

ENKELE JURIDISCHE BESCHOUWINGEN BIJ DE VERANDERENDE ROL VAN DE COMMISSARIS

Paper bij Nyenrode Commissarissencyclus februari-juni 2015

Inleiding

“Zij dronken een glas, deden een plas en alles bleef zoals het was.”. Deze zegswijze is terug te voeren op de Tweede Grote Vergadering van de Republiek der Verenigde Nederlanden. Die vergadering begon op 28 november 1716 en duurde tot 14 september 1717. Er waren 34 afgevaardigden aanwezig, die in de Trèves-zaal in Den Haag vergaderden onder voorzitterschap van Adolf, graaf van Rechteren. Het doel was om de ‘treurige toestand van ’s lands financiën’ te verbeteren en de fouten in de grondwet van de Republiek te repareren. Men vergaderde bijna tien maanden lang, zonder enig resultaat.¹ Hoewel de lengte van deze vergadering waarschijnlijk uniek te noemen is, doet zij voor het overige wel enigszins denken aan verhalen “uit de oude doos” over commissarissenvergaderingen in het Nederlandse bedrijfsleven. Daarin staan sigaren en een goed glas wijn, meer dan inhoudelijke discussie, centraal. Veelal werd de functie van commissaris gezien als erebaantje voor mensen die hun sporen in het bedrijfsleven hadden verdiend, maar niet per sé als functie waarin ook nog een nuttige bijdrage aan de onderneming kon worden geleverd. Laat staan dat de commissaris daar verantwoordelijkheid voor zou hebben.

Dat is tegenwoordig wel anders. Steeds meer is het besef doorgedrongen, al dan niet onder invloed van activistische beleggers, beursschandalen en de financiële crisis, dat ook de commissaris een rol van betekenis heeft te spelen. En terecht, want de wet bepaalt dwingend wat de taak van de commissaris is. De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarnaast staat hij het bestuur met raad terzijde.² Kan men van het geven van gevraagde en ongevraagde raad wellicht nog zeggen dat het vrijblijvend is - advies is niet bindend en kan in de wind worden geslagen -, het houden van toezicht is dat naar zijn aard niet. Dat brengt (dan ook) mee dat niet denkbeeldig is dat falend toezicht leidt tot aansprakelijkheid. Waar in 1982 Van der Grinten nog vol overtuiging betoogde dat de juridische aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen geen rol van betekenis speelde,³ kan dat thans ook voor commissarissen niet meer worden volgehouden. Zaken als Fortis, Van der Moolen, Landis, Woningbouwcorporatie Sint Servatius en faillissement Econcern, om er maar een paar te noemen, laten zien dat in voorkomende gevallen de wijze waarop de commissarissen toezicht hebben gehouden kritisch wordt gezien en mogelijk ook tot aansprakelijkheid kan leiden. Ook de steeds verder voortschrijdende globalisering heeft invloed op de rol van de commissaris, onder andere door het introduceren van een buitenlands bestuursmodel in de Nederlandse wetgeving.

Tegen deze achtergrond belicht ik twee onderwerpen die in de cyclus aan de orde zijn gekomen: de one-tier board en de auditcommissie.

De one-tier board

Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013⁴ is de mogelijkheid van een monistisch bestuursmodel in het Nederlandse vennootschapsrecht geïntroduceerd. Op grond

¹ Ontleend aan Ewoud Sanders, <http://weblogs.nrc.nl/woordhoek/2006/07/07/zij-dronken-een-glas-en-deden-een-plas/>

² Artikelen 2:140 lid 2 B.W. voor de N.V. en 2: 250 lid 2 B.W. voor de B.V.

³ W.C.L. van der Grinten, “De mythe van de aansprakelijkheid”. De NV, 1982, p. 201 e.v.

