

De gedelegeerd commissaris

Deel I: Van status quo naar ad hoc in twee eeuwen rechtsontwikkeling

*Mr. C.M.J. Burggraaf**

In deel I van een tweeluik beschrijft de auteur dat de gedelegeerd commissaris tot ver in de twintigste eeuw een gangbaar rechtsfiguur was met structurele bevoegdheden tussen bestuur en commissarissen. Door polarisatie van bestuur en toezicht enerzijds en de opkomst van collectieve verantwoordelijkheid anderzijds resteert slechts de gedelegeerd commissaris als incidenteel noodinstrument.

1 Inleiding

In oktober 2022 benoemde Jumbo naar aanleiding van het terugtreden van de ‘algemeen directeur’ twee leden van de raad van commissarissen als gedelegeerd commissaris. Een van hen ‘gaat als gedelegeerd commissaris tijdelijk leiding geven aan het directieteam van Jumbo’. De ander ‘zal als gedelegeerd commissaris de verbindende rol vervullen tussen de organisatie, de Raad van Commissarissen (...) en de familie’.¹ Uit de statuten van Koninklijke Jumbo Food Groep B.V. volgt dat ‘de raad van commissarissen (...) een of meer gedelegeerde commissarissen [kan] benoemen die belast zijn met het onderhouden van een meer regelmatig contact met de directie’.² Het Financieel Dagblad (hierna: FD) beschreef de gedelegeerd commissaris als ‘een bijzonder figuur in de bestuurskamer’ die weinig voorkomt.³ Volgens het FD ‘vervangt’ de gedelegeerd commissaris de teruggetreden topman.⁴ Tegelijkertijd benadrukt de krant dat de gedelegeerd commissaris geen bestuurder is en geen besluiten kan nemen.⁵ Desondanks zou de gedelegeerd commissaris volgens dezelfde krant ‘zelf ingegrepen’ hebben bij de intrekking van een omstreden reclamespot in de aanloop naar het WK.⁶

De gedelegeerd commissaris is een commissaris met een bijzondere taak. Hoewel de gedelegeerd commissaris niet is gere-

geld in Boek 2 BW,⁷ bevat de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: CGC) voor beursvennootschappen wel een bepaling over de gedelegeerd commissaris.⁸ In best practice bepaling (hierna: bpb) 2.3.8 is bepaald dat een gedelegeerd commissaris een commissaris is ‘met een bijzondere taak’. De taak van de gedelegeerd commissaris omvat volgens de CGC intensiever toezicht en advies en regelmatig contact met het bestuur.⁹ De gedelegeerd commissaris vormt een ‘vooruitgeschoven post’ van de raad van commissarissen.¹⁰ De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris vindt in de regel plaats vanwege een noodsituatie, zoals het wegvallen van een sleutelfiguur in het bestuur,¹¹ of vanuit het oogpunt van efficiëntie.¹²

De recente benoeming van de gedelegeerd commissarissen roept vragen op naar de ondernemingsrechtelijke positie van deze rechtsfiguur. Waarom spreken we van een ‘gedelegeerd commissaris? Zijn de taken en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris daadwerkelijk gebaseerd op delegatie? Uit het voorgaande blijkt dat een gedelegeerd commissaris geen bestuurder is, maar in de praktijk wel leiding kan geven aan een directieteam. Wat is de verhouding van een gedelegeerd commissaris tot enerzijds de raad van commissarissen en anderzijds het bestuur? In het vervolg van dit tweeluik zal blijken

* Mr. C.M.J. Burggraaf is junior docent en promovendus bij het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit te Nijmegen.

1 Zie Jumbo voert tijdelijke aanpassingen door in aansturing onderneming, persbericht Jumbo d.d. 4 oktober 2022.

2 Art. 22.2 statuten Koninklijke Jumbo Food Group B.V. d.d. 1 oktober 2021.

3 J. Braaksma & P. Couwenbergh, De gedelegeerd commissaris van Jumbo: wel invloed, geen besluiten, Het Financieel Dagblad 5 oktober 2022.

4 Jumbo staakt WK-reclame na golf van kritiek, Het Financieel Dagblad 2 november 2022.

5 Braaksma & Couwenbergh 2022.

6 Jumbo staakt WK-reclame na golf van kritiek, Het Financieel Dagblad 2 november 2022.

7 J.M. Blanco Fernández, De gedelegeerd commissaris, Ondernemingsrecht 2015/82, p. 425; B.F. Assink, Anders denken over de figuur ‘gedelegeerd commissaris’, Ondernemingsrecht 2015/83, p. 430; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364 sub b.

8 Zie ook P.J. Dortmond, Delegatie binnen het toezichthoudend en het bestuurlijk orgaan, Ondernemingsrecht 2005/90, par. 2 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364 sub a.

9 Zie ook J.L. Burggraaf, De rol van de raad van commissarissen bij een onderneming in financiële moeilijkheden, in: G. van Solinge e.a. (red.), Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden (VDHI nr. 124), Deventer: Kluwer 2014, p. 117, Blanco Fernández 2015, p. 425, Assink 2015, p. 430 en Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:140 BW, aant. 12.2.

10 Assink 2015, p. 430.

11 Zie ter illustratie Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 28 september 2015 inzake verzoek om informatie over spoor, bijlage bij Kamerstukken I 2015/16, 34300 XII, D, p. 3, Topman onverwacht weg bij BAM, Het Financieel Dagblad 17 februari 2020 en Jumbo voert tijdelijke aanpassingen door in aansturing onderneming, persbericht Jumbo d.d. 4 oktober 2022.

