

HOOFDSTUK 8

VERSCHERPT TOEZICHT DOOR DE RAAD VAN COMMISSARISSEN

*Tom Salemink*¹

8.1 Inleiding

Begin oktober 2019 publiceerde het Financieele Dagblad een indrukwekkend interview met Margot Scheltema.² Scheltema sprak onder meer over haar werk als commissaris. Op één van de vragen antwoordde zij veelzeggend: “*Bij voorkeur geef ik iemand een hengel in plaats van de vis*”. Scheltema gebruikte deze metafoor om uit te leggen dat zij liever iemand adviseert of bijstuurt dan diegene vertelt hoe het moet of het zelf doet.

Dit antwoord typeert Scheltema als commissaris, maar laat ook het dilemma zien waarvoor iedere commissaris zich wel eens gesteld zal zien. Moet ik ingrijpen? En belangrijker, op welk moment en op welke wijze? Betekent toezicht enkel advisering en bijsturing of mag een commissaris ook verder ingrijpen en in het uiterste geval zelf de vis vangen?

Deze vragen spelen in het bijzonder bij crises of andere ongebruikelijke situaties, zoals een financiële noodsituatie, een vijandig bod of een belangrijke transactie. De raad van commissarissen zal dan zijn toezicht moeten intensiveren. Dat is niet eenvoudig. In het geval hij niet of niet tijdig ingrijpt, vervult hij zijn taak onbehoorlijk, maar als hij te snel of te intensief ingrijpt en daarbij op de stoel van de bestuurder gaat zitten, is mogelijk eveneens sprake van onbehoorlijk toezicht.

Over dit dilemma – wat is verscherpt toezicht? En waar ligt de grens met het bestuursdomein? – wil ik het deze ochtend hebben.

8.2 De veranderende taakopvatting van de raad van commissarissen

De taakopvatting van een commissaris is in korte tijd ingrijpend veranderd. Van een commissaris wordt steeds meer gevraagd. Niet alleen zijn tijdsbesteding neemt toe, maar ook de taken en verantwoordelijkheden.

1 Mr. T. Salemink is universitair docent ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit en ten tijde van de voordracht advocaat bij Clifford Chance LLP in Amsterdam.

2 K. Kuijpers, ‘Ik bereid me voor op een ander leven’, *Het Financieele Dagblad* 6 oktober 2019.

Uit onderzoek blijkt dat een commissaris van een beursvennootschap gemiddeld ruim 50 dagen per jaar aan zijn functie besteedt.³ Voor de voorzitter ligt dit aantal nog hoger, op meer dan 60 dagen.⁴ Dat is bijna anderhalve dag per week.

De verzwaring en professionalisering van het commissariaat is mede het gevolg van veranderende maatschappelijke opvattingen over toezicht. Vanaf grofweg de eeuwwisseling ontstond – mede door een aantal grote faillissementen en gerucht-makende bedrijfsschandalen – steeds meer kritiek op het toezicht binnen vennootschappen. De kritiek richtte zich in het bijzonder op de doorgaans afstandelijke en passieve opstelling van de raad van commissarissen.⁵ Dit leidde niet alleen tot meer rechtspraak, maar ook tot meer regelgeving en hogere standaarden voor het toezicht door de raad van commissarissen.⁶

De rol van de commissaris is verzaamd en steeds verder opgeschoven naar het bestuur.⁷ Zo constateerde Dumoulin begin 2019 in *Ondernemingsrecht* dat de Code de raad van commissarissen op zodanige wijze in de bedrijfsvoering betreft dat hij taken gaat verrichten waarvan op zijn minst verdedigbaar is dat deze tot het

3 GrantThornton, *Meer aandacht voor senior management wenselijk. Commissarissen benchmark-onderzoek 2017-2018 – Deel III*, februari 2018, p. 46 e.v. (hierna: GrantThornton 2018).

4 GrantThornton 2018, p. 46 e.v.; H. van Halder, H. Krommendam & K. van Veen, *The Chairman of the supervisory board in the Netherlands, How the profile has changed and the role is evolving*, SpencerStuart 2018. Hierover ook P. Couwenbergh, 'Steeds dichterbij de stoel van de CEO', *Het Financieel Dagblad* 3 oktober 2018.