⁴ Wet van 6 juni 2011, Stb. 2012, 275).

van artikelen 2: 129a lid 1 respectievelijk 2:239a lid 1 B.W. kan bij de statuten van de vennootschap worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan blijkens dezelfde bepaling niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet-uitvoerende bestuurders. Een belangrijke reden om de mogelijkheid van een one-tier board in te voeren was dat Amerikaanse en Britse investeerders het traditionele Nederlandse two-tier systeem onbegrijpelijk zouden vinden. Door bedrijven de mogelijkheid te geven te kiezen voor een one-tier board, zouden zij zich aantrekkelijker kunnen maken voor deze investeerders.⁵

Onafhankelijk toezicht (?)

Een voor de hand liggende vraag is of het toezicht uitgeoefend door niet-uitvoerende bestuurders die in één orgaan verenigd zijn met uitvoerende bestuurders voor- en/of nadelen biedt ten opzichte van het toezicht van de aparte raad van commissarissen. Er is wel betoogd dat de toezichthoudende niet-uitvoerende bestuurders in een one-tier board door de nauwere samenwerking met de uitvoerende bestuurders sneller en beter worden geïnformeerd dan commissarissen, hetgeen directer toezicht ten goede zou komen. Bewezen is dat echter nog niet; veel hangt uiteraard ook af van de feitelijke invulling van de functies door alle betrokkenen.⁶ Dit laatste is er wellicht de oorzaak van dat velen menen dat het lood om oud ijzer is. Toch is er mijns inziens een belangrijk verschil. Het uitoefenen van toezicht veronderstelt een zekere en noodzakelijke afstand tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde; het is immers eenvoudiger iemand die op enige afstand staat aan te spreken dan iemand bij wie men zich nauwer betrokken voelt. Een nauwe(re) samenwerking binnen één orgaan zal sneller een onderlinge verbondenheid met zich mee kunnen brengen. Doorslaggevend hoeft dat wellicht niet te zijn; van professionele toezichthouders mag men verwachten dat men ook directe collegae aanspreekt. Zo zullen commissarissen ook binnen de eigen raad een niet-functionerende collega moeten aanspreken. Niettemin, het gaat ook om de condities die worden gecreëerd. Ter vergelijking: een functionaris in dienst van de financiële toezichthouders De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM), die toezicht moet houden op bestuur en toezicht van onder toezicht staande instellingen, staat *qualitate qua* op de nodige afstand van de instelling, hetgeen als zodanig reeds een beperking is van het risico dat men op al te vertrouwelijke voet met elkaar komt te staan.

De vraag die ik hier opwerp is of een one-tier board niet een inherent risico in zich bergt van onvoldoende onafhankelijk toezicht. Die vraag is mede ingegeven door artikel 3:19 Wet op het financieel toezicht (Wft), waaruit vrij vertaald volgt dat een one-tier board voor banken, verzekeraars en clearinginstellingen *niet* is toegestaan. Lid 1 van dat artikel bepaalt namelijk uitdrukkelijk dat dergelijke instellingen een uit tenminste drie leden bestaande raad van commissarissen als bedoeld in artikelen 2:140 respectievelijk 2:250 B.W. moet hebben. De one-tier board valt daar dus buiten. Voor andere financiële ondernemingen waarop DNB toezicht houdt geldt die eis niet, evenmin als voor de instellingen ten aanzien waarvan de AFM de primaire toezichthouder is. Wel kan worden gezegd dat ook buiten het toepassingsbereik van artikel 3:19 Wft de one-tier board in het financiële toezicht een ondergeschoven kindje lijkt. Zo geeft DNB via een publicatie op haar website getiteld "*Onafhankelijk functioneren Raad van Commissarissen*" haar standpunt op de noodzakelijke onafhankelijkheid van commissarissen.⁷ Dit standpunt, dat een ruimer toepassingsbereik heeft dan alleen maar de bedoelde banken, verzekeraars en clearinginstellingen, gaat uit van de traditionele

⁵ W.J.L. Calkoen, One-Tier Board: een empirisch onderzoek, *Ondernemingsrecht* 2014/4, pp.'s 21 e.v.

