

PROF. MR. STEVEN R. SCHUIT

De advocaat als commissaris

Enige beschouwingen over onafhankelijkheid

O & F

10

Nr. 68 / december 2005

Onafhankelijkheid is een complex begrip. Het gebruik van dit begrip is alleen zinvol als twee voorvragen beantwoord zijn: onafhankelijk van wie en waarom? De advocaat moet onafhankelijk zijn, zodat hij uitsluitend het belang van zijn cliënt kan dienen. Hij moet dus onafhankelijk zijn van invloeden van derden, waaronder de overheid, en van 'hogere belangen'. Hij moet zelfs onafhankelijk zijn van zijn eigen belang, een complex probleem waarop ik hier niet inga, maar dat met de voortschrijdende commercialisering van de samenleving, en derhalve ook van de advocatuur, hernieuwde aandacht vraagt. Ook een commissaris moet onafhankelijk zijn. Zijn onafhankelijkheid wordt bepaald door zijn onbevangenheid ten opzichte van het bestuur van de vennootschap en van de diverse *stakeholders*, waartoe ik reken de aandeelhouders, de werknemers, de schuldeisers, de toeleveranciers en de vele andere belangen waar de vennootschap onder de bijzondere omstandigheden van het geval mee te maken heeft. Huydecoper¹ wees op het gevaar dat advocaten door provisieregelingen en door het deelnemen in belangen van cliënten verstrikt raken in een tegenstrijdig belang omdat voor de advocaat ook past dat hij een zekere afstand van de cliënt bewaart. Weliswaar dient de advocaat uitsluitend het belang van de cliënt, maar niet slaafs. Dat geldt ook voor de commissaris. Die telt niet de deelbelangen van de stakeholders op, maar vormt zijn eigen oordeel, waarbij mede in aanmerking genomen wordt of het besluit past binnen het uitgezette beleid op korte en lange termijn. De Code Tabaksblat wijdt met recht veel

aandacht aan de onafhankelijkheid van de commissaris. De *best practice* bepaling III.2.2 kwalificeert zelfs een commissaris als 'niet onafhankelijk' indien hij in het jaar voorafgaande aan zijn benoeming tot commissaris als advocaat is opgetreden voor de betreffende vennootschap. Dat is natuurlijk een wat willekeurige periode, maar het is duidelijk dat een advocaat van de vennootschap, die in beginsel door of namens het bestuur van de vennootschap wordt benoemd en geïnstrueerd, geacht wordt te acteren conform het gezegde 'wiens brood men eet, diens woord men spreekt', en in dat geval kan je als commissaris niet kritisch en onafhankelijk staan ten opzichte van het bestuur van de vennootschap. De Code zegt echter niets specifiek over de advocaat die een deelbelang van bijvoorbeeld een stakeholder vertegenwoordigt en die in die hoedanigheid zitting neemt in de raad van commissarissen (tenzij hij kwalificeert onder de andere specifieke bepalingen van III.2.2). Die advocaat heeft natuurlijk wel te maken met het eveneens in de Code Tabaksblat opgenomen verbod van elke vorm en schijn van belangenverstengeling tussen de vennootschap en commissarissen.² Elke discussie over het onderwerp 'de advocaat als commissaris' gaat derhalve over de vraag hoe de uit beide posities gepostuleerde onafhankelijkheid moet worden veiliggesteld.

Het onderwerp is bepaald niet nieuw. Reeds in 1976 schreven mr. Y. Scholten en mr. R. van de Vijver elk een bijdrage in de Van de Ploeg-bundel.³ Beiden waren in die tijd gerenommeerde advocaten. Zij

¹ J.L.R.A. Huydecoper, 'Alleen het belang van de cliënt telt', in: *AdvocatenDossier – Advocaat en ethiek*, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998.

² Principe III.6 van de Nederlandse Corporate Governance Code. Zie over de onduidelijkheid van dit artikel: M.W. den Boogert, 'De raad van commissarissen onder de nieuwe corporate governance code', in: *Ondernemingsrecht* 2004-4, pp. 113-116, punt 8.