5 Zie W.J.L. Calkoen, *The One-Tier Board. In the changing and convergence world of corporate governance* (diss.), Deventer: Kluwer 2012, p. 324-326; Ch.E. Honée, 'Corporate Governance, een vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2016/67, p. 312 (hierna: Honée 2016); Verantwoording van het werk van de Commissie bij de Code Tabaksblat onder 1.

6 Zie o.m. Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 (*Laurus*); Hof Amsterdam (OK) 6 januari 2005, *JOR* 2005/6 (*Ahold*); Hof Den Haag 26 april 2005, *JOR* 2005/171 (*Berntsen q.q./Lampe*); Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006, *JOR* 2007/67 (*KPNQwest*); Rb. Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/66 (*Ceteco*); Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181 (*Smelik/De Regt*). Naast de rechtspraak hebben met name de verschillende Corporate Governance Codes een belangrijke rol gespeeld bij de uitbreiding en verzwaring van de taak van de commissaris, zie P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 281.

7 Zie hierover uitgebreid G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/273-275 (hierna: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019); H.J.M.N. Honée, 'Commissarissen, gezanten uit Niemandsland?', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Harry Honée-bundel* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 84), Deventer: Kluwer 2011/3.5; M.W. den Boogert, 'De vergeten band tussen raad van commissarissen en algemene vergadering; de Januskop van de commissaris', *Ondernemingsrecht* 2005/87, p. 253.

bestuur behoren.⁸ Het takenpakket van de commissaris heeft monistische trekken gekregen.⁹

Het is overigens de vraag of deze ontwikkeling wenselijk is. Uit onderzoek blijkt dat te veel bemoeienis met het bestuur juist averechts kan werken. Bestuurders zijn dan minder geneigd informatie te delen, hetgeen ten koste gaat van effectief toezicht.¹⁰

Hoe dan ook, de grens tussen bestuur en toezicht vervaagt. Dit maakt het voor commissarissen niet eenvoudiger om in tijden van crisis tijdig het toezicht te verscherpen zonder daarbij de grenzen van het bestuursdomein te overschrijden (zie hierna par. 8.4.3).

8.3 Intensivering van toezicht door de Aufsichtsrat

8.3.1 Inleiding

Het is interessant om te zien hoe de Duitsers met deze vragen omgaan. In het Duitse vennootschapsrecht geldt eveneens dat de *Aufsichtsrat* zijn toezicht dient te intensiveren in situaties die niet tot de normale bedrijfsvoering behoren.¹¹

Voor de Duitse commissaris spelen dus dezelfde vragen met betrekking tot verscherpt toezicht. In de Duitse literatuur is hiervoor een theoretisch model ontwikkeld dat zich het beste laat omschrijven als ‘getrapt toezicht’. Daarbij zijn drie fases van oplopend toezicht te onderscheiden: begeleitend toezicht (*begleitenden Überwachung*), ondersteunend toezicht (*unterstützende Überwachung*) en vormend toezicht (*gestaltende Überwachung*).¹²

8 S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het bestuur van de beursvennootschap. Enige beschouwingen over bestuur, toezicht en governance’, *Ondernemingsrecht* 2019/78, p. 419. Dumoulin noemt als voorbeelden o.m. dat de benoeming van interne auditor, vaak een directe medewerker van de CFO of CEO, goedkeuring vergt van de raad van commissarissen (Bpb 1.3.1. en 1.3.3), dat de auditcommissie beoordeelt of, en zo ja, hoe, de externe accountant wordt betrokken bij inhoud en publicatie van tussentijdse financiële berichten (Bpb 1.7.3), dat de raad van commissarissen signalen uit de onderneming dient op te vangen en (vermoedens van) materiële misstanden en onregelmatigheden onverwijld gerapporteerd dient te krijgen (Bpb 2.3.6). Vgl. ook S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het voorstel voor een nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code: visie en strategie’, *Ondernemingsrecht* 2016/69, p. 327.

9 Honée 2016, p. 316.

10 R.B. Adams & D. Ferreira, ‘A Theory of Friendly Boards’, *The Journal of Finance* februari 2007.

11 O.m. OLG Düsseldorf 31 mei 2012, ECLI:DE:OLGD:2012:0531.I16U176.10.00, *BeckSR* 2012/21503; OLG Stuttgart 29 februari 2012, ECLI:DE:OLGSTUT:2012:0229.20U3.11.0A, *BeckRS* 2012/5280. Hierover ook Habersack, in: MüKoAktG/Habersack, AktG § 111 Rn. 55; Koch, in: Hüffer/Koch AktG § 111 Rn. 15; J. Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft. Die Leitungsaufgabe des Vorstands und die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats*, Keulen: Carl Heymanns Verlag 1996, Rn. 231 (hierna: Semler 1996).