⁶ Zie P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Wolters Kluwer, 16^e druk, 2013, pp.'s 165 en 166.

⁷ <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-226002.jsp>

raad van commissarissen; van (de mogelijkheid van) een one-tier board wordt in het standpunt niet gerept. Weliswaar is dit standpunt geformuleerd vóór de introductie van de one-tier board in de Nederlandse wetgeving, maar het staat vandaag de dag nog steeds in ongewijzigde vorm op de website van DNB.

Voorts kan worden gewezen op de artikelen 3:8 en 3:9 respectievelijk 4:9 en 4:10 Wft, die bij elkaar genomen alle financiële ondernemingen binnen hun bereik hebben. Deze artikelen bepalen kort samengevat dat (mede) beleidsbepalers van financiële ondernemingen geschikt en betrouwbaar moeten zijn.⁸ Daaronder vallen ook commissarissen. Deze voor het financiële toezicht zeer belangrijke artikelen zijn geënt op de traditionele raad van commissarissen. Alleen in artikel 3:8 lid 3 aanhef en sub c Wft worden uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders genoemd. Hoewel de overige genoemde artikelen niet eenzelfde bepaling bevatten, lijkt artikel 3:8 lid 3 aanhef en sub c een duidelijke aanwijzing dat buiten het bereik van artikel 3:19 Wft de one-tier board wel mogelijk is in de financiële sector.⁹ Wel kan worden geconstateerd dat ook de bepalingen die zien op geschiktheids- en betrouwbaarheidsvereisten in de financiële sector nog niet voldoende zijn toegesneden op de one-tier board.

Het bovenstaande komt er simpel gezegd op neer dat banken, verzekeraars en clearinginstellingen géén one-tier board mogen hebben (zie artikel 3:19 Wft), maar - ondanks het gebrek aan aandacht daarvoor van de regelgever(s) - andere financiële ondernemingen wél (zij vallen immers buiten de bepaling van artikel 3:19 Wft).

Wat resteert is de vraag waarom banken, verzekeraars en clearinginstellingen geen one-tier board mogen hebben. Vindt de wetgever dit bestuursmodel niet geschikt voor deze voor het financiële stelsel zo belangrijke ondernemingen? Er is verrassend weinig aandacht voor dit toch interessante gegeven. Het wordt een enkele keer wel opgemerkt, maar bij de achterliggende reden wordt niet stil gestaan.¹⁰ Ook in de parlementaire geschiedenis is er geen aandacht aan besteed.¹¹

Het Nederlandse toezicht op financiële ondernemingen en financiële markten zoals dat is neergeslagen in de Wft en daarop gebaseerde regelgeving is grotendeels het resultaat van de uitvoering van Europese richtlijnen; De oorsprong van artikel 3:19 Wft is echter niet gelegen in Europese regelgeving; ook in de oude sectorale wetgeving voor banken en verzekeraars was zij opgenomen.¹² In Europa is dus het antwoord ook niet te vinden. Navraag bij DNB leert dat er waarschijnlijk *niet* sprake is van een bewuste keuze om de one-tier board uit te sluiten voor banken, verzekeraars en clearinginstellingen, bij voorbeeld omdat in een one-tier board onvoldoende onafhankelijk toezicht mogelijk zou zijn. Waarschijnlijk is bij de introductie van de one-tier board

⁸ Artikelen 3:8 en 3:9 Wft met als primaire toezichthouder DNB enerzijds en artikelen 4:9 en 4:10 Wft met als primaire toezichthouder de AFM anderzijds zijn grotendeels gelijklopend, met uitzondering van de hierna te noemen bepaling van artikel 3:8 lid 3 Wft.

⁹ Uit het feit dat de niet-uitvoerende bestuurders in artikelen 3:9, 4:9 en 4:10 Wft niet expliciet worden benoemd kan overigens niet de conclusie worden getrokken dat niet-uitvoerende bestuurders uit een one-tier board van een financiële onderneming niet aan de geschiktheids- en betrouwbaarheidsvereisten zouden behoeven te voldoen. Zij zijn immers bestuurder en moeten uit dien hoofde reeds voldoen aan deze vereisten.