12 Blanco Fernández 2015, p. 425; Assink 2015, p. 430; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364.

dat de rol van een gedelegeerd commissaris niet zo vanzelfsprekend is als de definitie in de CGC doet vermoeden.¹³

Dit tweeluik bevat een rechtshistorische en dogmatische analyse van de positie van de gedelegeerd commissaris. In het eerste deel licht ik toe hoe de gedelegeerd commissaris van oudsher een veelvoorkomende rechtsfiguur was tussen het bestuur en de commissarissen met structurele en vergaande statutaire taken en bevoegdheden. Ik beschrijf hoe de toenemende polarisatie tussen bestuur en toezicht (par. 2.2), de veranderende gevolgen van taakverdeling en de nadruk op collectieve verantwoordelijkheid (par. 2.3) de pas afsneden van deze oervorm van de gedelegeerd commissaris (par. 2.4). Ik sluit dit eerste deel van het tweeluik af met een (tussen)conclusie (par. 3). In het later te verschijnen tweede deel ga ik in op de huidige (rechts)positie van de gedelegeerd commissaris.

2 De gedaantewisseling van de gedelegeerd commissaris

2.1 Inleiding

De vennootschapsrechtelijke (rechts)figuur ‘gedelegeerd commissaris’ dateert van voor de twintigste eeuw.¹⁴ In deze paragraaf licht ik toe hoe de ontwikkeling van het commissariaat ten opzichte van het bestuur in de loop van twee eeuwen de positie en bevoegdheden van de gedelegeerd commissaris ingrijpend beïnvloedde. Ook ga ik in op de betekenis van de opkomst van collectieve verantwoordelijkheid voor het lot van de gedelegeerd commissaris.

2.2 De gedelegeerd commissaris tussen bestuur en toezicht

2.2.1 De gedelegeerd commissaris tussen bestuur en toezicht onder het oude Wetboek van Koophandel

Het Wetboek van Koophandel (WvK) van 1838 bepaalde dat het ‘beheer’ van de vennootschap gebeurde ‘met of zonder toezicht van commissarissen’.¹⁵ Vanwege de summier wettelijke regeling liepen de statutaire uitwerkingen van het commissariaat in de praktijk sterk uiteen.¹⁶ Volgens Bos was er ‘geen algemeen geldend type van commissariaat’: de statutaire uitwerkingen van het commissariaat waren summier en commissarissen konden in de praktijk op basis van de statuten een eigen taakverdeling treffen.¹⁷ Het ontwerp van minister Jolles

uit 1871 bepaalde expliciet dat commissarissen ‘toezigt’ uitoefenden.¹⁸ Het ontwerp Jolles beoogde een belangrijke verandering: commissarissen werden expliciet van ‘beheer’ uitgesloten.¹⁹ De gedachte was dat controle van en toezicht op het beheer van de vennootschap niet konden samengaan met het uitoefenen van de beheerstaak.²⁰ Een groot deel van de Tweede Kamer was echter van mening dat niet de wet maar de statuten de ‘werkkring’ van commissarissen dienden te regelen.²¹ De door het wetsvoorstel geïmpliceerde controle en toezicht door commissarissen zou resulteren in een schijnwaarborg voor vennoten. Sterker nog, de voorgestelde regeling zou het commissariaat zijn betekenis ontnemen.²² In de literatuur werd benadrukt dat het ‘onmogelijk [was] zonder regt van beheer of medebeheer toezigt uit te oefenen. In sommige gevallen is het bovendien bepaald wenschelijk, dat commissarissen mede beheeren (...)’.²³ In het licht van deze scherpe kritiek is het niet opmerkelijk dat het ontwerp Kist van negentien jaar later de mogelijkheid bevatte om de taak van commissarissen uit te breiden tot bepaalde bestuurshandelingen of zelfs tot ‘tijdelijke waarneming van het bestuur’.²⁴

Nadat het ontwerp Kist in een lade verdween,²⁵ bepaalde het voorontwerp Nelissen uit 1910, anders dan het ontwerp Kist, expliciet dat commissarissen werd opgedragen toezicht te houden op het bestuur.²⁶ De toezichtstaak van commissarissen betekende overigens niet ‘dat op alle handelingen des bestuurders voortdurend een waakzaam oog wordt gehouden’.²⁷ Ook toentertijd gold het commissariaat als bijbetrekking. De taak van de commissaris was beperkt tot hoofdlijnen.²⁸ In de literatuur heerste de opvatting dat het door de wet²⁹ gemaakte onderscheid tussen beheer door bestuurders en toezicht door commissarissen onterecht was.³⁰ De taak van commissarissen omvatte immers ook het adviseren van bestuurders op grote lijnen, het goedkeuren van ‘belangrijke zaken’ en het eventueel

13 Dorhout Mees schreef reeds in 1933 dat het begrip ‘gedelegeerd commissaris’ op zichzelf geen betekenis had. Zie T.J. Dorhout Mees, Statuten van naamloze vennootschappen, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1933, p. 200.

14 De oudste vermelding van een ‘gedelegeerd commissaris’ die ik in semi-privaatrechtelijke context aantrof, betreft een uitspraak van de Hoge Raad d.d. 8 maart 1886. Zie N. de Gijselaar, Nederlandsche rechtspraak, ’s-Gravenhage: De Gebroeders Van Cleef 1886, p. 216.