³ R. van de Vijver, 'Besluitvorming in besturen van vennootschappen' en Y. Scholten, 'De commissaris', in: *Recht zo die gaat, Opstellen aangeboden aan Mr. P.W. van der Ploeg*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1976.

waren als commissaris respectievelijk bestuurder van grote vennootschappen, toen al geconfronteerd met het hier bedoelde spanningsveld. Zij werden daarin voorgegaan door mr. M.P. Bloemsma die naar mijn weten als eerste in Nederland zich als advocaat waagde aan een commissariaat bij een multinational, mede gezien zijn optreden voor diverse buitenlandse investeerders die deelnamen in Nederlandse vennootschappen. Ongetwijfeld waren lang voordien advocaten al tevens commissaris, met name bij familiebedrijven. Sindsdien hebben diverse schrijvers dit onderwerp besproken. In 1977⁴ heeft Honée zelfs een inventarisatie gemaakt van advocaten die commissarissen waren. Hij constateerde dat bij de 470 toen bij hem bekende structuurvennootschappen 6,6% van de commissarissen afkomstig was uit de groep zelfstandige beroepsbeoefenaren, waaronder advocaten en accountants.

Meer recent heeft dit onderwerp aandacht gekregen door de bekende Parmalat-zaak.⁵ Hier betrof het evenwel niet een door een Nederlandse advocaat beklede functie als commissaris, maar de door het advocatenkantoor Nauta Dutilh gevoerde directie over een Nederlandse Parmalat- dochter. Dit voorpagina-nieuws heeft veel reputatieschade veroorzaakt, met als gevolg dat alle advocatenkantoren, waaronder Nauta Dutilh, zich van directiefuncties hebben ontdaan.⁶ Maar de aandacht van de pers voor dit onderwerp was gewekt, en de overstap naar de advocaat als commissaris was maar klein. Kort nadien verschenen diverse publicaties. Ik citeer uit één daarvan⁷, dat mij betrouwbaar voorkomt.

‘De meeste commissariaten worden aangetroffen bij Stibbe waar vijf partners 27 bedrijven mede controleren. Er zijn echter veel meer Stibbe partners met commissariaten dan de vijf die in het onderzoek naar voren kwamen: Stibbe’s managing partner Allard Metzelaar zei recent tegen het Engelse blad Legal Week ‘dat 30 van de 80 partners van Stibbe één of meer commissariaten bekleeden, al zijn er maar twee die dat doen bij AEX-genoteerde bedrijven’...’

‘Een actueel conflict speelt zich thans af rond het bedreigde handelshuis Hagemeyer waar Frans Cor-

peleijn commissaris is terwijl diens kantoorgenoot Fons Leijten Hagemeyer bijstaat inzake de megacclaim die de curatoren van het failliete dochterbedrijf Ceteco er recent hebben ingediend. Allard Metzelaar van Stibbe legt de verantwoordelijkheid voor eventuele conflicts of interest primair bij de onderneming: zij willen immers de advocaat zo graag als commissaris? Metzelaar: “De aanbevelingen van Tabaksblad zijn niet eenduidig en nog niet van kracht. Het is nog een grijs gebied. Moet een partner van mijn kantoor die commissaris is bij een cliënt maar zelf in de advisering geen rol speelt, gelden als niet-onafhankelijk?” Andere advocatenkantoren met veel commissariaten zijn De Brauw Blackstone Westbroek (18), Houthoff Buruma (11) en Nauta Dutilh (11). Een opmerkelijk feit is voorts dat advocaat Jaap Glasz van Van Doorne, lid van de Commissie Tabaksblad, zelf vijf zware commissariaten blijkt te bekleeden, in elk geval deels bij cliënten van zijn kantoor zoals Fortis waar hij zelfs voorzitter is van de raad van commissarissen. Ook is lid van de commissie Jaap Winter van De Brauw Blackstone Westbroek waar zware commissariaten werden aangetroffen bij ondermeer Boekhandel Groep Nederland, NCD Nederlandse Cement, HAL Holding NV, Van Lanschot NV en NCM Holding NV...’