12 Semler 1996, Rn. 231-234.

8.3.2 Getrapt toezicht naar Duits model

Bij een normaal verloop van de onderneming dient de *Aufsichtsrat* zich terughoudend op te stellen en beperkt gebruik te maken van zijn toezichthoudende bevoegdheden. Het bestuur is verplicht de commissarissen periodiek over specifiek in de wet vastgelegde onderwerpen te informeren (*Berichtspflichten des Vorstands*).¹³ De Duitse raad van commissarissen kan volstaan met het bestuderen en beoordelen van deze informatie en het dienen als klankbord voor het bestuur.¹⁴ Hij heeft in beginsel een begeleidende rol.

Als de onderneming onder druk komt te staan of zich anderszins een ongebruikelijke situatie voordoet, zal de *Aufsichtsrat* zijn toezicht moeten intensiveren. Het zwaartepunt ligt daarbij in eerste instantie op informatie. Hij kan dan niet langer volstaan met het enkel bestuderen van de bestuursrapportages. De commissarissen zullen aanvullende informatie moeten vragen¹⁵ of zelf onderzoek moeten doen om een eigen oordeel van de situatie en risico's te kunnen vormen.¹⁶

De *Aufsichtsrat* zal bovendien vaker met het bestuur bijeen moeten komen en mogelijk bepaalde bestuursbesluiten aan zijn goedkeuring moeten onderwerpen.¹⁷ Hij gaat dichter op het bestuur zitten en heeft tot voornaamste taak het bestuur te adviseren en te ondersteunen om de verslechterde gang van zaken te keren. Hij gaat over op ondersteunend toezicht.

Indien de situatie verder verslechtert en de continuïteit van de onderneming op het spel komt te staan, dient de Duitse raad van commissarissen op te schalen en over te gaan op vormend toezicht. Hij zal moeten nagaan welke maatregelen nodig zijn om het voortbestaan van de onderneming veilig te stellen. In het bijzonder dient de *Aufsichtsrat* te beoordelen of het bestuur nog in staat is het tij te keren, en zo niet, dan dient hij het bestuur te versterken door benoeming en ontslag van bestuurders.¹⁸ Hij heeft de verantwoordelijkheid een functionerend bestuur te vormen.¹⁹

13 § 90(1)(2) AktG. Hierover ook Habersack, in: MüKoAktG/Habersack AktG § 111 Rn. 22. Het bestuur benoemt daarbij ook eventuele afwijkingen ten opzichte van eerder geformuleerde prognoses en doelen alsook de redenen daarvoor. Zie ook de Duitse Corporate Governance Code, bpb 3.4(2). Hierover ook M. Roth, 'Corporate Board in Germany', in: Paul Davies e.a. (red.), *Corporate Boards in Law and Practice. A Comparative Analysis in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 311 (hierna: Roth 2013).

14 Semler 1996, Rn. 232; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG § 111 Rn. 15; J.J. Du Plessis & I. Saenger, 'The Supervisory Board as Company Organ', in: J.J. Du Plessis e.a., *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin: Springer-Verlag 2017.

15 § 111(2) AktG. Hierover Roth 2013, p. 312-313.

16 O.m. OLG Stuttgart 29 februari 2012, ECLI:DE:OLGSTUT:2012:0229.20U3.11.0A, *BeckRS* 2012/5280.

17 § 111(4) AktG. Hierover Habersack, in: MüKoAktG/Habersack AktG § 111 Rn. 56; Semler 1996, Rn. 234.

18 § 84 AktG. Hierover Semler 1996, Rn. 234; Habersack, in: MüKoAktG/Habersack AktG § 111 Rn. 56; Koch, in: Hüffer/Koch AktG § 111 Rn. 15.

19 Semler 1996, Rn. 234.

Het intensiveren van het toezicht van de Duitse raad van commissarissen gaat dus stapsgewijs van informatievergaring om een eigen analyse te maken en aldus het bestuur te ondersteunen, tot het ingrijpen als bestuur niet in staat blijkt de crisis af te wenden.