¹⁰ Zie bij voorbeeld Van Schilfgaarde, t.a.p. p. 248. Opmerkelijk is dat in Toezicht Financiële Markten, Commentaar uit de Groene Serie, 2014, aantekening 3 bij artikel 3:19 Wft wordt opgemerkt dat banken, verzekeraars en clearinginstellingen een raad van commissarissen moeten hebben, "*althans een vergelijkbaar toezichthoudend orgaan.*" Onduidelijk is wat daarmee wordt bedoeld, maar een one-tier board kan het niet zijn, omdat dat immers niet als orgaan toezicht houdt.

¹¹ Zie Wet op het financieel toezicht, Tekst & Toelichting- Wet, derde druk., Kluwer, 2014, p. 465.

¹² Toezicht Financiële Markten, t.a.p., aantekening 3. Voor clearinginstellingen werd de bepaling overigens eerst van toepassing bij de inwerkingtreding van de Wft.

gewoon verzuimd om artikel 3:19 Wft (en overigens ook de genoemde artikelen 3:9, 4:8 en 4:10) op de one-tier board aan te passen. Indien dat inderdaad het geval is, verdient het aanbeveling om de Wft bij een volgende “opschoonactie” de genoemde artikelen aan te passen. Ook de standpuntbepaling van DNB op haar website zou op dit punt moeten worden verhelderd.

Overigens: de Nederlandse Corporate Governance Code (CGC) besteedt ook geen enkele aandacht aan de one-tier board. Dat is niet vreemd als men bedenkt dat de laatste versie stamt uit 2008, maar bij de komende aanpassing van de CGC zou de one-tier board een plaats moeten krijgen.

Aansprakelijkheid niet-uitvoerende bestuurders

Een andere voor de hand liggende vraag is of de wezenlijk andere setting van de one-tier board ten opzichte van het traditionele two-tier systeem gevolgen heeft voor de mogelijke aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders wegens falend toezicht. Qua aansprakelijkheid kan onderscheid gemaakt worden tussen (i) interne aansprakelijkheid; en (ii) externe aansprakelijkheid. De interne aansprakelijkheid ziet op de inspanningsverplichting die de bestuurder heeft op grond van artikel 2:9 BW tot een behoorlijke taakvervulling. Via de schakelbepalingen van artikel 2:149/259 BW geldt die verplichting op gelijke wijze voor de commissaris. Alleen de vennootschap (of in geval van faillissement: de curator) kan de betrokken bestuurder of commissaris op die basis aansprakelijk houden voor de door de vennootschap geleden schade. Externe aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris jegens derden, bij voorbeeld op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).

Het voert in het kader van deze paper te ver een uitgebreide analyse te geven van aansprakelijkheidsscenario's. Ik sta daarom vooral stil bij artikel 2:9 BW, dat de taakomschrijving van de bestuurder (en via de schakelbepalingen) van de commissaris geeft en dat is aangepast toen de one-tier board in onze wetgeving werd geïntroduceerd. Het artikel luidt thans als volgt:

- 1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.*
- 2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem gelet op de aan anderen toebedeelde zaken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.*

De tweede volzin van lid 1 is opgenomen met het oog op de one-tier board. Uitvoerende taken zijn niet toebedeeld aan de niet-uitvoerende bestuurder. Daarvoor kan hij dus in beginsel niet aansprakelijk zijn. Niettemin volgt uit het tweede lid dat “de algemene gang van zaken” de verantwoordelijkheid is van alle bestuurders, dus ook van de niet-uitvoerende bestuurders. Uitgangspunt is dus collectieve verantwoordelijkheid en volledige aansprakelijkheid van alle bestuurders, behoudens de mogelijkheid van individuele disculpatie op grond van taakverdeling. Het nieuwe artikel 2:9 BW is uitdrukkelijk niet bedoeld als breuk met het verleden; oude jurisprudentie blijft daarom van belang. Kort samengevat komt het neer op de vraag of een bestuurder (dus ook een niet-uitvoerende bestuurder) een ernstig verwijt kan worden gemaakt op grond van alle omstandigheden van het geval. Daarbij speelt een belangrijke rol de informatie waarover hij beschikte of diende te beschikken. De norm wordt daarbij gezet door de bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.¹³

¹³ HR 10 januari 1997, Staleman/Van de Ven, JOR 1997/29.

