Prof. mr. J.W. Winter &
prof. dr. E.L.H.M. van de Loo[1]

De rol van de raad van commissarissen ten tijde van nood

Ondernemingsrecht 2020/V

De coronapandemie en de maatregelen die overheden nemen om haar te beheersen veroorzaken een ongekende economische crisis. Zorg om de mensen in de organisatie en het waarborgen van de continuïteit vormen de hoogste prioriteit. Daarbij moeten bestuur en commissarissen twee, met elkaar samenhangende afwegingen maken. Hoeveel opgebouwde reserves die investeringen en versterking in de toekomst mogelijk maken worden ingezet om de crisis in het hier en nu op te vangen en de organisatie zoveel mogelijk in tact te houden? En in hoeverre richt men zich maximaal op de eigen continuïteit of maakt men ook ruimte om belangen van werknemers bij behoud van hun werk en van partners in de keten te dienen? De norm van het vennootschappelijk belang geeft weinig richting bij deze afwegingen. Het komt aan op het persoonlijke en gezamenlijke (morele) kompas van bestuurders en commissarissen. Het toezicht van de commissarissen moet dichtbij en intensief zijn in deze fase van crisis waarin veranderingen en beslissingen onmiddellijke en ingrijpende gevolgen hebben. Zo ontstaat een vorm van co-leiderschap van bestuurders en commissarissen. Commissarissen moeten kritisch aannames en afwegingen van bestuurders toetsen en zorgen dat deze en daarmee de onderliggende dilemma's expliciet worden. De crisis en heftige gevolgen voor mensen en organisaties veroorzaken ook een emotionele noodsituatie. Commissarissen hebben een belangrijke taak tot *containment*: een psychologisch veilige omgeving bieden waarin emoties van angst, zorgen, boosheid en verdriet hun plek kunnen vinden. Emotionele steun en beheersing voor bestuurders maar ook voor zichzelf is een randvoorwaarde voor doordachte besluitvorming en actie die nodig zijn om de organisatie en haar mensen zo goed en gezond mogelijk door de crisis te leiden.

1. Inleiding

De corona-pandemie veroorzaakt wereldwijd menselijke drama's op een schaal die ongekend is. De maatregelen die overheden nemen in een poging haar in te dammen veroorzaken de snelste en diepste economische crisis ooit. In drie weken tijd zijn investeringen, productie, consumptie en export in een vrije val geraakt.[2] Voor nagenoeg alle bedrijven heeft de crisis een grote en onmiddellijke impact, zowel door menselijk leed en angst in eigen kring als voor de bedrijfsvoering. Door de gehele of gedeeltelijke *lockdown* die landen hebben afgekondigd, valt voor sommige bedrijven de *supply chain* weg: grondstoffen en deelfabricaten die nodig zijn voor de productie worden niet meer geleverd. Ook het eigen productieproces kan in gevaar komen doordat mensen simpelweg niet meer komen werken. In sommige landen dringen vakbonden aan op sluiting van faciliteiten omdat het samenbrengen van mensen daar niet meer veilig is. In andere sectoren valt de vraag volledig weg (reizen, *hospitality*, culturele instellingen).

2. Waarborgen continuïteit

Voor bedrijven is naast de zorg om de gezondheid van de eigen mensen de onmiddellijke uitdaging de continuïteit te waarborgen tijdens deze heftige neergang. Dat vereist allereerst het stabiliseren van de situatie in het hier en nu. Stabiliseren houdt in het veiligstellen van mensen, van installaties en activa, het bepalen in welke mate en op welke wijze kan worden doorgewerkt gegeven de bewegings- en samenscholingsbeperkingen, welke vitale bedrijfsprocessen moeten worden voortgezet, en hoe de risico's van het werken in de nieuwe context zo goed mogelijk kunnen worden beheerd en gemitigeerd. Al snel en deels parallel aan het stabiliseren zal men moeten vooruitkijken om te bepalen hoe de continuïteit in de komende periode gewaarborgd kan blijven. Veel zal afhangen van de aard van de recessie die volgt. Het is niet de vraag of een recessie zal optreden, maar hoe diep en langdurig zij zal zijn. Veel genoemde modellen zijn die van een V-vorm: een snelle daling, kort daarop gevolgd door een snel herstel, een U-Vorm: een snelle daling waarna een langere periode van recessie intreedt en pas later herstel volgt, of een L-vorm waarin de daling even snel is maar voorlopig helemaal geen uitzicht bestaat op enig herstel.[3] We zullen rekening moeten houden met ten minste een aantal maanden van ingrijpende beperkingen. Hoe langer deze periode zal zijn, hoe groter de negatieve gevolgen voor de meeste bedrijvigheid zullen zijn en hoe langer zij zullen voortduren.