‘De Engelse kantoren, ook de vestigingen in ons land, geven het goede voorbeeld: daar speelt deze problematiek niet of nauwelijks omdat het partners simpelweg verboden is commissariaten te aanvaarden, zeker bij cliënten van kantoor. Jan Louis Burggraaf van Allen & Overy: “Het probleem lost zich vanzelf op, want het gaat voornamelijk om oude partners van boven de zestig. De jongere garde op ’s lands kantoren beseft terdege dat dit soort verwevenheden vermeden dient te worden. Bovendien worden de aansprakelijkheidsrisico’s steeds groter...”’

Ik heb geen feitenonderzoek gedaan. Maar ik weet dat niet alle Engelse kantoren zich zo braaf gedragen. Van Allen & Overy weet ik dat een algeheel verbod geldt voor zijn partners om tevens commissaris te zijn bij een beursvennootschap. Ik kom daar nog op terug.

⁴ H.J.M.N. Honée, *De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen*, p. 147, Kluwer, Deventer 1997.

⁵ ‘Nauta in opspraak wegens banden Parmalat’, *www.advocatie.nl* op 28 januari 2004.

⁶ Een advocaat die commissaris wordt moet zich realiseren dat zijn praktijk als advocaat ernstige reputatieschade op kan lopen als hij als commissaris faalt c.q. de vennootschap in de problemen komt te verkeren. Reputatie is voor advocaten vitaal. De verdienste als commissaris is meestal bescheiden. De advocaat en zijn kantoor zullen zich realiseren dat de bestuurs- en commissaris-aansprakelijkheidsverzekering geen dekking biedt voor reputatieschade!

⁷ M. Kat, ‘Topadvocaat exit als commissaris’, *www.klokkeluideronline.nl* op 12 oktober 2003.

De drijfveer om als advocaat tevens commissaris te zijn ligt vermoedelijk in de klantenbinding. Het is duidelijk dat hier de achilleshiel zit van die relatie. De in hoedanigheid van advocaat te verkrijgen zaken komen immers van het bestuur. En wie om die reden in het gevele van het bestuur wil komen kan niet onafhankelijk toezicht op datzelfde bestuur uitoefenen.

Alvorens in te gaan op de diverse typen vennootschap waarin commissariaten kunnen worden bekleed, wijs ik op andere karakteristieken van de advocaat. Behalve dat hij, zoals gezegd, uitsluitend het partijbelang moet dienen, dient hij ook ondernemer te zijn. De advocatuur is een vrij beroep. Daar wordt een beperkte inbreuk op gemaakt door de advocaten in dienstverband, maar zij zijn met handen en voeten gebonden aan vele onafhankelijkheidsvereisten en mede daardoor is de aanvankelijke toevloed van bedrijfsjuristen tot de advocatuur praktisch tot staan gekomen. Bij een vrij beroep behoort het voorzien in een commerciële organisatie. Dat geldt ook voor een éénpitter, ook die moet zich voorzien van een toevloed van nieuwe cliënten, ongeacht of dit toegevoegde zaken zijn of van zelf betalende cliënten. Een advocaat die deze commerciële basis miskent, is veroordeeld tot de bedelstaf. Dat is nu juist ondermijnd voor die eerdergenoemde onafhankelijkheid. Tot die onafhankelijkheid behoort namelijk dat de advocaat kwalitatief hoogwaardig juridisch adviseert. Daar is niet uitsluitend een goede bibliotheek voor nodig, maar in de huidige tijd ook specialisatie. En buitendien moeten de juist afgestuurde juristen die goede cijfers haalden en voorzien zijn van de nodige ambitie, het vak gaan uitoefenen wil de kwaliteit ook op lange termijn gewaarborgd blijven. Wie als advocaat de commercie schuwt, miskent dit wezenskenmerk van het vrije beroep. Ik wees reeds op het potentieel tegenstrijdig belang dat hierdoor kan ontstaan. Om die reden moeten advocaten voorkomen dat zij van een beperkt aantal cliënten afhankelijk zijn. Mij is bekend dat onder de zeer grote advocatenkantoren een actief beleid gevoerd wordt om afhankelijkheid van cliënten te voorkomen. Hoe aantrekkelijk en interessant hun cliënt voor dat kantoor ook mag zijn. Advocaten moeten, ook ten opzichte van hun zeer gewaarde cliënten, afstand bewaren.