8.4 Intensivering van toezicht door de raad van commissarissen

8.4.1 Inleiding

De kritiek in de Duitse literatuur is dat dit getrapte model te dogmatisch en praktisch lastig uitvoerbaar is. Deze kritiek is denk ik terecht, maar niettemin biedt het model commissarissen – ook de Nederlandse – handvatten hoe te handelen bij crises en andere ongebruikelijke situaties. Uit de rechtspraak blijkt dat dit getrapte toezicht ook in grote lijnen voor de Nederlandse commissaris geldt.

8.4.2 Verscherpt toezicht door de raad van commissarissen

In Nederland dient de raad van commissarissen zich bij een normaal verloop van de onderneming eveneens terughoudend op te stellen en kan hij zijn toezicht beperken tot de hoofdlijnen.²⁰ Een voortdurend en gedetailleerd toezicht behoort niet tot zijn taken.²¹ Hij kan in beginsel afgaan op de juistheid en volledigheid van de door het bestuur verschaft informatie.²²

Als er signalen zijn dat de positie van de onderneming verslechtert of dreigt te verslechteren, de informatie van het bestuur onjuist of onvolledig is of als sprake is van een bijzondere situatie zoals een openbaar bod, verschiet het toezicht van kleur. De raad van commissarissen dient dan op te schalen. Ook voor de Nederlandse commissaris is de eerste stap van verscherpt toezicht informatievergaring. De raad van commissarissen zal moeten doorvragen en zo nodig buiten het bestuur om

20 Aldus expliciet Rb. Den Bosch 9 november 2011 (r.o. 4.9.3), *JOR* 2012/74 (*Vialle*).

21 Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/184; W.J. Slagter & B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1182 (hierna: Assink/Slagter 2013); J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss. Maastricht) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 19), Deventer: Kluwer 1993, p. 10 (hierna: Blanco Fernández 1993). Zo oordeelde bijvoorbeeld het Hof Den Haag in 1999 dat het controleren van de letterlijke tekst van een overnamecontract in de regel de toezichhoudende taak van de raad van commissarissen te boven gaat, zie Hof Den Haag 6 april 1999 (r.o. 18), *JOR* 1999/142 (*Verto/Drenth*).

22 Art. 2:141/251 lid 1 en 2 BW en bpb 2.6.2 en 2.8.1 Corporate Governance Code. Hierover ook Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/206 en 377; Assink/Slagter 2013, p. 1188. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003 (rov. 3.6), *JOR* 2003/260 (*Laurus*); Rb. Noord-Nederland 4 december 2003 (r.o. 2.32 e.v.), *JOR* 2014/64 (*Betelgeuze*).

– bijvoorbeeld via de accountant – informatie moeten verkrijgen²³ om zelf een beoordeling te kunnen maken.²⁴ Uit de rechtspraak volgt dat het met name op dit punt van informatievergaring misgaat. In het merendeel van de gevallen van onbehoorlijk toezicht, is de raad van commissarissen onvoldoende geïnformeerd of heeft hij te veel vertrouwd op de informatie van het bestuur. Voorbeelden zijn de zaken Ogem, KPNQwest, Landis en meer recent Fairstar.²⁵

Verder zal de raad van commissarissen het bestuur indringender moeten adviseren en kan het wenselijk zijn om naar Duits voorbeeld controlemomenten in te bouwen. Zo kreeg de raad van commissarissen van Laurus in 2003 het verwijt dat het toch al risicovolle businessplan niet voorzag in toetsingsmomenten waarop de uitvoering tijdig kon worden bijgesteld en zo nodig worden gestopt.²⁶

Mogelijk zal de raad van commissarissen het bestuur ook aanwijzingen of instructies moeten geven. In navolging van Bulten, bepleitte Van Olffen twee jaar geleden op dit congres dat de raad van commissarissen ook zonder statutaire basis een gekwalificeerde instructiebevoegdheid kan hebben.²⁷ Ik ben het daarmee eens, met die kanttekening dat een dergelijk instructierecht alleen geldt in situaties van verscherpt toezicht. En inmiddels zijn ook de laatste Nijmeegse collega's Van Solinge en Nieuwe Weme om. In het nieuwe Asser-deel komen zij terug op het standpunt dat de scheiding tussen bestuur en toezicht zich zou verzetten tegen een instructierecht van de raad van commissarissen.²⁸