15 Art. 44 WvK (1838). Zie ook o.a. J.W. Bos, Over commissarissen van naamloze vennootschappen, Groningen: Noordhoff 1923, p. 73 en N. Kreileman, De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board (VDHI nr. 168), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 23.

16 Bos 1923, p. 72 en 74. Vgl. De zienswijze van het notariaat over de aansprakelijkheid van commissarissen, De NV 1924-1925, afl. 2, p. 58.

17 Bos 1923, p. 72-73.

18 Art. 33 Ontwerp Jolles (1871); Kamerstukken II 1871/72, 65, nr. 2, p. 958.

19 Art. 33 onder 3 Ontwerp Jolles (1871); Kamerstukken II 1871/72, 65, nr. 2, p. 958-959.

20 Zie Kamerstukken II 1871/72, 65, nr. 3, p. 968 en Bos 1923, p. 74.

21 Kamerstukken II 1871/72, 65, nr. 4, p. 2230. Zie ook Bos 1923, p. 74.

22 Kamerstukken II 1871/72, 65, nr. 4, p. 2230.

23 Kamerstukken II 1871/72, 65, nr. 4, p. 2230. Zie ook Bos 1923, p. 75.

24 Art. 93 Ontwerp Kist (1890), zie Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1890, p. 109.

25 Zie E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936, p. 15-16 en J.M. de Jongh, Tussen societas en universitas (IVOR nr. 94), Deventer: Kluwer 2014, p. 284.

26 Art. 51b Ontwerp Nelissen (1910), zie Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 24.

27 Zie MvT bij art. 51b Ontwerp Nelissen (1910), Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 93.

28 Positie en verantwoordelijkheid van commissarissen in de N. V. (I/II), De NV 1922-1923, afl. 11, p. 321; Bos 1923, p. 82.

29 Zie art. 40 WvK (1838).

30 Is de commissaris en het houden van toezicht identiek? Zienswijze van prof. J.G. de Jongh, De NV 1923-1924, afl. 11, p. 340.

schorsen van bestuurders.³¹ In de literatuur werd dan ook opgemerkt dat het (interne) beheer van de vennootschap een aangelegenheid was van bestuurders en commissarissen gezamenlijk.³² De ‘eigenlijke taak’ van commissarissen bleef volgens de minister het houden van toezicht op de bestuurders.³³ Commissarissen waren in de regel niet betrokken bij de dagelijkse gang van zaken of de vertegenwoordiging van de vennootschap.³⁴ Uit jurisprudentie blijkt dat gedelegeerd commissarissen in de praktijk wel betrokken waren bij het extern handelen namens de vennootschap.³⁵

In het Gewijzigd Ontwerp van minister Heemskerk werd de toezichthoudende taak van de commissarissen toch weer geschrapt. Volgens de minister was de invulling van het geschrapte begrip toezicht afhankelijk van de (ruimere dan wel engere) uitwerking van die taak in een specifieke akte van oprichting. Om die reden bleef een wettelijke invulling van de taak van commissarissen achterwege.³⁶ Het uiteindelijk door de Tweede Kamer aangenomen ontwerp Donner handhaafde de afwezigheid van een concrete taakomschrijving van commissarissen.³⁷ Vanaf de invoering van het nieuwe WvK tot de invoering van de Structuurwet in 1971 waren de akte van oprichting en de statuten bepalend voor de taakstelling van commissarissen.³⁸ Ondanks de onduidelijkheid over de taakstelling van commissarissen bleef toezicht op het bestuur, ook na invoering van het nieuwe WvK in 1928, de kerntaak van com-

missarissen.³⁹ Gedelegeerd commissarissen hielden zich ‘meer in het bijzonder’ bezig met het dagelijks toezicht op het bestuur en stonden het bestuur door middel van overleg en advies ter zijde.⁴⁰ Ook stond een gedelegeerd commissaris ten opzichte van reguliere commissarissen in nauwer contact met het bestuur.⁴¹ Met deze intensivering van toezicht en advies is niet alles gezegd. In de eerste plaats was het niet mogelijk een principiële grens te trekken tussen intensief, dagelijks toezicht op het bestuur en regulier toezicht op het bestuur.⁴² In de tweede plaats liet de summere wettelijke regeling van het commissariaat ruimte voor toekenning van vergaande bevoegdheden aan in het bijzonder gedelegeerd commissarissen.⁴³ (Mede) bestuur was bij gedelegeerd commissarissen ‘in nog sterkere mate aanwezig dan bij andere commissarissen’.⁴⁴ De verscheidenheid tussen gedelegeerd commissarissen was groot.⁴⁵ Kamphuisen onderscheidde de ‘oneigenlijk gedelegeerd commissaris’ van de ‘eigenlijk gedelegeerd commissaris’.⁴⁶ De oneigenlijk gedelegeerd commissaris, gepositioneerd tussen commissarissen en bestuur, had een eigen bestuurstaak en vertegenwoordigingsbevoegdheid.⁴⁷

2.2.2 De gedelegeerd commissaris tussen bestuur en toezicht onder de Structuurwet en het Nieuw BW

Met de inwerkingtreding van de Structuurwet bepaalde de wet dat de raad van commissarissen tot taak heeft ‘toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’.⁴⁸ Ook werd de raadgevende rol van de raad van commissarissen expliciet in de wet opgenomen.⁴⁹ De memorie van toelichting bij de Structuurwet gaf aan dat de taak en bevoegdheden van de raad van commissarissen en zijn leden verder in de statuten konden worden geregeld. Daarbij wezen de minis-

31 Bos 1923, p. 77-78 en 82; Is de commissaris en het houden van toezicht identiek? Zienswijze van prof. J.G. de Jongh, De NV 1923-1924, afl. 11, p. 339.