Het is juist deze commerciële onderbouwing van het vrije beroep die van belang is bij de mogelijke tegenstelling tussen het zijn van advocaat en commissaris. De wet is buitengewoon schaars in het definiëren van de taak van de commissaris. Hij heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken van de vennootschap en hij geeft het bestuur advies. Die twee taken zijn onderling verweven. Het betreft hier niet het advies zoals advocaten dat geven aan het bestuur van de vennootschap; het advies van de raad van commissarissen wordt gegeven vanuit de onafhankelijke toezichtpositie. Diverse auteurs wijzen op de invulling van deze taken.⁸ Wat ik daarbij mis is de toetsing van deze taak aan de verschillende typen vennootschappen. Het ligt nu eenmaal niet steeds bij elk type vennootschap hetzelfde. Bij toezicht van een commissaris bij een familievennootschap waarvan alle aandelen worden gehouden door de oprichter – en hoe vaak komt dat niet voor – is het toezicht nu eenmaal wat minder onafhankelijk omdat de enig aandeelhouder daar wat minder ruimte voor geeft. Zo erg lijkt mij dat niet, als de raad van commissarissen maar voldoende blijft toezien op het behartigen van de belangen van de andere stakeholders, met name werknemers en schuldeisers. Je bent als commissaris geen zetbaas (zie hierna). Dat toezicht heeft een heel andere invulling bij een structuurvennootschap en in gevallen van medebestuur.⁹ Ik deel niet de opvatting van Glasz¹⁰: ‘commissarissen besturen niet en dus ook niet mee. Het is niet aan hen initiatieven te nemen en beleid te formuleren.’ Dat is nog maar de vraag. De commissaris moet niet op de stoel van de bestuurder gaan zitten, daar is iedereen het over eens. Maar de commissaris moet zich actief met het beleid en de strategie bemoeien, en dat moet ook door de commissarissen gedragen worden. In de Laurus-zaak¹¹ constateerde de Ondernemingskamer dat de raad van commissarissen mede verantwoordelijk was voor het geconstateerde wanbeleid.¹² Medeverantwoordelijkheid voor (wan)beleid impliceert medebestuur. Wie de beschikking van de Ondernemingskamer terzake leest krijgt een goede indruk van de vergaande betrokkenheid die van een commissaris wordt vereist. Commissarissen kunnen zich niet afwachtend opstellen, en slechts goed- of afkeuren. Het beleid en de strategie komen tot stand in een dialoog, waarbij natuurlijk het initiatief daarvoor ligt bij het bestuur.

⁸ Losbladige Kluwer-uitgave *Rechtspersonen*, Kluwer (Deventer); J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*, Kluwer, Deventer 1995; Asser-Maeijer 2-III, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2000.

⁹ M.W. den Boogert, ‘De raad van commissarissen onder de nieuwe corporate governance code’, in: *Ondernemingsrecht 2004-4* pp. 113-116, punt 6.

¹⁰ J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*, p. 156, Kluwer, Deventer 1995.

¹¹ Gerechtshof Amsterdam 16 oktober 2003, JOR 2003/260 (Laurus) (r.o. 3.10).

¹² Dat oordeel is niet door de Hoge Raad gecasseerd.

Het zou de werkelijkheid miskennen als wij dat geen medebestuur zouden mogen noemen. In de Nederlandse vennootschapspraktijk ligt het *two tier*-model veel dichter aan tegen het *one tier*-model dat gangbaar is in bijvoorbeeld Engeland dan wij vaak willen geloven, met name waar het gaat om het vaststellen van het beleid en de strategie. Waar de commissaris zijn toegevoegde waarde levert in deze discussie (net als zijn Engelse collega die onder het *unitary* systeem behoort tot de categorie van de *independent members of the Board of Directors*) door zijn onafhankelijkheid en onbevangenheid. Voor zowel de bestuurder als de commissaris geldt dat zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat is dus niet wat hen onderscheidt waar het gaat om medebestuur.

