

In een crisis is opperste alertheid geboden en komt het erop aan dat de samenwerking tussen bestuurders en toezichthouders van een onderneming optimaal is. Zij dienen zich ook af te vragen of er na de coronapandemie ook andere keuzes gemaakt kunnen worden. Er is wijsheid en rust nodig om de antwoorden op die vraag te vinden, waarbij niet alleen de continuïteit van de onderneming gewaarborgd wordt, maar ook de belangen van stakeholders worden meegenomen.

Dolf Segaar bepleit een nauwere samenwerking tussen bestuur en toezicht, juist in deze tijd.



Dolf Segaar is advocaat-partner bij CMS in Amsterdam. Hij is gespecialiseerd in vennootschapsrecht en corporate litigation, met een speciale interesse in sport en mediagerelateerde vraagstukken.

LIEFDE IN TIJDEN VAN CORONA

ESSAY

‘We moeten ons blijven ontwikkelen om de uitdagingen van de toekomst aan te kunnen. In deze tijd van corona blijkt des te meer hoe belangrijk dat is. De Nederlandse economie wordt hard geraakt; de arbeidsmarkt staat onder druk; de toekomst is onzeker. Dit vraagt veel van ondernemers, maar zeker ook van ons, toezichthouders.’

SER-voorzitter Mariëtte Hamer bij het verschijnen van het tiende *Jaarboek Corporate Governance*, op 26 november 2020¹.

Tijdens een crisis is opperste alertheid geboden van bestuurders en toezichthouders en dan komt het erop aan dat de samenwerking tussen hen optimaal is. Immers, het gaat om het voortbestaan van de onderne-

ming, waaronder het realiseren van doelstellingen, zorgvuldig rekening houdend met de belangen van bij de onderneming betrokkenen in ruime zin.

De leiding van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming berust bij het bestuur.² De raad van commissarissen heeft als haar wettelijke plicht toezicht te houden op het beleid van het bestuur³. Het gaat daarbij niet alleen om het dagelijks beleid en het dagelijks leidinggeven aan de onderneming, maar met name ook om het voorbereiden, bepalen en uitvoeren van beleid, zowel op de korte als de langere termijn. In tijden van een crisis, zoals de huidige coronapandemie, drukt de opdracht om langetermijnbeleid te bepalen en uit te voeren extra zwaar op bestuurders en

‘Hoe verhoudt zich de continuïteitsvraag tot het belang van de stakeholders in een tijd van crisis?’

commissarissen. Immers, de lange termijn dreigt al snel uit het oog verloren te worden, omdat korte-termijnproblemen voorrang vragen.

Bestuurders en commissarissen dienen zich af te vragen of zij met deze coronapandemie wellicht andere keuzes moeten maken dan zij eerder als beleid van de onderneming hadden uitgedacht. Zij moeten zich beraden op de vraag of de onderneming gebruik zal maken van overheidssteun om de eerste en directe consequenties van terugvallende vraag op te vangen. Zij moeten afwegen wat de consequenties zijn van hun handelen en de besluiten die zij nemen, alsmede wat de impact daarvan is op belanghebbenden als werknemers, leveranciers en klanten. Zij moeten beoordelen of de onderneming contractuele verplichtingen onder de huidige omstandigheden moet opschorten omdat nakoming onverantwoord is geworden, of dat overeenkomsten wellicht moeten worden aangepast wegens de gewijzigde omstandigheden. Rechtvaardigt corona een beroep op overmacht? Hoe beoordeelt de rechtspraak na een jaar van corona verzoeken tot aanpassing van gemaakte afspraken of opschorting daarvan?

Kortom, op het bestuur van de onderneming komt een vloedgolf van onvoorziene vraagstukken af en er is wijsheid en rust nodig om antwoorden daarop te vinden, met inachtneming van belangen van belanghebbenden. Goede afstemming met de raad van commissarissen is daarbij noodzakelijk. Het is vervolgens de vraag hoe je dit overleg tussen bestuur en RvC organiseert. Wat is er nodig om tot goede besluitvorming te komen, waarbij ieder zijn eigen rol behoudt en niet in elkaars vaarwater komt? Het vergt durf om daarover met elkaar in overleg te gaan. Bestuur en RvC moeten in deze tijden van grote onzekerheid dicht tegen elkaar aan kruipen. Zij moeten elkaar

bevragen, feedback geven en besluiten evalueren. Gezond verstand gebruiken om te komen tot een antwoord op de vraag wat in de gegeven omstandigheden het goede besluit is. Of, zoals Edith Hall in navolging van Aristoteles een zorgvuldig besluitvormingsproces (*euboulia*) beschrijft: Je komt tot de beste beslissing als je in staat bent om allereerst te overwegen welke mogelijkheden er zijn om te komen tot de gestelde doelen, vervolgens benader je deze mogelijkheden door er mogelijke consequenties aan te verbinden en ten slotte kom je tot een keuze, waaraan je vervolgens vasthoudt⁴. Het gaat daarbij om het toepassen van praktische wijsheid (*phronesis*).