23 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/378; M.M. Stolp, 'De zorg van een zorgvuldig commissaris', *WPNR* 2015/7045, p. 39-46; B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: B.F. Assink & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse – Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer 2009, p. 95 (hierna: Assink 2009); Y.L.L.M. Delfos-Roy, *Informatievertrekking en informatievergaring in het kader van de toezicht-houdende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 56), Deventer: Kluwer 1997, p. 55-58; Blanco Fernández 1993, p. 10. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77 (*Landis*); Rb Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990/740 (*Tilburgse Hypotheekbank*); Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006, *ARO* 2007/7 (*KPNQwest*).

24 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1990 (r.o. 10.2), *NJ* 1990/466 (*Ogem*).

25 HR 10 januari 1990 (r.o. 10.2), *NJ* 1990/466 (*Ogem*); Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006, *ARO* 2007/7 (*KPNQwest*); Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77 (*Landis*); Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 en Rb. Amsterdam 13 februari 2019, *ECLI:NL:RBAMS:2019:807* (*Fairstar/Adkins*).

26 Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003 (r.o. 3.8), *JOR* 2003/260 (*Laurus*).

27 C.D.J. Bulten, 'Vertrouwen op instructie', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017; M. van Olffen, 'Toezicht in overnamesituaties', in: G. van Solinge e.a., *Toezicht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hierna: Van Olffen 2018).

28 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/307.

In deze fase gaat de raad van commissarissen dus over op ondersteunend toezicht, waarbij op het adviserende deel van zijn wettelijke kerntaak de nadruk komt te liggen.²⁹

De volgende stap en het sluitstuk van verscherpt toezicht is dat de raad van commissarissen moet ingrijpen. Als het bestuur niet goed op de crisis reageert en niet in staat blijkt het tij te keren, zal de raad van commissarissen uiteindelijk door schorsing, ontslag of op andere wijze één of meer bestuurders dienen te vervangen.³⁰

8.4.3 *Verscherpt toezicht en het bestuursdomein*

Tussen ondersteunend en vormend toezicht, tussen informatievergaring en schorsing zit ruimte. De raad van commissarissen kan ook andere stappen ondernemen. Hij kan bijvoorbeeld in overleg treden met aandeelhouders, bemiddelen of gaan praten met externe partijen, zoals banken of toezichthouders.

De moeilijkheid bij deze stappen is dat zij niet expliciet in de wet aan de raad van commissarissen zijn toebedeeld. De vraag dringt zich dan ook op of de commissarissen wel hiertoe bevoegd zijn en zij niet ten onrechte op de stoel van het bestuur gaan zitten. Het is een grijs gebied wanneer nog sprake is van intensief toezicht en wanneer dit overgaat op medebestuur.

De Eneco-beschikking van vorig jaar illustreert dit treffend. De Ondernemingskamer tikte de raad van commissarissen op de vingers omdat hij zonder het bestuur een mediationstraject met de aandeelhouders was gestart. De raad van commissarissen was hiermee ten onrechte in het bestuursdomein getreden. De mediation was geen bemiddelen, maar onderhandelen namens de vennootschap, aldus de Ondernemingskamer.³¹

In de literatuur zijn vraagtekens geplaatst bij het strikte onderscheid dat de Ondernemingskamer maakt tussen bestuursdomein en toezicht.³² En nog los van de specifieke omstandigheden in deze casus, rijst in het algemeen de vraag of in situaties waarin verscherpt toezicht is vereist, een strikte handhaving van de grens met bestuursdomein wenselijk is. Ligt een terughoudende beoordeling van het handelen van de raad van commissarissen niet meer voor de hand?

29 Assink 2009, p. 93. Aldus ook HR 28 juni 1996 (r.o. 3.5), *NJ* 1997/58 (*Bodam Jachtservice*).

30 Asser/Van Solinge & Nieuwe 2-*Ib* 2019/286; Assink/Slagter 2013, p. 1186; M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006/4.8, p. 423. Aldus ook HR 28 juni 1996 (r.o. 3.5), *NJ* 1997/58 (*Bodam Jachtservice*). Anders dan in Duitsland heeft de raad van commissarissen van een Nederlandse NV of BV niet de bevoegdheid om het bestuur te ontslaan. Hij heeft deze bevoegdheid enkel bij een NV of BV met een volledige structuurregime (art. 2:134/244 lid 1 jo. art. 2:162/272 BW) of bij een BV indien de statuten dit bepalen (art. 2:244 lid 1 BW). Voorts kan in sectorale wetgeving aan de raad van commissarissen de ontslagbevoegdheid zijn verleend, zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/302.