Het onderwerp medebestuur is met name van belang wanneer de advocaat van de vennootschap tevens commissaris is. In dat geval is hij niet onafhankelijk en onbevangen, maar is hij behept met een tegenstrijdig belang. Hij kan en mag zijn optreden als behartiger van het belang van zijn cliënt (het bestuur) niet verzaken en heeft daar, als gezegd, ook een commercieel belang bij.

Medebestuur treft men vermoedelijk wat minder aan bij eenmansvennootschappen en familiebedrijven. Maar het komt heel veel voor bij structuurvennootschappen, beursgenoteerde vennootschappen en vennootschappen die functioneren in het kader van een onderlinge regeling tot samenwerking tussen aandeelhouders. In het laatste geval denkt men aan *joint ventures*, *management buy outs* en vergelijkbare samenwerkingsfiguren. Advocaten die in een dergelijke constellatie optreden als advocaat bevinden zich in een duivels dilemma. Alle auteurs postuleren dat commissarissen dienen te handelen zonder last of ruggespraak en dat zij derhalve optreden zonder mandaat.¹³ Toch gebeurt dat veelvuldig. In dit soort constellaties zijn commissarissen gebonden aan contractuele verplichtingen ten aanzien van het uitoefenen van hun stemrecht. Ik meen dat dit rechtens wel geoorloofd is mits volstrekt duidelijk is ten opzichte van alle andere partijen bij deze onderlinge overeenkomst tot samenwerking welke beperkingen aan de commissarissen zijn opgelegd en tevens door hen wordt erkend dat deze commissarissen zich de belangen van de andere stakeholders onverminderd moeten aantrekken. Aandeelhouders zijn immers slechts

één van de stakeholders, en de commissarissen zitten, net als het bestuur van de vennootschap, er niet voor de aandeelhouders alleen, maar eveneens voor de andere stakeholders.

Bij een beursvennootschap ligt dit alles eenvoudiger. In beginsel speelt hier geen onderlinge regeling tot samenwerking tussen de aandeelhouders en meestal is ook sprake van een gespreid aandelenbezit. Maar juist in die situatie zullen de aandeelhouders in de uitoefening van hun belangen zeer afhankelijk zijn van het goed functioneren van de raad van commissarissen. Als aandeelhouders staan zij immers zelf op afstand en zij hebben niet de mogelijkheid om een actieve bijdrage te leveren aan het formuleren van het beleid en de strategie en aan het toezicht op het bestuur. Juist in die situatie dient een advocaat van de vennootschap geweerd te worden uit de raad van commissarissen.

De vraag rijst of een advocaat die een samenwerkingsverband heeft met andere advocaten geweerd moet worden als commissaris wanneer een met hem samenwerkende advocaat optreedt voor de betreffende vennootschap. Ik meen dat dit met name bij beursvennootschappen steeds het geval is wanneer de advocaten onderling een maatschap of een vergelijkbare vorm van samenwerking hebben. In die situatie worden zij ter zake van hun onafhankelijkheid met elkaar vereenzelvigd. Ik deel volstrekt niet de mening van de voorzitter van Stibbe, hierboven aangehaald¹⁴, dat hier sprake is van een grijs gebied.

Bij niet-beursvennootschappen moet de grootst mogelijke terughoudendheid worden bewaard. Bij een onderlinge regeling tot samenwerking moet de advocaat die namens een cliënt wordt benoemd tot commissaris ervoor waken dat hij niet in de spagaat komt dat hij als commissaris, onder meer belast met het behartigen van de belangen van andere stakeholders dan de aandeelhouders, een beslissing moet nemen die strijdig is met het behartigen van het belang van de cliënt. Dan is hij misschien wel een goede commissaris, maar een slechte, zeer slechte advocaat. En omdat dat nu eenmaal weer knaagt aan zijn commerciële positie, veel belangrijker dan het honorarium als commissaris, zal hij vermoedelijk eerder een slechte commissaris zijn dan een slechte advocaat. En dan gaat het dus fout.

