

## **BESTUURDERS BEHOEVEN EIGEN REGELING VOOR KLOKKENLUIDEN**

Sijmen de Lange en Sylvie Bleker-Van Eyk pleiten voor een eigen klokkenluiderregeling voor bestuurders die oog heeft voor de veelheid van belangen die een bestuurder bij zijn beslissingen in acht dient te nemen.

Transparantie is gebaat bij een ondernemingsklimaat waarin misstanden vrijelijk kunnen worden gemeld, zonder carrièreafbreuk van de klokkenluider of aantasting van zijn rechtspositie. De interne regeling die de corporate governance code van Tabaksblad voorstaat voor klokkenluiders lijkt met name te zien op werknemers. Evenwel dient aandacht te zijn voor de specifieke situatie dat een bestuurder druk voelt om afstand te nemen van het beleid van de board. Herhaaldelijk is gebleken dat misstanden de openbaarheid niet bereiken omdat het bestuurders zijn die zaken onder de pet houden. Problemen komen bijvoorbeeld pas in de openbaarheid nadat een nieuw aangetreden (financieel) directeur schoon schip maakt.

Hieronder gaan wij in op de belangenafweging die de keuze van een bestuurder bepaalt om al dan niet ongeoorloofde zaken te openbaren. Wij pleiten voor een klokkenluiderregeling die oog heeft voor de bijzondere positie van een bestuurder. Bij gebreke van beschermingsbepalingen voor bestuurders die publiekelijk alarmeren, zouden de negatieve consequenties voor bestuurders kunnen leiden tot een terughoudende bereidheid ongeoorloofde zaken te openbaren. Kortom, een klokkenluiderregeling die de mogelijke negatieve gevolgen van ontslag, reputatieschade en bestuurdersaansprakelijkheid afgrenst.

Ingeval binnen de onderneming problemen bestaan die verhuuld blijven en een bestuurder meent deze te moeten openbaren, dient de bestuurder bij zijn afwegingen het belang van de onderneming centraal te stellen. Dit vennootschapsrechtelijk belang kan eisen dat problemen/misstanden binnenskamers worden gehouden ('secrets of the board room'). Dit kan echter later tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder leiden wanneer de problemen/misstanden publiekelijk bekend zijn geworden en hem ernstige verwijten treffen dat de onderneming daardoor in zwaar weer terecht is gekomen (bijvoorbeeld wanneer financiers hun leningen opeisen). De bestuurder wordt voor een moeilijke afweging geplaatst tussen het openbaren van negatief ondernemingsnieuws (maar het bereiken van transparantie en het verkleinen van het risico van persoonlijke aansprakelijkheid) of het verzwijgen daarvan in de hoop dat de beurskoers geen schade oploopt. Vaak is op langere termijn het slechte nieuws niet langer binnenskamers te houden.

De bestuurder heeft een belang bij openbaarmaking van misstanden om zich in een aansprakelijkheidsprocedure van schuld vrij te pleiten van het laakbare gedrag van medebestuurders. Na openbaarmaking bevindt de bestuurder zich in de kwetsbare positie dat hij op ieder moment door de aandeelhoudersvergadering kan worden ontslagen, met het excuus dat de onderneming een "rotte appel" op straat heeft gezet. Hier speelt een afbreuk/reputatie risico van de goede naam van de bestuurder.

Aandeelhouders zijn gebaat bij een hoog beursrendement, hetgeen zich mogelijk niet verhoudt tot het openbaren van problemen binnen de onderneming. Via de inmenging van aandeelhouders of afhankelijke bestuurders kunnen beleidsaanbevelingen worden gedaan (zoals het camoufleren van bepaalde ongeoorloofde zaken). De Hoge Raad maakte eerder uit dat de weigering van een bestuurder om door de aandeelhoudersvergadering gewenst beleid uit te voeren een redelijke grond kan zijn voor ontslag.

De vraag is in hoeverre aandeelhouders (niet zijnde speculanten) op de langere termijn gebaat zijn bij een gebrek aan transparantie. Door een probleem te verbloemen verdwijnt het namelijk niet. Uiteindelijk kan de continuïteit van de onderneming in gevaar komen.

De arbeidsrechtelijke bescherming van een bestuurder, laat staan die van een klokkenluider binnen de raad van bestuur, is broos. De code beveelt aan dat bestuurders niet langer als werknemers worden beschouwd. De arbeidsrechtelijke bescherming voor reguliere werknemers is niet van kracht. Bovendien wordt een ontslagvergoeding volgens de code gemaximeerd tot één jaar. Ontslag en een beperkte ontslagvergoeding lijkt een (te) groot gevraagd offer van de bestuurder als klokkenluider.

Voor een bestuurder die de klok luidt zijn de persoonlijke gevolgen ingrijpender dan voor een werknemer. Zodra een werknemer de klok luidt kan de relatie met zijn direct leidinggevende snel verslechteren, maar is het mogelijk voor hem op een andere afdeling passende arbeid te vinden. Voor een bestuurder zal herstel van de werkrelatie veelal onmogelijk zijn gezien zijn hoge managementfunctie. De ontslagvergoeding van een bestuurder is volgens de code gemaximeerd tot één jaarsalaris, waar deze voor een werknemer ongelimiteerd is.

Gezien de veelheid van belangen die een bestuurder bij zijn beslissingen in ogenschouw heeft te nemen lijkt ons een eigen klokkenluiderregeling voor bestuurders gerechtvaardigd en zelfs noodzakelijk. Het is onredelijk van een bestuurder te vragen de rol van klokkenluider op zich te nemen, terwijl hij dit met ontslag en slepende juridische procedures zal moeten bekopen. Een mate van ontslagbescherming lijkt voor een bestuurder dan op zijn plaats. Wij menen dat het maatschappelijk nut van een goed functionerende klokkenluiderregeling met zich brengt dat de maximale ontslagvergoeding van één jaarsalaris niet geldt voor klokkenluidende bestuurders. Anders zou de barrière voor bestuurders nog wel eens te hoog kunnen blijken te zijn.

Mr. S.C. (Sijmen) de Lange is als advocaat werkzaam bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen te Rotterdam (sijmen.de.lange@hollandlaw.nl) en dr. Sylvie Bleker-van Eyk is als senior-manager werkzaam bij Ernst & Young Integrity Services & Investigations