32 Waarbij bestuur de taak was van ‘directeuren’ en toezicht de taak van commissarissen. Zie Bos 1923, p. 82 en 87, en Is de commissaris en het houden van toezicht identiek? Zienswijze van prof. J.G. de Jongh, De NV 1923-1924, afl. 11, p. 340.

33 Zie MvT bij art. 51b Ontwerp Nelissen (1910), Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 93 en Bos 1923, p. 71.

34 Positie en verantwoordelijkheid van commissarissen in de N. V. (I/II), De NV 1922-1923, afl. 11, p. 321; zie MvT bij art. 51b Ontwerp Nelissen (1910), Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 93. Zie ook Bos 1923, p. 77 en 85-87.

35 Zie o.a. Gedelegeerd-commissaris cener N.V. als werkforens aangeslagen, De NV 1923-1924, afl. 12, p. 375 en Een kwestie van vennootschapsrecht. Als de N. V. tegen een verkoopbevestiging niet protesteert moet zij de gevolgen maar dragen; aldus de arbiters, De NV 1931-1932, afl. 1, p. 18. Vgl. Bos 1923, p. 86 en Forensenbelasting. Heeft een gedelegeerd commissaris de beschikking over het kantoor van de vennootschap?, De NV 1925-1926, afl. 6, p. 179.

36 Zie Verslag van de Commissie van Voorbereiding en de beantwoording door de Minister van Justitie (1925), Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 218.

37 Art. 50 Ontwerp Donner (1927), zie Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ’s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 260; D.J. Sannes, De wet op de naamloze vennootschappen, Zutphen: W.J. Thieme & Cie 1928, p. 55; H. Schaapveld & P.J. Witteman, De wet op de naamloze vennootschappen, Amsterdam: N.V. H. van der Marcks Uitgeverij-Mij 1928, p. 62; H.F.A. Völlmar, De eerste ervaringen uit de praktijk van de nieuwe wet op de N. V., De NV 1928-1929, afl. 2, p. 34-35; J. van Rijn van Alkemade, Bestuursmacht van commissarissen. Grenzen van de toekenning, TVVS 1962, afl. 11, p. 259.

38 Zie art. II Wet van 6 mei 1971, houdende wijziging van het Wetboek van Koophandel, Stb. 1971, 289. Zie ook Sannes 1928, p. 55 en Van der Heijden 1936, p. 356.

39 Sannes 1928, p. 55; O.B.W. de Kat, De aansprakelijkheid van directeuren, commissarissen en accountant jegens de naamloze vennootschap, De NV 1931-1932, afl. 6, p. 165; Van der Heijden 1936, p. 358-359.

40 Departementale opvattingen, De NV 1923-1924, afl. 4, p. 125; H.D.M. Knoll, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van directie en commissarissen van naamloze vennootschappen naar Nederlandsch recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1936, p. 18 en in het bijzonder onder voetnoot 59; W.C.L. van der Grinten, Departementale opvattingen, De NV 1953, afl. 6, p. 91; H. de Boer, De commissarisfunctie, Amsterdam: J.H. de Bussy 1957, p. 36-37 en 75.

41 De Boer 1957, p. 36-37 en 75.

42 P.W. Kamphuisen, De gedelegeerde commissaris en het begrip bestuurder (NV 1956/3), in: Verzameld werk van prof. mr. P.W. Kamphuisen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 502 e.v.

43 Vgl. Van Rijn van Alkemade 1962, p. 258. In vergelijkbare zin: E. Bloembergen, De raad van commissarissen, Alphen aan den Rijn/Utrecht: Samsom/Het Spectrum 1974, p. 113.

44 De Boer 1957, p. 37 en 75. In vergelijkbare zin: C.W. Star Busmann & Chr. Zevenbergen, Molengraaf. Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940, p. 268.

45 Kamphuisen 1963, p. 498.

46 Kamphuisen 1963, p. 499 e.v. In vergelijkbare zin: Bloembergen 1974, p. 113.

47 Kamphuisen 1963, p. 504. Zie ook Van Rijn van Alkemade 1962, p. 258 en Bloembergen 1974, p. 113.

48 Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 3, p. 12. Zie verder Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 4, p. 25 en SER, Advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht (1969/14), Den Haag 1969, p. 17.

