

## Oprecht

# BALANCEERACT: TOEZICHT OP EIGEN ADVIES

Bij de behandeling van het voorstel voor de wet bestuur en toezicht werd de vrees uitgesproken dat de wet tot gevolg zou hebben dat er minder mensen bereid zouden zijn om de rol van commissaris op zich te nemen. In de wet werd de taak van commissarissen bij verenigingen en stichtingen verankerd en werd de norm voor persoonlijke aansprakelijkheid ook op hen van toepassing. Met name dit laatste zou zorgen voor een verminderd enthousiasme.

Dat het steeds lastiger wordt om commissarissen te vinden, wordt bevestigd door het Grant Thornton Commissarissen benchmarkonderzoek editie 2022-2023: het merendeel van de ondervraagde commissarissen in de (non-)profit sector en niet-commissarissen noemt het gebrek aan (geschikte) mensen als een van de grootste uitdagingen. Ook in de praktijk horen we dit geluid. Van de commissaris wordt immers nogal wat gevraagd: toezicht houden, adviseren, ingrijpen indien nodig, het vervullen van de werkgeversrol, actief informatie ophalen en zorgen dat de juiste dialoog wordt gevoerd. Vooral het balanceren tussen het geven van advies en actief betrokken zijn bij bijvoorbeeld de strategievorming aan de ene kant en het toezichthouden op het bestuur aan de andere kant wordt als lastig ervaren. Hoe houd je dit in balans?

### Wettelijke taakomschrijving

De wet bepaalt dat de raad van commissarissen de taak

heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap en diens onderneming of organisatie. Ook de adviesrol wordt benoemd: 'hij staat het bestuur met raad ter zijde'. Bij besluiten van de algemene vergadering heeft de raad van commissarissen een raadgevende stem. In geval van een NV of een BV kunnen de statuten tevens bepalen dat de raad van commissarissen het bestuur aanwijzingen kan geven. Dat instructierecht gaat bij de BV (concrete aanwijzingen mogen) verder dan bij de NV (beperkt tot algemene lijnen van het beleid op in de statuten vastgelegde terreinen). Zeker in een tijd waarin van een commissaris een actieve betrokkenheid en proactieve houding op het gebied van informatievergaring wordt gevraagd, is het zaak voor de commissaris om toch enige distantie te bewaren. 'De commissaris moet niet op de stoel van de bestuurder gaan zitten', is dan het veelgehoorde devies.

### Gevraagd of ongevraagd advies

Alhoewel de scheidslijn tussen toezichthouden en advies geven niet altijd scherp te trekken is, is één manier voor de commissarissen om de balans te bewaren: geef niet te snel ongevraagd advies. Ook al volgt deze beperking niet uit de wet, het is zaak dat commissarissen zich afvragen: wat heeft de bestuurder nu nodig: klankborden met een sparringpartner? Of vraagt de bestuurder om advies? Een




bestuurder die met de raad van commissarissen van gedachten wil wisselen, doet er goed aan om duidelijk te maken waar diens behoefte ligt. Daarnaast is het bij het geven van advies van belang om de grote lijnen te bewaken: treed als raad van commissarissen niet in de details van de dagelijkse gang van zaken.

### **Bestuursautonomie**

Het bestuur moet een advies van de raad van commissarissen altijd meewegen bij diens besluitvorming, zeker als de raad zijn advies heeft aangemerkt als ‘zwaarwegend’. Het bestuur mag het advies echter ook naast zich neerleggen, want het is geen bindende instructie. Bij voorkeur doet het bestuur dit gemotiveerd en voert het met de raad van commissarissen het goede gesprek hoe het kwam tot diens besluit. Het is van belang dat een bestuur zich vrij voelt om die belangenafweging te maken en, indien het van mening is dat het belang van de rechtspersoon dit vergt, het advies geheel of gedeeltelijk te negeren. Dat doet een bestuur niet lichtvaardig. Immers, afhankelijk van de governance structuur van de rechtspersoon in kwestie, kan de raad van commissarissen aan de algemene vergadering adviseren om over te gaan tot ontslag van de bestuurder, of hiertoe zelf besluiten. Dit is een machtige positie om in te verkeren en de raad van commissarissen doet er goed aan zich dat te realiseren. Vanuit het belang van good governance is het onverstandig als een raad van commissarissen de druk dusdanig opvoert dat de bestuurder vreest ieder moment te worden ontslagen en daarom het advies klakkeloos opvolgt. Het

vraagt ook om weerbaarheid van een bestuurder die de raad van commissarissen hier in het geval van ‘powerplay’ op aanspreekt.

### **Toezicht op eigen advies**

Er kunnen natuurlijk situaties zijn dat de raad van commissarissen zo nauw betrokken is bij de materie dat gesteld kan worden dat de raad het beleid feitelijk mede heeft bepaald. Denk aan de betrokkenheid van de raad bij overnametrajecten waarbij potentiële kopers en hun biedingen worden gewogen. Of denk aan geïntensiveerd toezicht in geval van ernstige financiële problemen of bij een massaschadeclaim die de continuïteit van de onderneming bedreigt. Hoe kan de raad van commissarissen dan nog onafhankelijk toezicht houden op de uitvoering van dit beleid? Als het voorkomen van een dergelijke intensieve betrokkenheid niet mogelijk is, dan doen de betrokkenen er goed aan te erkennen dat ‘onafhankelijk’ toezicht op die onderdelen van het beleid een illusie is geworden. Door dit te erkennen, zelfreflectie toe te passen, gewicht toe te kennen aan de medezeggenschap in het kader van ‘checks and balances’, bewust te zijn dat evalueren en mogelijk bijsturen van het beleid ‘persoonlijk’ is geworden en hierover het gesprek te voeren, kan de raad van commissarissen zo goed mogelijk diens rol als toezichthouder blijven uitvoeren. 

**Mr. Fenna van Dijk** is advocaat ondernemingsrecht en hoofd Team Gezondheidszorg bij Kennedy Van der Laan. Ze begeleidt onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseert over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.