Ik ben milder bij familiebedrijven. Daar is de advocaat (net als de notaris) vaak een coach die een

¹³ J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*, p. 104, Kluwer, Deventer 1995; Asser-Maeijer 2-III nr. 343, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2000.

¹⁴ Zie voetnoot 7.

welkome inbreng heeft bij het formuleren van het beleid en de strategie en die ook vaak toeziet op het binnen de familiekring gemaakte stelsel van spelregels. Dat is een bijzondere figuur, vaak moeilijk in de praktijk, maar niet op voorhand te veroordelen.

Wanneer het samenwerkingsverband van de advocaten een lossere verband vertoont dan een maatschap of vergelijkbare rechtsfiguur, dan lijkt mij een meer genuanceerd oordeel mogelijk. Veel hangt af van de feitelijke omstandigheden. Als een advocaat-medewerker binnen een groot kantoor commissaris zou worden van een beursvennootschap (het is maar hypothetisch!), dan zou hij toch niet onder het directe toezicht moeten staan van een partner die optreedt namens de vennootschap. De gezagsverhouding tussen hem en de partner belemmert hem dan immers in zijn onafhankelijk optreden als commissaris. Dat geldt natuurlijk niet als de betreffende advocaat een oud-partner is die nog wat nadieselt als 'of counsel'. Van een gezagsverhouding is geen sprake en het hangt dan erg af van de feitelijke omstandigheden of de of counsel zich als commissaris op voldoende afstand beweegt van de advocaat binnen hetzelfde kantoor die het belang van de vennootschap vertegenwoordigt. Doorslaggevend is hier de vraag of de betreffende of counsel zich op een of andere manier financieel of anderszins afhankelijk voelt of is van zijn kantoor, en in het bijzonder van de advocaat die optreedt namens de vennootschap.

In de aanhef gaf ik aan dat onafhankelijkheid een complex begrip is. Samenhang met begrippen als tegenstrijdig belang ligt voor de hand. Veel wordt ook het verband gelegd met het begrip integriteit. Daarover tot slot een paar opmerkingen. Onbetwistbaar is

integriteit vereist van advocaten, commissarissen en misschien wel van iedereen in de samenleving. Integriteit is een multi-interpretabel begrip en het wordt vaak als schaamlap gebruikt voor allerlei onguere activiteiten. Ik bepleit daarom tevens openheid en transparantie juist in geval van tegenstrijdig belang. Maar transparantie kent zijn beperkingen. Advocaten zijn gehouden tot geheimhouding en commissarissen dienen vertrouwelijkheid in acht te nemen. De geheimhouding van de advocaat is een wettelijk vastgelegd recht dat fundamenteel is voor zijn beroepsuitoefening. Advocaten kunnen niet transparant zijn. En commissarissen eigenlijk ook niet. Het goed functioneren van een raad van commissarissen is van buitenaf slecht te beoordelen en dat zal ook zo blijven. Om die reden vraagt Tabaksblat aandacht voor het interne functioneringsgesprek binnen de raad van commissarissen¹⁵ maar daarvan wordt maar schaars over gerapporteerd naar buiten.

Het commissariaat is voorwerp van verhoogde aandacht geworden en na alle uitwassen is daar alle reden voor. Derhalve zou ik als regel willen formuleren dat een advocaat van de vennootschap nimmer commissaris wordt van deze vennootschap, tenzij dit besluit uitdrukkelijk is gemotiveerd en kenbaar is gemaakt aan alle stakeholders. Deze uitzondering zou niet moeten gelden voor beursvennootschappen; voor die vennootschappen geldt wat mij betreft een absoluut verbod.

Prof. mr. Steven R. Schuit, advocaat.¹⁶

¹⁵ Best practice-bepaling III.1.7 van de Nederlandse Corporate Governance Code.

¹⁶ Veel dank is verschuldigd aan mr. Gijs Linse, advocaat bij Alles & Overy, die bijdroeg aan de totstandkoming van dit artikel.