49 Zie Stb. 1971, 289, p. 1.

ter en de staatssecretaris expliciet op de gedelegeerd commissaris.⁵⁰ De minister en staatssecretaris benadrukten dat ‘commissarissen wel toezicht houden op het ondernemingsbeleid, maar dit niet zelf voeren’.⁵¹

De gedelegeerd commissaris vormde bij uitstek een uitzondering op de scheiding tussen het bestuur en het commissariaat.⁵² Een gedelegeerd commissaris was in de regel nauw betrokken bij het bestuur, ontving stukken voor bestuursvergaderingen en woonde in sommige gevallen vergaderingen van het bestuur bij.⁵³ Ook kenden statuten in het bijzonder aan gedelegeerd commissarissen soms vertegenwoordigingsbevoegdheid toe.⁵⁴ Deze statutaire vertegenwoordigingsbevoegdheid van een gedelegeerd commissaris was in de regel geen algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid, maar incidentele vertegenwoordigingsbevoegdheid om specifieke, in de statuten omschreven vertegenwoordigingshandelingen te verrichten.⁵⁵

Toch stond toelaatbaarheid van rechtstreekse toekenning van vertegenwoordigingsbevoegdheid (buiten belet of ontstentenis van bestuurders) al voor de invoering van de Structuurwet ter discussie.⁵⁶ Geen wetsbepaling stond in de weg aan de toekenning van algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid aan commissarissen, maar de verlening van algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid was lastig te rijmen met ‘het stelsel der wet’.⁵⁷ Het Departement van Justitie werd in de tweede helft van de twintigste eeuw kritischer op vergaande vertegenwoordigingsbevoegdheden van gedelegeerd commissarissen.⁵⁸ Onder de Departementale Richtlijnen van 1969 mocht vertegenwoordigingsbevoegdheid aan commissarissen worden toegekend, mits de gevallen waarop die toekenning zag nauwkeurig in de statuten waren beschreven.⁵⁹ Vanaf 1972 mocht, zelfs aan een gedelegeerd commissaris, anders dan in de door de wet genoemde gevallen, geen (algemene) vertegenwoordigingsbevoegdheid meer worden toegekend.⁶⁰ De Departementale

Richtlijnen van 1986 bepaalden dat de taak van de gedelegeerd commissarissen geen inbreuk mocht maken op de wettelijke taak en bevoegdheden van de raad van commissarissen. Bovendien mochten de bevoegdheden van de gedelegeerd commissaris niet ruimer zijn dan de bevoegdheden van de raad van commissarissen en niet de bevoegdheden van een bestuurder omvatten.⁶¹

Vergaande statutaire (bestuurs)bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris stonden op gespannen voet met de toenemende ‘polarisering’ tussen bestuur en toezicht in de tweede helft van de twintigste eeuw. In materieel opzicht schoof de gedelegeerd commissaris op naar de raad van commissarissen. Deze ontwikkeling brengt mij bij de vraag in hoeverre de formele verhouding tussen de gedelegeerd commissaris en de overige commissarissen in diezelfde periode veranderde.

2.3 De gedelegeerd commissaris tussen taakverdeling, delegatie, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid

2.3.1 Taakverdeling en delegatie onder het WvK

De verschillende wetsontwerpen in de aanloop naar het WvK van 1928 voorzagen in de mogelijkheid om taken toe te kennen aan en te verdelen onder commissarissen. Vanwege de verscheidenheid aan taken bestond behoefte om onderscheid te maken tussen commissarissen met verschillende functies, waaronder het verrichten van bestuursdaden en de tijdelijke algehele waarneming van het bestuur.⁶² De taken van commissarissen konden verder worden uitgewerkt in een reglement.⁶³ In het aangenomen ontwerp Donner was de taak van de commissarissen een gezamenlijke taak, tenzij uit de wet of statuten het tegendeel bleek.⁶⁴ De mogelijkheid om de taken van en taakverdeling tussen commissarissen nader in een reglement te regelen werd ook in de wet opgenomen, maar de wet eiste daarvoor een statutaire grondslag.⁶⁵ Ook voorzag de wet in de mogelijkheid om bijzondere rechten en verplichtingen aan een commissaris toe te kennen of op te leggen.⁶⁶ Commissarissen waren in de onderlinge taakverdeling vrij, ook ten aanzien van

50 Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 3, p. 12.

51 Kamerstukken II 1970/71, 10751, nr. 10, p. 7.

52 Bloembergen 1974, p. 36; E.J.J. van der Heijden, Van der Grinten. Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976/281.1.

53 Bloembergen 1974, p. 114.

54 Van der Grinten/Van der Heijden 1976/277.

55 Vgl. Kamphuisen 1963, p. 506 en Van Rijn van Alkemade 1962, p. 257.

56 Zie Van Rijn van Alkemade 1962, p. 257-258 en Van der Grinten/Van der Heijden 1976/275.

57 Zie Van Rijn van Alkemade 1962, p. 259-260 en Van der Grinten/Van der Heijden 1976/275.

58 Van der Grinten/Van der Heijden 1976/277. Vgl. Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 3, p. 12.

59 W. Westbroek, Nieuwe Departementale Richtlijnen, TVVS 1972, afl. 3-4, p. 78.

60 W.C. Treurniet, De nieuwe departementale richtlijnen, De NV 1972-1973, afl. 1, p. 16; Westbroek 1972, p. 78. Gezien de praktijkbehoefte aan (enige) vertegenwoordigingsbevoegdheid van commissarissen werd deze ontwikkeling kritisch ontvangen. Zie Treurniet 1972-1973, p. 16. Tegelijkertijd leefde in de literatuur de hoop dat met deze beperking in de Departementale Richtlijnen een einde werd gemaakt aan de vertegenwoordigingsbevoegde commissaris als ‘amfibische figuur’. Zie Westbroek 1972, p. 78.

61 Van der Grinten/Van der Heijden 1976/281.1; J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij NV en BV (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1993, p. 26 en 152.