Kern van de zaak is dat de toezichthouder in het one-tier board systeem de hoedanigheid heeft van bestuurder en niet meer die van commissaris. De vraag is of dat ook leidt tot andere eisen die aan adequaat toezicht kunnen worden gesteld. Fleming stelt dat wanneer in het hypothetische geval in de Landis-zaak sprake zou zijn geweest van een one-tier board, de rechter de verantwoordelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder waarschijnlijk niet anders zou hebben ingekleurd dan nu het geval is geweest. Van de commissarissen werd immers al een directe en proactieve betrokkenheid verwacht. Zou van een niet-uitvoerend bestuurder nóg meer worden verwacht dan reeds op basis van bestaande jurisprudentie van de commissaris in het klassieke model wordt verwacht, zo vervolgt hij, dan valt niet in te zien wat eigenlijk nog het verschil is tussen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurder.¹⁴ Op zich is dat een gedachte die goed te volgen is.

Toch blijft er iets knagen. Hoe men het ook wendt of keert, de toezichthouder in het one-tier board stelsel is een bestuurder. Diens eventuele aansprakelijkheid dient dan ook vanuit dat perspectief te worden beoordeeld.¹⁵ Toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken en het geven van advies - de rol van de commissaris in het klassieke model - is naar zijn aard principieel wat anders dan als bestuurder *directe* verantwoordelijkheid dragen voor de algemene gang van zaken. Wanneer het voordeel van een one-tier board directere betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders is en meer mogelijkheden schept om te kunnen beschikken over meer informatie (hetgeen overigens geen wet van Meden en Perzen is¹⁶), dan zit daar vanuit aansprakelijkheidsoogpunt naar mijn smaak ook een schaduwzijde aan. Dat schept dan meer verantwoordelijkheid ten opzichte van de commissaris in het klassieke model, die niet over die voordelen kan beschikken. Waar blijkens bestaande jurisprudentie alle omstandigheden een rol kunnen spelen, lijkt mij dan ook niet uitgesloten dat juist specifieke omstandigheden die inherent (kunnen) zijn aan de one-tier board mede een rol gaan spelen bij de beoordeling van aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders. Terwijl enerzijds gesteld kan worden dat aan de commissaris in het klassieke model toch al strenge eisen worden gesteld, kan anderzijds ook worden gesteld dat aan de niet-uitvoerende bestuurder in ieder geval niet minder strenge eisen zullen worden gesteld dan aan de commissaris. Hoogstens meer. Hij heeft ook meer taken, hetgeen ook vanuit die optiek kan leiden tot een ruimere aansprakelijkheid.¹⁷

Slotopmerkingen

Het toezicht binnen de one-tier board is opgedragen aan de niet-uitvoerende bestuurders. Die hebben echter ook een zelfstandige collectieve verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Daarmee is sprake van een inherent belangenconflict, want degene die toezicht moet houden op de algemene gang van zaken (waaronder mede worden begrepen financiële zaken¹⁸), draagt daar tevens medeverantwoordelijkheid voor. Het behoeft geen betoog dat dat vanuit toezicht optiek nu niet een ideale systematiek is ('de slager die zijn eigen vlees keurt'). Waar alle omstandigheden relevant kunnen zijn, is niet uitgesloten dat dat net als de hierboven besproken punten in aansprakelijkheidskwesties een rol kan spelen.

