

## 9 Enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht<sup>1</sup>

Barbara Bier

### 1. Inleiding

Het zal weinigen ontgaan zijn dat de opvattingen over taak van de RvC de afgelopen twintig jaar nogal gewijzigd zijn. We zien dat vooral ook terugkomen in de enorme hoeveelheid governance codes die sinds 2003 het licht zagen. Elke zichzelf respecterende sector heeft wel een code opgesteld waarin de taak van de RvC nader wordt uitgewerkt. In deze bijdrage wil ik het niet hebben over deze codes, maar over de wettelijke bepalingen die het toezicht binnen een rechtspersoon regelen. Hierbinnen zijn twee categorieën te onderscheiden.

De eerste categorie betreft wettelijke bepalingen over intern toezicht die van toepassing zijn ongeacht de werkzaamheden van een rechtspersoon. Deze bepalingen zijn opgenomen in Boek 2 BW.<sup>2</sup> Het gaat daarbij om de wettelijke bepalingen die zien op de taak en bevoegdheden van de RvC en de benoeming, ontslag en positie van zijn leden die voor alle NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen gelden. Ondanks de veranderende visie op toezicht zijn deze bepalingen qua inhoud al jaren min of meer ongewijzigd en zeer algemeen gesteld. Voor stichtingen en verenigingen kent de wet (nog) geen bepalingen over een toezichthoudend orgaan. Dat betekent overigens niet dat deze rechtspersonen nooit een toezichthoudend orgaan kennen of mogen hebben. Het is alleen nog niet in Boek 2 BW geregeld.

Op 8 juni 2016 werd het wetsvoorstel 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen'<sup>3</sup> (hierna: 'Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht') ingediend. Het wetsvoorstel bevat een regeling die

---

1 Dit is een bewerking van een eerder van mijn hand verschenen artikel in *Ondernemingsrecht* 2017/105: 'Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht'.

2 In Boek 2 BW zijn bepalingen opgenomen waarin voor bepaalde Nederlandse privaatrechtelijke rechtspersonen (vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV, BV en stichting) wordt bepaald hoe deze in algemene zin zijn geregeld. Deze bepalingen zien bijvoorbeeld op de oprichting, het lidmaatschap, de aandelen of juist het ontbreken van aandeelhouders en leden, het kapitaal en vermogen, het bestuur en het einde van de rechtspersoon.

3 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2. Zie hierover verder uitgebreid Albert Verdam: 'Over bestuur en toezicht, de bestuurstaak, taakverdeling en individuele verantwoordelijkheid alsook enige opmerkingen naar aanleiding van het wetsontwerp 'bestuur en toezicht rechtspersonen'', *Jaarboek Corporate Governance 2017-2018*. Bij het schrijven van dit hoofdstuk is de status van het Wetsvoorstel nog onveranderd.

het interne toezicht van alle in Boek 2 BW opgenomen privaatrechtelijke rechtspersonen omvat, dus ook voor stichtingen en verenigingen. Ik laat het wetsvoorstel hier grotendeels onbesproken, maar verwijst er een enkele keer naar en zal een enkel onderwerp dat ziet op toezicht wel behandelen.

Het toezicht houden binnen een rechtspersoon speelt niet alleen binnen de RvC. Boek 2 BW regelt sinds 1 januari 2013 uitsluitend voor NV's en BV's de mogelijkheid om een zogenaamde one-tier board (hierna ook 'OTB') te hebben, waarin de bestuurstaken tussen uitvoerende bestuurders ('UB') en niet uitvoerende bestuurders ('NUB') verdeeld zijn. Zowel de UB als de NUB zijn bestuurders in de zin van de wet. Dat betekent dat elke UB en elke NUB als bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken (artikel 2:9 BW). Voor het overige is er een taakverdeling mogelijk en wordt deze zelfs verondersteld, met dien verstande dat de wet verbiedt om de toezichthoudende taak aan de NUB te ontnemen. Aan een UB kunnen bepaalde taken juist weer niet worden toegekend. Als er sprake is van onbehoorlijk bestuur, dan is zowel iedere UB als iedere NUB voor het geheel aansprakelijk, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden.

Hoewel de OTB in Boek 2 BW alleen voor de NV en de BV geregeld is, wil dat niet zeggen dat in de praktijk een dergelijk bestuursmodel de facto niet bij andere rechtsvormen wordt gebruikt. Het is niet ongebruikelijk om bij stichtingen en verenigingen (en coöperaties) te werken met een vergelijkbaar model van een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur. Het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht regelt voor alle in Boek 2 BW opgenomen privaatrechtelijke rechtspersonen de mogelijkheid tot het instellen van een OTB.