Uit recent onderzoek naar coronasteun aan ondernemingen blijkt dat de steun van de overheid vaak terecht komt bij de juiste (lees: hard geraakte maar tegelijkertijd levensvatbare) en beter gerunde bedrijven. Volgens het onderzoek, beschreven in het vakblad voor economen *ESB*, hebben gezonde ondernemingen meer organisatorisch kapitaal dan ongezonde bedrijven. Het gaat daarbij om een niet-tastbare vorm van kapitaal, dat bestaat uit organisatorische routines, werkwijzen en sociale systemen van bedrijven. Deze vorm van kapitaal ‘fungeert als een belangrijk smeermiddel voor de samenwerking tussen werknemers onderling of met derde partijen, en zorgt ervoor dat een bedrijf meer is dan de som der delen’.⁵ De onderzochte bedrijven hebben op korte termijn weliswaar steun nodig vanwege de slechte vooruitzichten en grote onzekerheid, maar zijn gemiddeld genomen op langere termijn levensvatbaar, gemeten aan de hand van de kwaliteit van hun managementpraktijken. Een goed voorbeeld hiervan is de keuze van Koninklijke Auping om ontvangen gelden uit hoofde van de NOW regeling voor coronasteun onverplicht terug te

betalen, omdat de onderneming financieel een goede tweede helft van 2020 draaide. Koninklijke Auping maakte gebruik van een regeling die bedoeld is als vangnet voor bedrijven in moeilijkheden. En waar het er in eerste instantie naar uitzag dat zij aanspraak moest maken op de compensatieregeling voor loonkosten, bleken de resultaten in de tweede helft van het jaar zodanig goed, dat Koninklijke Auping ‘het maatschappelijk niet verantwoord vond om het als voorschot uitgekeerde bedrag nog op de eigen rekening te laten staan’. Het zou in strijd zijn met de bedoeling van de regeling om toch aanspraak op de coronasteun te maken⁶. Koninklijke Auping maakt alles overziende de morele keuze om gelden terug te betalen waarop weliswaar ‘recht’ was, maar wat kennelijk niet goed voelde om het te behouden. De geest van de regeling spookte rond als Scrooge op kerstmis.

Morele keuzes als in het voorbeeld van Koninklijke Auping zijn onderdeel van het besluitvormingsproces binnen organisaties en de uitkomst van de beraadslaging daarover wordt mede bepaald door de cultuur van de onderneming. De juridische afweging (‘Wij hebben recht op NOW steun’) verliest het in dit voorbeeld van de ethische afweging (‘Hiervoor is de regeling niet bedoeld’). En dat is in het kader van het besluitvormingsproces interessant, omdat ‘waarde’ het hier wint van het ‘financiële’.

Arjo Klamer definieert in zijn boek *Doing the Right Thing, a Value Based Economy* economie als ‘*the discipline that studies the realization of values by people, organizations and nations*’⁷. Hij plaatst daarmee ‘waarden’, de cultuur van de onderneming, centraal en in mindere mate de financiële component.

De cultuur van ondernemingen wordt bepaald door de historie van het bedrijf, zijn werknemers, het bestuur en toezichthouders, de plaats die de onderneming wenst in te nemen in de maatschappij en de visie van de onderneming op het maatschappelijk functioneren. In tijden van crisis wordt dit alles temeer relevant en wordt cultuur bepalender. De druk op de onderneming neemt toe en de kortetermijnbelangen lijken belangrijker dan de langetermijnwaardecreatie. Ondernemingen met een sterke cultuur zullen beter door de crisis

manoeuvreren, zoals ook uit het onderzoek van *ESB* lijkt te volgen. Ze zijn vaak weerbaarder, zitten organisatorisch beter in elkaar⁸. Het hiervoor genoemde organisatorisch kapitaal is sterker.

In geval van een grote crisis als de coronapandemie is de eerste neiging van het bestuur logischerwijs om de focus te richten op de financiële omstandigheden van de onderneming. Het is echter de taak van de raad van commissarissen om in een dergelijk geval tegenwicht te bieden en het bestuur te bevragen op de geformuleerde waarden van de onderneming, met het doel waar mogelijk deze waarden te behouden of juist steviger te verankeren in de organisatie. Daarvoor is het nodig dat bestuur en raad van commissarissen in goed overleg keuzes maken, opties tegen elkaar afwegen, gedegen overleg voeren met betrokkenen en later gemaakte keuzes evalueren. Dit tegenwicht van de RvC moet uiteindelijk leiden tot evenwicht, waarin financiële maatregelen getroffen worden met zoveel mogelijk behoud van de cultuur van de onderneming en rekening houdend met de belangen van anderen.