Voorts kan worden geconstateerd dat de wet- en regelgeving nog onvoldoende is toegesneden op de one-tier board. Dat geldt voor de financiële wetgeving, waarin (waarschijnlijk onbedoeld) de mogelijkheid van de one-tier board strikt genomen niet bestaat voor banken, verzekeraars en clearinginstellingen. Het geldt ook voor de CGC.

¹⁴ Jeroen Fleming, Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders: de juridische risico's van ondernemen, Jaarboek Corporate Governance, 2014/2015, Kluwer, Deventer, 2014, pp.'s 97 en 98.

¹⁵ Strik, Ondernemingsrecht 2012/91, p. 496.

¹⁶ Zie Van Schilfgaarde, t.a.p. p. 166, met verwijzing naar andere literatuur.

¹⁷ Strik, t.a.p. p. 499.

¹⁸ Zie hierna in de paragraaf die handelt over de auditcommissie.

De Auditcommissie

De CGC schrijft voor dat een raad van commissarissen die uit meer dan vier leden bestaat, een auditcommissie moet instellen. Deze houdt zich blijkens best practice bepaling III.5.4. onder meer bezig met de werking van de interne risicobeheersings- en controle systemen, de financiële informatievoorziening door de vennootschap, de interne auditfunctie en de relatie met de externe accountant. De auditcommissie mag zich verheugen in een verhoogde belangstelling, mede onder invloed van vele beurschandalen die veelal door fraude en/of falende risicobeheersings- en controlesystemen werden veroorzaakt. Nationaal, maar ook internationaal. Nationaal heeft dat eerder dit jaar geleid tot een rapport van de AFM, getiteld *“Rapport Auditcommissies, Verkenning kritisch vermogen van Auditcommissies bij verslaggeving en accountantscontrole”* (het Rapport).¹⁹ In dat Rapport is te lezen dat ook internationale toezichthouders op de financiële markten aandacht aan de auditcommissie besteden.²⁰ En ook vanuit de beleggers is er belangstelling: de Vereniging van Effectenbezitters (VEB) organiseerde op 15 april van dit jaar in Den Haag een symposium getiteld *“Nut en noodzaak van de Audit Committee in de 21^{ste} eeuw”*. Doel daarvan was te komen tot aanbevelingen ten aanzien van de auditcommissie aan de Monitoring Commissie Corporate Governance Code, met het oog op aanpassing van de CGC.

Naast de CGC stellen de Wet toezicht accountantskantoren en het Besluit inzake auditcommissies,²¹ dat een aantal bepalingen uit de CGC verplicht stelt voor zogenaamde Organisaties van Openbaar belang, enkele regels ten aanzien van de auditcommissie. Medio 2016 worden voorts een aantal nieuwe op de auditcommissie betrekking hebbende bepalingen die voortvloeien uit Europese regelgeving van kracht.²² Een en ander onderstreept het belang van deze kerncommissie van de raad van commissarissen (of de niet-toezichthoudende bestuurders²³). Feitelijk kan men naar mijn mening zeggen dat een groot deel van de toezichtfunctie van de raad van commissarissen primair is belegd bij de auditcommissie.

Tegen deze achtergrond maak ik twee opmerkingen. De eerste betreft de positie van de commissarissen die niet deel uitmaken van de auditcommissie. De vraag is in hoeverre zij mogen afgaan op de bevindingen en conclusies van de auditcommissie of, anders geformuleerd, in hoeverre zij aansprakelijkheid kunnen afwenden omdat zij zijn afgegaan op de bevindingen en conclusies van de auditcommissie. Zoals hierboven is vermeld kunnen individuele commissarissen, afhankelijk van alle omstandigheden, zich immers op grond van taakverdeling disculperen.

Het lijkt mij dat de niet-leden van de auditcommissie niet “zomaar” mogen afgaan op het werk van de auditcommissie. Zo bepaalt principe II.1 CGC dat het bestuur de interne risicobeheersings- en controlesystemen bespreekt *“met de raad van commissarissen en de auditcommissie”*. Principe III.5 bepaalt dat de taak van de kerncommissies (waaronder de auditcommissie) is het voorbereiden van besluitvorming van de raad van commissarissen. Dit duidt er op dat de taken waar de auditcommissie zich mee bezig houdt uiteindelijk óók tot de verantwoordelijkheid van de niet-leden behoort. In meer

¹⁹ Rapport van maart 2015, te downloaden van de website van de AFM.