31 Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018 (r.o. 3.14-3.27), *JOR* 2018/303 (*Eneco*).

32 D.J.F.F.M. Duynstee, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, *JOR* 2018/303; J.W. van der Staay, 'De jonge Nieuwe Weme – kroniek van een beginnend advocaat', in: I.V. Aronstein e.a. (red.), *Waar ben ik?* (Nieuwe Weme-bundel), Nijmegen: Radboud Universiteit 2018.

Een strikte scheiding past niet goed in de huidige maatschappelijke opvatting over toezicht en de taak van de commissaris. Men verwacht een steeds actievere rol ten opzichte van het bestuur waardoor de grens tussen bestuur en toezicht vervaagt.

Het handelen van de raad van commissarissen met bestuurlijke trekken is bovendien minder ingrijpend dan de laatste stap van verscherpt toezicht: het gedwongen vertrek van bestuurders. Dat is een laatste redmiddel, zonder garantie op succes, terwijl de mogelijke negatieve gevolgen moeilijk te overzien zijn.³³ Zo ging de Ondernemingskamer in de Laurus-zaak mee in het verweer dat het gedwongen vertrek van de bestuurder op een zeker moment onverantwoord was met het oog op de enorme imago- en vertrouwensschade als gevolg daarvan.³⁴

Wat is eigenlijk het bezwaar dat de raad van commissarissen in uitzonderlijke situaties tijdelijk naast het bestuur komt te staan? Het klopt dat bestuur en toezicht in één hand in zijn algemeenheid onwenselijk is. Maar dit uitgangspunt is niet absoluut. Afwijking is onder omstandigheden te rechtvaardigen. Ik zie daarbij twee randvoorwaarden.

De eerste voorwaarde is gefaseerd toezicht. De raad van commissarissen zal niet direct het bestuursdomein mogen betreden. Hij zal eerst – voor zover mogelijk – de verschillende fases van verscherpt toezicht moeten doorlopen. Pas als bijvoorbeeld indringende advisering of aanwijzingen niet helpen en schorsing de laatste optie is, kan mede-bestuurlijk optreden door de raad van commissarissen gerechtvaardigd zijn.

Deze gefaseerde benadering is mogelijk een verklaring voor het verschil in beoordeling door de Ondernemingskamer van het optreden van de commissarissen van TMG en die van Eneco. Uit de TMG-beschikking volgt dat de raad van commissarissen eerst op de achtergrond dwingend aanwezig was, vervolgens zijn toezicht langzaam opbouwde, aanwijzingen gaf en pas daarna via de strategische comité in de onderhandelingen deels het bestuursdomein betrad.³⁵ Bij Eneco daarentegen trad de raad van commissarissen al vanaf het begin op de voorgrond in de gesprekken met de aandeelhouders – soms met voorbijgaan van het bestuur.³⁶ De Ondernemingskamer sanctioneerde het optreden van de Eneco-commissarissen niet, maar dat van de TMG-commissarissen wel.

Een tweede voorwaarde is dat het bestuur naar buiten toe *in charge* blijft. De raad van commissarissen dient samen met het bestuur op te trekken, althans hij mag het bestuur niet geheel terzijde stellen.

33 Bovendien zal de raad van commissarissen bij een gedwongen vertrek van het bestuur op grond van een statutaire belet- of ontstentenisregeling zelf tijdelijk in het bestuur kunnen voorzien, waardoor de scheiding tussen bestuur en toezicht alsnog tijdelijk vervaagt. Zie als voorbeeld Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, *JOR* 2017/229 (*TMG*).

34 Aldus ook Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003 (r.o. 3.7), *JOR* 2003/260 (*Laurus*). Of zoals de rechtbank in de zaak Vialle het verwoordde: (...) “dergelijk drastisch optreden is als een misplaatst optreden van olifanten in een porseleinkast.” Zie Rb. Den Bosch 9 november 2011 (r.o. 4.9.4), *JOR* 2012/74 (*Vialle*).

35 Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, *JOR* 2017/229 (*TMG*).