De Hoge Raad schrijft voor dat de besluitvorming in organen van ondernemingen tot stand komt ‘als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen’⁹. Hoewel dit voorschrift door de Hoge Raad primair gegeven is aan een orgaan van de vennootschap dat uit meerdere leden bestaat (in casu het bestuur), geldt deze opdracht wat mij betreft zeker ook voor het overleg tussen bestuur en raad van commissarissen. Temeer wanneer er moeilijke besluiten genomen moeten worden. De omschreven taak van bestuur enerzijds en RvC anderzijds volgt ook voort uit hun wettelijke taakomschrijving. Ten aanzien van het bestuur schrijft de wet voor, dat de bestuurder zijn taak in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op loyale, zorgvuldige en behoorlijke wijze dient te vervullen.¹⁰ Voor de commissaris geldt evenals voor de bestuurder dat bepaalde zorgvuldigheidsnormen jegens allen die bij de vennootschap betrokken zijn, in acht genomen moeten worden.¹¹ Het vennootschappelijk belang dat in het handelen van de bestuurder en commissaris aldus centraal behoort

te staan, is een open norm en zal bestuurders en commissarissen op zichzelf weinig houvast bieden. In 2014 heeft de Hoge Raad de norm in zekere mate ingevuld en bepaald dat het vennootschappelijk belang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de door de vennootschap gedreven onderneming. 'Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.'¹²

Ziedaar het dilemma voor bestuurders en commissarissen in crisistijd en de soms onmogelijke keuzes waarvoor zij zich gesteld zien. Het moet gaan om het verwezenlijken van het vennootschappelijke doel of – zoals de Hoge Raad dat noemt – 'het bevorderen van het bestendige succes van de door de vennootschap gedreven onderneming'. In tijden van crisis zal niemand verbaasd opkijken als bestuur en commissarissen zich indachtig die opdracht primair richten op het voortbestaan van de onderneming. Maar tegelijkertijd zit in de opdracht aan bestuurders en commissarissen bij de behoorlijke taakvervulling dus ook een wettelijke zorgvuldigheidsverplichting opgenomen (artikel 8, boek 2 BW) 'met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken'. Hoe verhoudt zich derhalve de eigen continuïteitsvraag met het belang van bijvoorbeeld de werknemers van de onderneming? Naar moet worden aangenomen zal zeker als de vennootschap het water aan de lippen staat – het belang van de continuïteit van de vennootschap en haar onderneming prevaleren boven behoud van werkgelegenheid en zal het bestuur (ook onder dreiging van mogelijke aansprakelijkheid, wanbeleid) moeten optreden teneinde deconfiture te voorkomen. Doet het dat niet uit eigener beweging, dan zal het bestuur daartoe moeten worden aangezet door de raad

van commissarissen en in het uiterste geval zal de aandeelhoudersvergadering van de vennootschap dienen in te grijpen.

Conclusie

Aangezien beantwoording van de vraag 'hoe bestuurlijk te handelen in tijden van corona' casuïstisch is, beperk ik mij tot de signalering van het benoemde dilemma tussen belang van de vennootschap en haar onderneming enerzijds en belangen van stakeholders anderzijds. In crisistijd bepleit ik een nog hechtere en sterkere band tussen bestuur en raad van commissarissen bij de beantwoording van deze voor de vennootschap en haar onderneming existentiële vragen. Liefde in tijden van corona, zogezeegd.

Noten

1. <https://www.ser.nl/nl/actueel/toespraken/10-jaarboek-corporate-governance>.
2. Artikel 129 (NV) en artikel 239 (BV) van Boek 2 BW. Ik richt mij in dit artikel op de vennootschap met een raad van commissarissen, maar dit artikel kan ook gelezen worden in het licht van andere entiteiten met toezichthouders.
3. Artikel 140 (NV) en artikel 250 lid 2 van Boek 2 BW.
4. Edith Hall (2018), *Aristotle's Way: How Ancient Wisdom Can Change Your Life*: Bodley Head, London, 'Decisions'.
5. 'Coronasteun belandt bij beter gerunde bedrijven', Jesse Groenewegen e.a. *ESB* 20 januari 2021.
6. *Het Financieel Dagblad*, 24 maart 2021, p.23.
7. Klamer A. (2016), *Doing the Right Thing, A Value Based Economy*. London: Ubiquity Press, Preface XII.
8. Klamer A. (2016), p.9.
9. HR, 15-07-1968: Wijsmuller.
10. Artikel 9 lid 1 van Boek 2 BW: '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 de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.' Meer hierover in: Asser 2-IIb NV en BV - Corporate Governance, 111 Behoorlijk bestuurlijk handelen.
11. Artikel 8 lid 1 van Boek 2 BW: 'Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'
12. HR 4 april 2014, NJ 2014/286; JOR 2014/290 (Cancun).