

Oprecht

EEN VOOR ALLEN, ALLEN VOOR EEN

In vrijwel elke vacaturetekst voor een te werven lid van een raad van commissarissen wordt tegenwoordig niet alleen algemene competenties benoemd, waarover een kandidaat moet beschikken, maar wordt veel specifieke kennis gevraagd. De sollicitant moet een juridische of financiële achtergrond hebben en/of over aantoonbare kennis beschikken op het gebied van bijvoorbeeld AI, cybersecurity, vastgoed of HR. Ook wordt vaak specifieke sector kennis gevraagd. Het feit dat er bij een vacature niet alleen voor de gehele raad van toezicht een profielschets wordt gemaakt, maar ook voor de opengeval- len positie, wordt door veel governance codes in de semipublieke sector voorgeschreven. Daarmee is het niet vreemd dat vacatures vaker gericht zijn op een duidelijk profiel. Hoe verhoudt de wens om specialistische kennis binnen de rvc te halen zich echter met het collectieve karakter van toezicht houden? En kan je je als toezichthouder aan eventuele aansprakelijkheid onttrekken door je te verweren met het argument dat jou niets te verwijten valt, omdat hetgeen mis is gegaan niet binnen jouw portefeuille valt, of dat je niet over de kennis beschikte om het gevoerde beleid goed te beoordelen?

Collectief bestuur en toezicht

Net als voor bestuurders geldt voor commissarissen dat toezicht houden een collectieve aangelegenheid is. De wet stelt met zoveel woorden dat elke commissaris verantwoorde- lijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Hij of zij is voor het geheel aansprakelijk in

geval van onbehoorlijk toezicht, tenzij hij of zij zich kan disculperen. Dat wil zeggen, dat hem of haar mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ook is noodzakelijk dat hij of zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoor- lijk toezicht af te wenden. Uit de jurispruden- tie blijkt dat het niet eenvoudig is om je aan de collectieve verantwoordelijkheid te onttrekken.

Portefeuilles

Het is dus wel mogelijk om binnen een rvc aandachtsgebieden of portefeuilles te verdelen. In lijn hiermee worden ook vaak commissies ingesteld. Hierover schreef ik in *Oprecht 2022-3*. Een portefeuilleverdeling doet niet af aan de collectieve verantwoorde- lijkheid, maar kan onder bovengenoemde voorwaarden wel een disculpatieverweer opleveren. Bovendien wordt aangenomen dat elke commissaris in ieder geval verantwoordelijk is voor het toezicht op het algemeen beleid, de strategie, het risicobeleid en de financiële aange- genheden.

Bekwaamheid

De wettelijke eis dat een commissaris gehouden is tot een behoorlijke vervulling van diens taak, betekent dat van een commissaris verwacht mag worden dat die geschikt is voor zijn of haar taak en over voldoende competenties beschikt om zijn of haar taak te vervullen. Het feit dat je inzicht mist die van iemand in deze positie mag worden verwacht,



kan je niet tegenwerpen als je met een aansprakelijkstelling wordt geconfronteerd. Het is belangrijk om dit in je achterhoofd te houden als je een positie als commissaris aanvaardt, ook wanneer er specifiek is geworven op een bepaald profiel waaraan je zonder twijfel voldoet. Denk bijvoorbeeld aan de huidige trend om in de boardroom ook kennis op het gebied van AI en of cybersecurity te borgen. Als je als AI-expert onvoldoende financieel onderlegt bent om bijvoorbeeld de kwartaalrapportages te duiden of het jaarverslag te begrijpen, of geen kennis hebt van de sector waarin de onderneming of organisatie werkzaam is en dus het algemeen beleid lastiger kan beoordelen, mis je dus mogelijk competenties die wel van je worden verlangd. Het is dan zaak om die kennis bij te spijkeren.

Ingrijpen

Een taak- of portefeuilleverdeling is dus toegestaan en vaak valt die samen met de expertise die een commissaris inbrengt. Indien een commissaris steken dreigt te laten vallen, of zijn of haar taak al heeft verzaakt, kunnen de overige commissarissen niet de schouders ophalen en zich verweren met een beroep op de taakverdeling. Van de overige commissarissen wordt verwacht dat zij ingrijpen en de eventuele schade trachten te voorkomen of te verkleinen. Ingrijpen kan inhouden dat je een taak naar je toetrekt. Ook hieruit spreekt de collectieve verantwoordelijkheid van toezicht houden die tevens is verankerd in de hoofdelijke aansprakelijkheid.

Maar hoe kan je ingrijpen als iets niet tot jouw expertise behoort? Belangrijk hierbij is dat je in ieder geval de informatie tot je neemt die je aangereikt krijgt, dat je vragen stelt als je iets niet begrijpt en er dus voor

durft uit te komen dat je bijvoorbeeld een onderwerp als cybersecurity ingewikkeld vindt. Daarnaast is het natuurlijk essentieel dat je oplet op de algemene signalen zoals dat iemand zich onttrekt aan de beraadslaging, nooit wat zegt of vraagt, vragen die aan hem of haar gesteld worden met een onbegrijpelijk antwoord (of met veel woorden maar geen inhoud) van de hand doet, veel afwezig is, onvoorbereid ter tafel komt et cetera.

Vastleggen van tegengeluid

In de praktijk zien we wel dat een commissaris die het met een bepaald voorgenomen besluit niet eens is, in de notulen of het schriftelijk besluit laat vastleggen dat hij of zij tegen heeft gestemd. Vanuit de collectieve verantwoordelijkheid zal dit echter niet voldoende zijn om je later – als er bijvoorbeeld wanbeleid is vast komen te staan – te kunnen disculperen. Zoals gezegd, is ingrijpen vereist omdat je moet kunnen laten zien dat je maatregelen hebt genomen om de gevolgen van het onbehoorlijke toezicht af te wenden. Kan je je echt niet verenigen met een besluit, dan is aftreden de enige veilige optie. En ook hier geldt: voorkomen is beter dan genezen. Collectief verantwoordelijk zijn, betekent dat je de gefundeerde bezwaren van een of meer commissarissen serieus neemt, nog langer met elkaar doorpraat, desnoods extern advies inwint en bij voorkeur streeft naar consensus. «

Mr. Fenna van Dijk was 29 jaar advocaat ondernemingsrecht en begeleidde onder meer samenwerkingen tussen zorgorganisaties en adviseerde over vraagstukken rondom goed bestuur en toezicht.