36 Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, *JOR* 2018/303 (*Eneco*).

Een voorbeeld is de KPNQwest beschikking uit 2006. De Ondernemingskamer oordeelde dat de commissarissen in het kader van hun toezichtfunctie samen met het bestuur hadden moeten proberen de banken tot een andere opstelling te bewegen. Van hen had bovendien mogen worden verwacht dat zij ook tijdens surseance het bestuur in gesprekken met potentiële kopers terzijde stonden.³⁷

Dit zijn typische bestuurshandelingen, maar in tijden van crisis is het dus wenselijk en wellicht noodzakelijk dat de raad van commissarissen aanschuift.

8.4.4 *Verscherpt toezicht of collectief aftreden*

Een laatste maatregel voor commissarissen is om collectief af te treden. Dit is een signaal dat zij zich niet kunnen vinden in het beleid en functioneren van het bestuur. Het kan een verandering teweegbrengen, maar is geen eenvoudige stap.

De raad van commissarissen zal in crisissituaties niet direct kunnen aftreden, althans niet zomaar zijn verantwoordelijkheid kunnen ontlopen. Van hem mag worden verwacht dat hij eerst pogingen onderneemt om de crisis af te wenden of de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken.³⁸ Dat betekent concreet dat als signalen bestaan waardoor verscherpt toezicht geboden is, collectief aftreden in beginsel pas in de rede ligt nadat de eerste stappen van verscherpt toezicht zijn genomen en geen effect sorteren. Bijvoorbeeld indien het bestuur niet voldoet aan informatieverzoeken of de indringende advisering in de wind slaat.³⁹

Maar er zal ook weer een moment zijn waarop de raad van commissarissen niet zomaar meer kan aftreden. Als de situatie verslechtert waardoor ingrijpen in het bestuur de enige overgebleven maatregel is – de laatste fase van verscherpt toezicht – dan heeft de raad van commissarissen in beginsel een verantwoordelijkheid tegenover de vennootschap om in te grijpen. Hij dient dan vormend op te treden in plaats van af te treden.

8.5 **Intensivering van toezicht door niet-uitvoerende bestuurders**

Verscherpt toezicht speelt ook in een one-tier board. Niet-uitvoerende bestuurders zullen hun toezicht eveneens moeten intensiveren in tijden van crisis. Werkt dit verscherpt toezicht hetzelfde uit als bij de commissaris?

³⁷ Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006 (r.o. 3.47), *JOR* 2007/67 (*KPNQwest*).

³⁸ O.m. Hof Amsterdam (OK) 19 juni 1997 (r.o. 4.22), *NJ* 1997/673 (*Bobel*); Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006 (r.o. 3.47), *JOR* 2007/67 (*KPNQwest*). Aldus ook J. van Bekkum, annotatie bij Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182; P.D. Olden, 'Over vaandelvlucht, défaitisme en realiteitszin' in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 307.

³⁹ Zie ook P.J. van der Korst, *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten* (diss.) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 92), Deventer: Kluwer 2007, p. 150.

Volgens de minister zou dat het geval moeten zijn. Uit de parlementaire geschiedenis volgt immers dat niet beoogd is onderscheid te maken tussen de toezichthoudende taak van niet-uitvoerende bestuurders en die van commissarissen. Aan niet-uitvoerende bestuurders is geen andere opdracht gegeven.⁴⁰

Ik betwijfel of dit zo is, althans in theorie. De niet-uitvoerende bestuurder is een bestuurder en heeft bestuursverantwoordelijkheid. Waar de commissaris niet op de stoel van de bestuurder *mag* zitten, zal de niet-uitvoerende bestuurder dat onder omstandigheden juist *moeten* doen.

In het arrest Bodam Jachtservice overweegt de Hoge Raad dat commissarissen niet zelf gehouden zijn tot boekhouden en openbaar maken van de jaarrekening, ook niet als het bestuur hierin tekortschiet.⁴¹ Dit behoort niet tot hun toezichthoudende taak. Hoe zit dat voor de niet-uitvoerende bestuurder? Het collegialiteitsbeginsel en de collectieve verantwoordelijkheid van bestuurders brengen mee dat de niet-uitvoerende bestuurder mogelijk wel degelijk zelf de jaarrekening zal moeten opmaken en publiceren als de uitvoerende bestuurder dit nalaat.