De situatie die bedrijven nu onder ogen moeten zien, is een van extreme onzekerheid en kwetsbaarheid.

1 Jaap Winter is hoogleraar in Amsterdam en Fontainebleau, Erik van de Loo is hoogleraar in Tilburg, Singapore en Fontainebleau. De definitieve versie van dit artikel zal verschijnen in het themanummer '*Ondernemingsrecht in tijden van corona*'.

2 Nouriel Roubini, *The Guardian* 25 maart 2020.

3 Het CPB heeft inmiddels vier scenario's doorgerekend, van een korte recessie met een snel herstel tot een zware recessie die anderhalf jaar aanhoudt. Zie 'Scenario's economische gevolgen coronacrisis', te raadplegen via: https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPG-Scenarios-maart-2020-Scenarios-economische-gevolgen-coronacrisis.pdf.

Niemand is hier ooit geweest en kan met enige zekerheid vertellen wanneer we uit deze crisis zijn en hoe we er dan aan toe zijn. Er zijn teveel onzekerheden, zowel rond het virus zelf als omtrent de te nemen maatregelen en de economische gevolgen daarvan. De crisis laat ook de enorme kwetsbaarheid zien in een geglobaliseerde wereld die afhankelijkheden creëert waarvan we ons hoogstens en misschien veel te veel alleen maar op een abstract niveau bewust waren.[4] In deze situatie van fundamentele onzekerheid en kwetsbaarheid richting geven aan de eigen activiteiten vraagt om het analyseren en steeds weer aanpassen van verschillende scenario's en daarop afgestemde plannen. In plaats van sturen op winstgevendheid wordt sturen op *cash* leidend.

3. Kernafwegingen

Leiders van bedrijven zullen daarbij twee met elkaar samenhangende kernafwegingen moeten maken. De eerste afweging is hoeveel van de opgebouwde capaciteit om in de toekomst te investeren, innoveren, versterken et cetera wordt ingezet om in het hier en nu de crisis te overleven en de organisatie zoveel mogelijk intact te laten. Deze afweging is vergelijkbaar met die van het kabinet dat moet beoordelen hoeveel het de staatsschuld wil laten oplopen om bedrijven en mensen te steunen in deze crisis. Hoe meer van deze financiële capaciteit nu wordt ingezet om schade te beperken, des te meer straks moet worden bezuinigd of plannen in de toekomst moeten worden vooruitgeschoven of losgelaten. Hoeveel van de bestaande reserves moet of wil een bedrijf inzetten om het bedrijf nu zoveel mogelijk intact te laten en niet of minder ingrijpend kosten te reduceren om verliezen te beperken? Deze afweging houdt nauw verband met de tweede afweging die moet worden gemaakt, namelijk hoe de belangen van de verschillende belanghebbenden bij het bedrijf tegen elkaar af te wegen. Houden we personeel in dienst of ontslaan we mensen om kosten te besparen en verlies te beperken? Keren we dividend uit aan aandeelhouders of schrappen we het dividend om verliezen langer te kunnen opvangen en minder in de kosten te snijden? Maximaliseren we onze eigen financiële positie of helpen we waar we kunnen ook andere partijen in onze keten die worstelen met de gevolgen?

In Nederland geldt de norm van het vennootschappelijk belang waarnaar bestuurders en commissarissen zich moeten richten en die tot een afweging van belangen aanzet. Maar welbeschouwd is deze norm nogal kleurloos. Zij geeft geen richting aan hoe bestuurders en commissarissen deze afwegingen moeten maken. Doorgaan met ondernemen terwijl men weet of moet weten dat schulden niet meer kunnen worden betaald kan tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden.[5] Maar boven deze ondergrens zijn verschillende, diametraal tegenover elkaar staande afwegingen van belangen mogelijk. De neutrale norm van het vennootschappelijk belang staat toe dat in de afweging van belangen het aandeelhoudersbelang een doorslaggevende rol speelt. Ook het laten prevaleren van de belangen van anderen is mogelijk. Een bedrijf met *private equity*-eigenaren rekt eenzijdig eigen betalingstermijnen op naar negentig dagen en levert alleen maar als afnemers vooruitbetalen, om de eigen financiële positie zo sterk mogelijk te maken. Andere bedrijven betalen rekeningen juist onmiddellijk om partijen in de keten financieel bij te staan.[6] Het ene bedrijf beëindigt de relatie met personeel in de flexibele schil (zzp'ers, tijdelijke contracten, uitzendkrachten) en ontslaat personeel in vaste dienst, het andere bedrijf houdt zoveel mogelijk mensen in dienst en is bereid daar (grotere) verliezen voor te accepteren. In een heftige crisissituatie staan het beschermen van de eigen continuïteit en het vermogen schulden te blijven betalen voorop, maar lang niet altijd zijn de keuzes daarbij zwart-wit. Hoe de keuzes worden gemaakt en welke ruimte wordt genomen om ook anderen te steunen hangt bij afwezigheid van een norm die duidelijk richting geeft af van het persoonlijke en gezamenlijke (moreel) kompas van bestuurders en commissarissen.