62 Het ontwerp van Staatscommissie Kist uit 1890 voorzag al in de mogelijkheid een ‘afzonderlijke werkkring’ aan een commissaris toe te kennen. Zie art. 93 Ontwerp Kist 1890. Zie voorts art. 51b Ontwerp Nelissen (1910), Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ‘s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 24. Vgl. De zienswijze van het notariaat over de aansprakelijkheid van commissarissen, De NV 1924-1925, afl. 2, p. 58.

63 Zie art. 51b Voorstel Nelissen (1910) en de MvT, Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ‘s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 25 en 94. Zie ook art. 50a Ontwerp Heemskerk (1928), Ontwerp van wetten op de vennootschappen en andere, ‘s-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 130. Vgl. Van der Heijden 1936, p. 367.

64 Van der Heijden 1936, p. 361.

65 Sannes 1928, p. 55-56; Schaapveld & Witteman 1928, p. 63; Dorhout Mees 1933, p. 200; A.C.G. van Proostdij, De evenwichts N.V., haar wip-commissaris en het nieuwe wetsontwerp, De NV 1933-1934, afl. 1, p. 4.

66 Van der Heijden 1936, p. 360. Zie ook Van Proostdij 1933-1934, p. 4.

een gedelegeerd commissaris.⁶⁷ In de praktijk werd regelmatig een ‘raad van toezicht of beheer’ aangesteld. Een dergelijke raad hield zich ‘meer geregeld met de zaken der vennootschap bezig’.⁶⁸ Indien daartoe een commissaris werd aangewezen, werd deze persoon volgens Sannes meestal aangeduid als gedelegeerd commissaris.⁶⁹ De aanduiding ‘gedelegeerd commissaris’ had onder het WvK op zichzelf geen betekenis, maar duidde slechts aan dat de desbetreffende commissaris met een bijzondere opdracht was belast. De statuten of reglementen moesten duidelijk maken wat die opdracht of taak precies inhield.⁷⁰ Aan een gedelegeerd commissaris kwamen volgens het Departement van Justitie, bij gebrek aan een statutaire of reglementaire uitwerking, dezelfde bevoegdheden toe als die van de overige commissarissen. Het was volgens het departement niet mogelijk te bepalen dat een gedelegeerd commissaris alle taken van de overige commissarissen uitvoerde.⁷¹

Met het nieuwe WvK werd hoofdelijke aansprakelijkheid van commissarissen geïntroduceerd: commissarissen waren hoofdelijk aansprakelijk voor een ‘aangelegenheid’ die hun toekwam.⁷² In dat licht lag het voor de hand om de commissaris met de meeste tijd en inzicht een bijzondere functie te geven.⁷³ Taakverdeling separeerde immers de verantwoordelijkheid (en de daarmee corresponderende aansprakelijkheid) van commissarissen. Taakverdeling had tot gevolg dat de verantwoordelijkheid voor een bepaalde taak verschoof van alle commissarissen naar de commissarissen aan wie desbetreffende taak was toebedeeld.⁷⁴ De rechtsgevolgen van taakverdeling en de verhouding tot delegatie waren diffuus.⁷⁵ Delegatie⁷⁶ betrof de uitoefening van bevoegdheden van het ‘college’ onder de verantwoorde-

lijkheid van alle commissarissen.⁷⁷ Delegatie vond plaats onder toezicht en verantwoordelijkheid van het delegerende orgaan, aldus Löwensteyn.⁷⁸ Ook Dorhout Mees schreef dat ‘wanneer enkele commissarissen als gedelegeerden worden aangewezen (...) allen in het algemeen gehouden [blijven] tot het uitoefenen van toezicht en deswege aansprakelijk’.⁷⁹ Bevoegdheden die uitdrukkelijk aan de commissarissen als collectief waren toegekend, kwamen volgens Van der Heijden niet voor verdeling of delegatie in aanmerking.⁸⁰

Met het genoemde onderscheid tussen taakverdeling en delegatie is niet alles gezegd over de gedelegeerd commissaris in de toenmalige praktijk. Volgens Van der Grinten bepaalden statuten niet dat de raad van commissarissen een of meer gedelegeerd commissarissen kon aanwijzen, maar simpelweg dat er gedelegeerd commissarissen waren. Van eigenlijke ‘delegatie’, dat wil zeggen de niet-privatieve aanwijzing van een individuele commissaris die namens en onder toezicht van het collectief taken en bevoegdheden uitoefent, was geen sprake:⁸¹ de gedelegeerd commissaris beschikte over eigen statutaire bevoegdheden. Deze bevoegdheden bevonden zich ook op het terrein van andere vennootschapsorganen en vielen niet onder de verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen.⁸² In de literatuur werd de gedelegeerd commissaris met eigen statutaire taken als gezegd aangemerkt als oneigenlijk gedelegeerd commissaris. De *oneigenlijk* gedelegeerd commissaris was, voor zover zijn taken en bevoegdheden voortvloeiden uit de taak en bevoegdheden van de raad van commissarissen, *eigenlijk* gedelegeerd commissaris, maar voor het overige een afzonderlijk statutair orgaan.⁸³

2.3.2 De opkomst van collegialiteit en collectieve verantwoordelijkheid

Het begrip *raad* van commissarissen kwam pas met de invoering van de Structuurregeling in 1971 in de wet. Het begrip *raad* van commissarissen benadrukte dat de taak bij een meerhoofdige raad op de commissarissen gezamenlijk (‘als college’)

67 Van der Grinten 1953, p. 91.

68 Volgens Knoll was een dergelijk college belast met het dagelijks toezicht. Dat college werd om die reden ook wel als ‘Commissie van dagelijksch toezicht’ aangeduid. Volgens Knoll waren de bevoegdheden en invloed van een dergelijk college verrekend. Zie Knoll 1936, p. 18. Vgl. Molengraaf/Star Busmann & Zevenbergen 1940, p. 267.