De niet-uitvoerende bestuurder heeft overigens niet alleen meer verantwoordelijkheden, maar ook meer ruimte en meer bevoegdheden dan een commissaris om in te grijpen. Als bestuurder heeft hij bijvoorbeeld recht op alle informatie, kan hij onderwerpen en besluiten agenderen voor de bestuursvergadering en is een instructierecht in beginsel niet nodig, omdat niet-uitvoerende bestuurders in de regel de meerderheid van stemmen hebben.⁴²

Het feit dat niet-uitvoerende bestuurders aanzienlijk verder mogen ingrijpen dan commissarissen, terwijl niet beoogd is onderscheid te maken tussen de toezichthoudende taak van beide functionarissen, is een extra reden voor een terughoudende toetsing en dus toe te staan dat commissarissen onder omstandigheden het bestuursdomein deels kunnen betreden.

8.6 Fases van verscherpt toezicht

Wat houdt verscherpt toezicht nu in? Met een kleine aanpassing op het Duitse model onderscheid ik naast regulier of begeleidend toezicht, drie fases van verscherpt toezicht:

- (1) informerend toezicht, waarbij de nadruk ligt op het verkrijgen van informatie;

40 *Kamerstukken II 2008/09*, 31763, nr. 6, p. 15. Het wringt enigszins dat niet-uitvoerende bestuurders toezicht houden op onderdelen van de bestuurstaak die mede tot hun takenpakket en verantwoordelijkheid behoren. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/438; A.F. Verdam, 'Worstelen met toezicht in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2018/117, p. 680. Bovendien rijst de vraag hoe dit toezicht zich verhoudt met het interne of collegiale toezicht van bestuurders onderling.

41 HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/58 (*Bodam Jachtservice*).

42 Hierover ook Van Olfen 2018.

- (2) ondersteunend of adviserend toezicht, waarbij de raad van commissarissen dwingender zal moeten adviseren en zo nodig gebruik dient te maken van zijn goedkeurings- of instructierecht; en
- (3) vormend toezicht, waarbij de raad van commissarissen uiteindelijk ingrijpt in de samenstelling van het bestuur.

Het is geen statisch model waarbij iedere stap verplicht doorlopen moet worden. Denk aan de situatie van een frauderende bestuurder. De raad van commissarissen dient in dat geval onmiddellijk vormend op te treden. De fases zijn richtlijnen voor getrappt oplopend toezicht, die aan commissarissen handvatten kunnen bieden hoe te handelen in crisissituaties, bijvoorbeeld over de vraag wanneer collectief aftreden of medebestuur gerechtvaardigd is.

Een laatste gedachte of maatregel voor situaties van verscherpt toezicht. Niet-uitvoerende bestuurders kunnen verder – en wellicht beter – ingrijpen dan commissarissen. Zou het daarom mogelijk – of misschien zelfs wenselijk – zijn dat de raad van commissarissen bij de statuten de bevoegdheid krijgt om in tijden van crisis een one-tier board in te stellen? De commissarissen worden dan niet-uitvoerende bestuurders. Het voordeel is dat zij aldus meer ruimte hebben om in te grijpen en een discussie over het bestuursdomein voorkomen wordt. In de literatuur wordt zo'n facultatief bestuursmodel mogelijk geacht.⁴³

8.7 Afsluiting

Ik rond af. De rol van de commissaris is in korte tijd ingrijpend veranderd. Hij is steeds verder opgeschoven naar het bestuur. Dat maakt het niet eenvoudiger om in tijden van crisis adequaat in te grijpen met inachtneming van het bestuursdomein. Het past dan ook in de huidige tijdsgeest dat een commissaris in dergelijke situaties wel het terrein van het bestuur mag of kan betreden. Dit valt binnen de taakomschrijving van een moderne commissaris.

Ik zie het samengevat als volgt. In tijden van crisis neemt de commissaris plaats op de bijrijdersstoel en navigeert. Hij mag niet zelf achter het stuur kruipen, maar kan onder bijzondere omstandigheden wel een ruk aan het stuur geven om de auto op de weg te houden.

43 M. van Olfen, 'Inrichting van de one tier-vennootschap bij of krachtens de statuten', in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 67), Deventer: Kluwer 2009/21; R.G.J. Nowak, 'Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenlandse governance-afspraken', *WPNR* 2014/7014, p. 348. Hierover ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/435.