviseurschappen en zo ja, zijn die te combineren zonder conflicten over overtreding van het wettelijk maximum?
- ▶ Is de vennootschap gezond en zo niet, ben je bereid extra tijd in de vennootschap te steken en extra risico's te lopen?
- ▶ Ben je minimaal 10 uur per maand beschikbaar en kun je in geval van calamiteiten meer tijd vrijmaken?
- ▶ Is de vennootschap actief op een gebied waar je specifieke expertise hebt, en zo niet, heb je zelf expertise die je kunt aanwenden (bijvoorbeeld financieel of juridisch)?
- ▶ Ben je bereid wettelijke verantwoordelijkheid te nemen en de daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico's te aanvaarden?

De voorgaande factoren heb ik in een beslisboom gezet:



Indien uit de beslisboom volgt dat het verstandig is om niet in te gaan op het verzoek om commissaris te worden, dan kun je ervoor kiezen om (indien mogelijk) alsnog bij de vennootschap betrokken te zijn in de positie van adviseur, of zoals dat ook wel wordt genoemd: 'advisor to the board', of het commissariaat niet te accepteren. Het verschil tussen een adviseur en een commissaris is dat een adviseur geen vennootschapsrechtelijke positie heeft en geen rechten (en plichten) aan de wet en (of) statuten kan ontleen. Daarmee heeft de adviseur geen beslissingsbevoegdheid, maar veelal ook een veel mindere verantwoordelijkheid dan de commissaris. Dit brengt met zich mee dat de aansprakelijkheidsrisico's van de adviseur aanzienlijk beperkter zijn dan die van de commissaris, al was het alleen al omdat uit de wet voortvloeit dat de commissaris een natuurlijk persoon dient te zijn, daar waar de adviseur desnoods via een zogenaamde 'managementvennootschap' de adviesopdracht kan uitvoeren.

Daarenboven: de adviseur 'adviseert' en houdt geen 'toezicht' en zal daardoor meestal intensiever betrokken zijn bij de vennootschap. Ook aan een adviseur-schap kan professioneel gezien een hoop lol worden beleefd.

#### *Adviseur in plaats van commissaris?*

Indien je als adviseur aan de slag gaat, doe je er verstandig aan je relatie met de vennootschap schriftelijk vast te leggen. De relatie met de vennootschap kwalificeert juridisch als een overeenkomst van opdracht en is daarmee in beginsel gelijk aan die van de commissaris, behalve dat je als adviseur veelal een persoonlijke managementvennootschap opdrachtnemer laat zijn en je in de invulling van je adviestaak meer vrijheid hebt. In de overeenkomst van opdracht kun je onder meer je maximale tijdbesteding laten vastleggen en je aansprakelijkheid beperken of zelfs uitsluiten.<sup>1</sup> Overigens is in de rechtspraak tot uitdrukking gekomen dat de benaming van een positie in een vennootschap niet van doorslaggevend belang is. Wanneer iemand als adviseur of lid van een raad van toezicht bij de vennootschap is betrokken en feitelijk de positie inneemt van een commissaris, zal hij in voorkomend geval als feitelijk commissaris aansprakelijk kunnen worden gesteld.

#### *Commissaris*

In het geval je besluit om op het verzoek om commissaris te worden in te gaan, is het verstandig de hiernavolgende overwegingen en stappen te doorlopen.

#### *Due diligence*

Je doet er verstandig aan om voordat je een commissariaat accepteert, eerst een beperkte 'due diligence' uit te voeren.

.....  
1 Bij grove schuld of opzet is aansprakelijkheid nooit uit te sluiten.