²⁰ Zie p. 5 van dat Rapport.

²¹ Besluit van 26 juli 2008 tot uitvoering van artikel 41 van Richtlijn nr. 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen nr. 78/660/EEG en nr. 83/349/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen en houdende intrekking van Richtlijn nr. 84/253/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen (Besluit inzake auditcommissies).

²² Voor een overzicht, zie hoofdstuk 6 van het genoemde rapport van de AFM.

²³ Voor de leesbaarheid spreek ik hierna alleen over de (raad van) commissarissen.

algemene zin geldt ook dat onder de in artikel 2:9 BW genoemde “algemene gang van zaken”, waarvoor alle commissarissen via de genoemde schakelbepalingen toezichtsverantwoordelijkheid dragen, blijkens de wetsgeschiedenis en literatuur ook de financiële zaken van de onderneming behoren.²⁴ Dat maakt een eventuele disculpatie van niet-leden van de auditcommissie ingewikkeld, als op die punten fouten zijn gemaakt. Zij kunnen zich er niet van af maken met een beroep op taakverdeling en zullen moeten aantonen dat zij voldoende hebben gedaan om de fouten te voorkomen. Aan de andere kant zal de specifieke deskundigheid op deze terreinen juist bij de leden van de auditcommissie zitten, hetgeen het voor de niet-leden niet gemakkelijker maakt om eventuele fouten te ontdekken. Op grond van het hierboven reeds genoemde standaard-arrest Staleman/Van de Ven zullen in aansprakelijkheidskwesties alle omstandigheden een rol spelen. De niet-leden doen er daarom verstandig aan het werk van de auditcommissie niet als hamerstuk over te nemen, maar naar vermogen kritisch te beoordelen en daarvan ook verslag bij te houden.²⁵

De tweede opmerking heeft een enigszins voorspellend karakter. "*Auditcommissies spelen een belangrijke rol in de corporate governance van ondernemingen. Een kritische invulling van deze rol is, ook vanuit het oogpunt van beleggersbescherming cruciaal.*", schreef de AFM op 27 maart 2015 bij de presentatie van haar Rapport.²⁶ Nu vanuit Europa de aanzet is gegeven dat financiële toezichthouders het functioneren van auditcommissies vanaf 2016 gaan beoordelen, ligt de gedachte voor de hand dat verdere overheidsregelgeving in het verschiet ligt. De monitoring zal immers tot bevindingen leiden, waarmee men iets zal willen doen. Voor financiële ondernemingen geldt vanwege het belang van de financiële sector voor het economisch verkeer al jaren een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoetsing. Maar ook beursschandalen als Ahold en Imtech hebben grote maatschappelijke impact en kunnen voor beleggers grote financiële consequenties hebben. De sprong naar soortgelijke geschiktheidstoetsingen voor sleutelfunctionarissen van beursgenoteerde ondernemingen, zoals leden van de auditcommissie, is mede gezien de toegenomen regeldrift van de afgelopen jaren op termijn misschien niet zo'n hele grote.

H.J. Sachse, 22 juni 2015

²⁴ Zie de instructieve noot van Wezeman onder een uitspraak van het Hof Amsterdam, JOR 2011/40.

²⁵ Best practise bepaling III.3.2. bepaalt dat minimaal een lid van de raad van commissarissen een financieel expert dient te zijn, hetgeen inhoudt dat hij relevante kennis en ervaring heeft opgedaan op financieel administratief/accounting gebied bij beursvennootschappen of andere grote ondernemingen. Dat lijkt bij de toenemende betekenis van de auditcommissie wel erg mager.

²⁶ <http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/mrt/rapport-auditcommissies>