4. De rol van de raad van commissarissen[7]

De kernvragen over het waarborgen van de continuïteit en de afwegingen die daarbij moeten worden gemaakt, zijn in het Nederlandse bestel in de eerste plaats vragen die het bestuur moet beantwoorden. De raad van commissarissen oefent toezicht uit. Maar terwijl dit toezicht in normale situaties met een zekere afstand kan plaats vinden, is daarvoor in tijden van nood geen plaats. Veel van de in deze crisissituatie te nemen beslissingen hebben majeure impact op de bedrijfsvoering en raken aan de continuïteit van het bedrijf. De onderliggende situatie kan snel veranderen en vraagt om snelle besluitvorming. De gevolgen van besluiten zijn ook vaak onmiddellijk en ingrijpend. Als de raad van commissarissen daar niet direct en intensief bij wordt betrokken kan het toezicht door de raad alleen achteraf plaats vinden en verliest het zijn betekenis. De situatie is in die zin vergelijkbaar met de algehele crisissituatie die in 2008-2009 tijdens de financiële crisis ontstond en voor individuele bedrijven vergelijkbaar met de situatie dat, zonder ingrijpen, insol-

4 Zie de bijdrage van Steven Hijink, 'Onzeker Ondernemingsrecht – corona and beyond', *Ondernemingsrecht* 2020/n.n.b.

5 Van Schilfgaarde-Winter-Wezeman-Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: WoltersKluwer 2017, p. 215, met aangehaalde jurisprudentie.

6 'Opdrachtgevers betalen sneller om toeleveranciers te helpen', *het Financieele Dagblad* 26 maart 2020, p. 2-3.

7 Gemakshalve spreken we in deze bijdrage alleen over de raad van commissarissen. De interactie tussen niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders is voor zover hier relevant niet fundamenteel anders dan die tussen commissarissen en bestuurders. Voor niet-uitvoerende bestuurders in een one-tier board geldt mutatis mutandis hetzelfde als wij hierna voor commissarissen betogen.

ventie dreigt. Raad van commissarissen en bestuur oefenen in een dergelijke situatie een vorm van co-leiderschap uit. De wezenlijke beslissingen worden in gezamenlijkheid genomen, waarbij bestuurders en commissarissen nog steeds onderscheiden rollen hebben. De voorbereiding van analyses en scenario's, het uitwerken van denkbare alternatieven, de uitvoering van beslissingen en het monitoren van de actuele en veranderende stand van zaken binnen en buiten het bedrijf, dit alles blijft primair de taak van het bestuur. De rol van de raad van commissarissen is om met het bestuur de verschillende scenario's te beoordelen en de mogelijke alternatieven voor besluitvorming af te wegen. De raad moet daarbij aannames van het bestuur kritisch toetsen. Dergelijke aannames kunnen in het bestuur onder de druk van de hectiek van de crisis onvoldoende besproken blijven. De raad moet in het bijzonder ook waarborgen dat de afwegingen die ten grondslag liggen aan geformuleerde alternatieven en voorgenomen beslissingen expliciet worden gemaakt. Daarmee wordt voorkomen dat besluiten worden genomen 'omdat het nu eenmaal niet anders kan' of 'omdat anderen dit ook doen' en andere oppervlakkige rechtvaardigingen die dikwijls de echte, moeilijke dilemma's bedekken. Bij het adresseren van die echte dilemma's komt het juist aan op de persoonlijke overtuigingen van commissarissen en bestuurders over de verantwoordelijkheid jegens verschillende belanghebbenden, welke overtuigingen bij elkaar moeten worden gebracht. Daarbij horen raad van commissarissen en bestuur zich ook rekenschap te geven van de verwachtingen die zij in publieke uitingen, zoals het jaarverslag, hebben gewekt over de manier waarop zij sociale en maatschappelijke belangen mee laat wegen.

5. Containment

Een crisis is een acute en onvoorziene situatie waarin plotseling veel op het spel staat en waarvan het verloop en de uitkomst in grote mate onvoorspelbaar zijn. Zo ook bij de corona-pandemie. Het activeert existentiële thema's als leven en dood en de houdbaarheid van de bestaande maatschappelijke en economische orde. Dit leidt tot sterke emotionele reacties van angst en onzekerheid. Een crisis is daarmee ook een acute emotionele noodsituatie.