69 Sannes 1928, p. 56.

70 Dorhout Mees 1933, p. 196 en 200.

71 Van der Grinten 1953, p. 91.

72 Art. 51c jo. art. 47c WvK (1928). Een commissaris kon zich wel disculperen als hij kon aantonen dat hem niets te verwijten viel en dat hij niet had nagelaten maatregelen te treffen. Schaapveld & Witteman 1928, p. 62; Van der Heijden 1936, p. 365.

73 Zie Schaapveld & Witteman 1928, p. 62.

74 Van der Heijden sprak van ‘werkverdeling’. Van der Heijden 1936, p. 366; F.J.W. Löwensteyn, Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 39. De balanscommissaris is een bekend wettelijk voorbeeld van dergelijke taakverdeling. De verantwoordelijkheid voor het toezicht op de financiële verslaggeving lag niet bij alle commissarissen, maar specifiek bij de balanscommissarissen. Vgl. Van der Heijden 1936, p. 366.

75 Zie o.a. Van der Heijden 1936, p. 366 e.v. en Löwensteyn 1959, p. 39.

76 Voor de duidelijkheid benadruk ik dat de contemporaine invulling van het concept ‘delegatie’ wezenlijk verschilt van de hier beschreven invulling. Zie daarover uitgebreid het nog te verschijnen tweede deel van dit tweeluik over de gedelegeerd commissaris.

77 Van der Heijden sprak van ‘collegiale organisatie’. Van der Heijden 1936, p. 366. Enigszins verwarrend schrijft Van der Heijden in de context van aansprakelijkheid dat ‘bij delegatie van het toezicht (...), de anderen voor de tekortkoming der gedelegeerden niet aansprakelijk zijn (...)’. Collegiale organisatie van commissarissen doet op zichzelf de aan het college toevertrouwde aangelegenheden niet ophouden te behoren tot de gezamenlijke werkring en stelt dus in beginsel niet vrij van hoofdelijke aansprakelijkheid deswege.’ Zie Van der Heijden 1936, p. 373. Zie ook Löwensteyn 1959, p. 37.

78 Löwensteyn schreef: ‘Het gezag’ van het orgaan over de gedelegeerde, ‘aan wie het bevoegdheden heeft gedelegeerd’, is ‘niet alleen een recht, maar ook een plicht’. Vgl. Löwensteyn 1959, p. 38-39, 45-46 en 55-56.

79 Ogenscheinlijk anders: Van der Heijden 1936, p. 373. Zie ook noot 77.

80 Van der Heijden 1936, p. 367.

81 De Boer 1957, p. 36; Kamphuisen 1963, p. 499 e.v.; Van der Grinten/Van der Heijden 1976/281.1. Zie ook Van Rijn van Alkemade 1962, p. 258 en Bloembergen 1974, p. 112 e.v.

82 Zie Van der Heijden 1936, p. 345, Kamphuisen 1963, p. 501 en Van der Grinten/Van der Heijden 1976/281.1.

83 Kamphuisen 1963, p. 502. In vergelijkbare zin: Blanco Fernández 1993, p. 151.

rustte.⁸⁴ De nadruk kwam daarmee te liggen op de collegiale taakuitoefening⁸⁵ en de collectieve verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen.⁸⁶ De mogelijkheid om de taken van de raad van commissarissen nader te regelen en te verde- len, ook ten aanzien van een gedelegeerd commissaris,⁸⁷ werd gehandhaafd.⁸⁸ Bevoegdheden die niet dwingendrechtelijk of statutair aan de raad van commissarissen waren toegekend, konden echter niet door een of enkele commissarissen worden uitgeoefend.⁸⁹ Het rechtsgevolg van taakverdeling bleef ook na invoering van de Structuurwet en het nieuwe BW onderwerp van discussie. Welke invloed had taakverdeling op de verant- woordelijkheid voor taken die aan anderen waren toebedeeld? De wetgever legde de nadruk op de collectieve verantwoorde- lijkheid.⁹⁰ Ondanks discussie in de literatuur leek taakverde- ling geen afbreuk meer te doen aan de collectieve verantwoorde- lijkheid van de raad van commissarissen.⁹¹ Onderlinge taakverdeling had niet meer tot gevolg dat een bepaalde aange- legenheid niet meer tot de verantwoordelijkheid van een com- missaris behoorde.⁹²

De toenemende relevantie van collectieve verantwoordelijk- heid, versterkt door het afnemende rechtsgevolg van taakverde- ling, wrong met de structurele aanwezigheid van een gedele- geerd commissaris wiens vergaande bevoegdheden niet altijd overlapt met de collectieve taakstelling van de raad van com- missarissen.