In deze tijd van sociale media zijn er voortdurende en razendsnelle wisselwerkingen tussen de eigen beleving en interpretatie van de crisis en wat wij zien dat het met anderen doet. Het is daarmee ook een potentiële emotionele pandemie van angst en onheilsgedachten. Het is voor het doorstaan van een crisis dan ook van groot belang om te voorkomen dat begrijpelijke angst en onzekerheid omslaan in paniek en impulsieve reacties. Dat geldt voor iedereen en daarmee ook voor bestuurders. Precies hier ligt een van de primaire taken voor commissarissen bij een crisis: emotionele beheersing als een randvoorwaarde voor doordachte besluitvorming en actie. Het sleutelwoord is hier het bieden van *containment*: een psychologisch veilige omgeving waarin de eigen twijfels, onzekerheden, angsten, boosheid en verdriet een plek kunnen vinden. Commissarissen moeten oog hebben voor hoe de bestuurders individueel en gezamenlijk ook in emotionele zin omgaan met de crisis. Maar empathie alleen is niet genoeg, het gaat om empathisch gedrag: het als commissarissen actief vragen naar hoe zij het volhouden en wat het met hen doet. Emotionele steun ontvangen van de top is een cruciale factor voor leiders om effectief met acute stresssituaties om te gaan.[8] De top heeft deze steun echter zelf ook nodig. Al denken ze soms van niet. Dat heeft niet alleen met zelfoverschatting of met het overschreeuwen van de eigen angst te maken. Belangrijker is misschien wel dat bestuurders ten tijde van acute nood begrijpelijkerwijze geactiveerd worden om ten aanzien van de externe situatie zo snel als mogelijk in control te komen. Veel voorkomend is dat bestuurders de crisis eenzijdig operationeel en technisch benaderen met onvoldoende aandacht voor de emotionele reacties van zichzelf en anderen. Of dat ze dit volledig delegeren aan interne en externe experts (HR, medische dienst, psychologische ondersteuning).

Bovendien blijken de meeste mensen beter in staat om te signaleren dat het met anderen niet goed gaat dan dat bij zichzelf te onderkennen. Niet voor niets hebben militairen die gewend zijn in omstandigheden van vaak langdurige acute stress te opereren, het *buddysysteem* ingevoerd. Iedereen heeft iemand anders die extra op haar of hem let. Bij langdurige stress zijn veel mensen geneigd te weinig te eten en te drinken, onvoldoende pauze te nemen of te laat te onderkennen dat het ze te veel dreigt te worden of is geworden. Juist in deze COVID-19 crisis heeft het Ministerie van Defensie hierover een webinar gemaakt voor zorgprofessionals en leiders in de zorg.[9] Bestuurders zouden er goed aan doen dit ook te bekijken en elkaars buddy te worden. Dit alles geldt overigens evenzeer voor de commissarissen zelf, ook zij dienen hun hoofd koel en hun hart warm te kunnen houden ten tijde van acute stresssituaties. Het is net als in het vliegtuig: zet bij noodsituaties eerst je eigen zuurstofmasker op voordat je anderen daarbij helpt. Overigens betekent helpen van anderen voor commissarissen soms ook te onderkennen dat een of meer bestuurders het ondanks deze steun toch niet redden. Dan is gerichte professionele psychologische expertise en ondersteuning geboden. Daarnaast is niet

8 Sharma, P. N., & Pearsall, M. (2016). Leading under adversity: Interactive effects of acute stressors and upper-level supportive leadership climate on lower-level supportive leadership climate. The Leadership Quarterly, 27, 856–868.

9 https://www.onlineseminar.nl/ministerievandefensie/webinar/31086/covid-19-webinar-van-defensie-voor-zorgprofessiona/.

elke goede bestuurder ook een goede crisismanager.[10] Ook hier ligt een taak voor de commissarissen.

Containment van commissarissen helpt bestuurders om hun leiderschapsrol ten tijde van een acute crisis goed op te pakken. Het is een belangrijke bijdrage aan het stabiliseren van de situatie in de bestuurskamer. Emotionele steun en beheersing is een bescherming tegen paniek en ondoordachte besluitvorming en impulsieve reacties. Het is een van de randvoorwaarden om de organisatie en al haar mensen zo goed en gezond mogelijk in en door de crisis te leiden.

10 Bowers, M.R., Reggie Hall, J., & Srinivasan, M.M. (2017). Organizational culture and leadership style: The missing combination for selecting the right leader for effective crisis management. Business Horizons, **60**, 551-563. https://dx.doi.org/10.1016/j.bushor.2017.04.001.