2.4 Het lot bezegeld: de gedelegeerd commissaris van status quo naar ad hoc

Scherper onderscheid tussen toezicht door commissarissen en bestuur door bestuurders enerzijds en de opkomst van collec- tieve verantwoordelijkheid anderzijds lieten weinig ruimte voor de structurele aanwezigheid van de gedelegeerd commis- saris met vergaande eigen bevoegdheden. In de loop van de ja- ren tachtig maakten de Departementale Richtlijnen duidelijk dat de taak van de gedelegeerd commissaris niets kon afdoen aan de taken en bevoegdheden van de raad van commissaris- sen. Ook volgde uit de Departementale Richtlijnen dat de taakstelling van een gedelegeerd commissaris geen taken mocht omvatten die niet aan de raad van commissarissen toe- kwamen.⁹³ Het lot van de gedelegeerd commissaris leek met het verschijnen van de aanbevelingen van de commissie-Pee- ters en het verschijnen van de eerste CGC definitief bezegeld, in elk geval voor beursvennootschappen. In 1997 beval de commissie-Peeters aan dat de permanente aanwezigheid van een gedelegeerd commissaris resulteerde in strijdigheid vanwe- ge de vermenging van toezicht en leiding van de vennootschap. Volgens de commissie was het wel mogelijk om 'op een ad hoc en tijdelijke basis' een gedelegeerd commissaris aan te wijzen. Volgens de commissie verdiende een tijdelijke benoeming als bestuurder in combinatie met het aftreden als commissaris evenwel de voorkeur.⁹⁴ De eerste Nederlandse CGC (hierna: Code Tabaksblat) bepaalde eveneens dat delegatie aan een ge- delegeerd commissaris was beperkt tot de taken van de raad van commissarissen. Delegatie van een taak of bevoegdheid nam die taak of bevoegdheid niet weg bij de raad van commis- sarissen. Het advies en toezicht door een gedelegeerd commis- saris waren slechts intensiever. Volgens bpb III.6.6 kon de bestuursbevoegdheid niet aan een gedelegeerd commissaris worden toegekend. Het gedelegeerd commissariaat was boven- dien slechts tijdelijk.⁹⁵

3 Conclusie

In dit eerste deel van dit tweeluik beschreef ik hoe de ontwik- keling van het commissariaat ingrijpende gevolgen had voor de rol en bevoegdheden van de gedelegeerd commissaris. Tot diep in de tweede helft van de twintigste eeuw was de gedelegeerd commissaris de aanduiding voor commissarissen met structu- rele statutaire bevoegdheden die de perken van toezicht en ad- vies ruimschoots overschreden. De taak en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris waren in elk geval niet beperkt tot de taken en bevoegdheden van de commissarissen als col- lectief. De gedelegeerd commissaris had soms vergaande bestuursmacht en vertegenwoordigingsbevoegdheid. De op- komst van collectieve verantwoordelijkheid wrong met de au- tonome en invloedrijke rol van de gedelegeerd commissaris. Door deze ontwikkelingen is de gedelegeerd commissaris in de afgelopen decennia verworpen tot een commissaris die slechts incidenteel namens de raad van commissarissen bepaalde

84 Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 3, p. 12; Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 4, p. 24-25; Kamerstukken II 1970/71, 10751, nr. 10, p. 10; W.C.L. van der Grinten, Supplement behorende bij Hand- boek voor de naamloze vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971/28; Bloembergen 1974, p. 54 en 87.

85 Vgl. Bloembergen 1974, p. 87 en 100-101.

86 Kamerstukken II 1970/71, 10751, nr. 10, p. 9. In deze context wijs ik op de afschaffing van de balanscommissaris. Het belang van de desbetreffende deeltaak verhiel zich moeilijk met taakverdeling en gesepareerde ver- antwoordelijkheid. Zie Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 22.

87 Kamerstukken II 1969/70, 10751, nr. 3, p. 12. Vgl. Bloembergen 1974, p. 101.

88 Kamerstukken II 1954/55, 3769, nr. 2, p. 13; Kamerstukken I 1957/58, 3769, nr. 201, p. 15; Kamerstukken II 1984/85, 17725, nr. 10, p. 10.

89 Van der Grinten/Van der Heijden 1976/281.1.

90 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 5; Kamerstukken II 1980/81, 16530, nrs. 3-4, p. 16; Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 36. Zie ook Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 8, p. 10, Kamerstukken II 1983/84, 16530, nr. 12, p. 17, Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27e, p. 1 e.v., Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 9, p. 21 en Handelingen II 1984/85, p. 6364.

91 Van der Grinten/Van der Heijden 1976/281.1; J.R. Glasz, Enige be- schouwingen over zinvol commissariaat, Deventer: Kluwer 1995, p. 40. Vgl. P.J. Dortmund, De werkkring van Van Schilfgaarde en het monisme, in: J.B. Huizink e.a. (red.), A-T-D. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgaarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 67 en 70, F.J.P. van den Ingh, De bestuursstructuur van Fortis, Ondernemingsrecht 2000, afl. 6, p. 142 en Asser/Maeijer 2-III 2003/302. Anders: Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 36 en P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechts- personen (IVOR nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 14-15 en 17-18. Zie ook in andere zin Blanco Fernández 1993, p. 197 en Glasz 1995, p. 41.

92 Vgl. Dortmund 2000, p. 70.

93 Par. 6 Departementale Richtlijnen 1986 (oud).

94 Commissie-Peeters, Corporate governance in Nederland. De veertig aan- bevelingen, 25 juni 1997, p. 19 en 34.

95 Bpb III.6.6 Code Tabaksblat d.d. 9 december 2003.

kerntaken intensief mag uitoefenen. Dat deze formele taakstelling niet altijd recht doet aan de feitelijke rol van de gedelegeerd commissaris, beschrijf ik in het tweede deel van dit tweeluik over de gedelegeerd commissaris.