Dan de tweede categorie wettelijke bepalingen die over toezicht gaan. De laatste jaren zien we steeds meer sectorspecifieke wetgeving voor rechtspersonen die werkzaamheden ontplooiën in een bepaalde sector. Deze bepalingen geven over het algemeen wél een gedetailleerde omschrijving van de samenstelling en taak van de desbetreffende RvC en de benoeming en ontslag van zijn leden. De taakomschrijving gaat vaak veel verder dan de summier beschrijving van Boek 2 BW. Ook is er sectorspecifieke wetgeving die wel ingaat op toezicht bij de stichting en vereniging en/of die wel de mogelijkheid van een OTB buiten de NV en BV geeft. Ik noem als voorbeeld de Pensioenwet. Een pensioenfonds moet een stichting zijn. In de Pensioenwet worden drie mogelijke bestuursmodellen voor een pensioenfonds omschreven, waaronder het zogenaamde gemengde bestuur. Het gemengde bestuur van een pensioenfonds bestaat uit UB en NUB. De Pensioenwet bevat verder zeer gedetailleerde bepalingen over de samenstelling van zo'n gemengd bestuur en de invulling van de interne toezichtstaak. De Pensioenwet gaat in detail en op specifieke punten in op de rol van de NUB respectievelijk het toezichthoudend orgaan – in de benaming van de Pensioenwet genaamd 'de raad van toezicht'.

In deze bijdrage zal ik eerst in meer algemene zin het toezichthoudend orgaan en toezicht binnen het bestuursorgaan schetsen en dan enkele vragen over de taak en positie van een toezichthoudend orgaan en toezicht binnen het bestuursorgaan behandelen. Ik zal mij daarbij richten op de (letterlijke) wijze waarop deze in de wet zijn omschreven.

## 2. Toezichthoudend orgaan

Terug naar de bepalingen van Boek 2 BW over de taken van de RvC. Deze zijn uiterst summier als het gaat over de inhoud en reikwijdte van het toezicht houden binnen een rechtspersoon. Het meest in het oog springend en enig in Boek 2 BW geregeld orgaan bestemd om toezicht te houden is uiteraard de RvC. De wettelijke hoofdtaak van de RvC is het houden van toezicht op a) het beleid van het bestuur en b) op de algemene gang van zaken binnen die rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. Ik refereer hierna aan deze taak als de toezichthoudende taak.

Als tweede taak van de RvC wordt genoemd het met raad terzijde staan van het bestuur. Dit wordt vaak aangeduid als de adviesrol, maar ik prefereer hiervoor de aanduiding raadgevende taak. Ik denk dat door het gebruik van de woorden 'terzijde staan' is bedoeld op een behulpzame rol. Of, zoals in de Van Dale te lezen valt, één van de betekenissen van het woord 'raad' is 'overleg, meestal tussen twee of meer personen, om een uitweg uit moeilijkheden te vinden of een keuze uit mogelijkheden te doen'. De woordkeuze van de wetgever komt op mij meer over als een indicatie om schouder aan schouder te staan op basis van gelijkwaardigheid. De bewoording van de wet lijkt te impliceren dat het toezicht ziet op het bestuur als orgaan, dus op het collectief en niet op de individuele taakvervulling van zijn leden.

Daarnaast zijn enkele andere taken uit de wet op te maken. Zo speelt de RvC bij de NV en de BV een belangrijke rol bij een tegenstrijdig belang van alle bestuurders waardoor geen bestuursbesluit tot stand kan komen (art. 2:129/2:239 lid 6 BW). Ook vervult de RvC in zekere zin een werkgeversrol, ik noem dat de werkgevers-taak.<sup>4</sup> Bij veel NV's is de RvC aangewezen als orgaan dat met inachtneming van het door de algemene vergadering vastgestelde bezoldigingsbeleid de bezoldiging van de bestuurders vaststelt. De RvC speelt een rol bij het namens een NV terugvorderen van een bonus die op basis van onjuiste informatie als bedoeld is uitgekeerd. Daarbij is de RvC, behoudens afwijkende statutaire bepaling, bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen (art. 2:147/2:257 lid 1 BW).

De statuten kunnen de taak van de RvC tot op zekere hoogte uitbreiden. Dat kan door dichter naar de kant van besturen te gaan, bijvoorbeeld door aan de RvC of aan commissarissen vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen (art. 2:130/

<sup>4</sup> Zie ook Mijntje Lückcrath-Rovers, Barbara Bier, Hans van Ees, Muel Kaptein, 'CEOs vinden dat hun commissarissen te veel tijd besteden aan toezicht', *Me Judice*, 8 maart 2014.

2:240 lid 4 BW) of bij een BV zelfs de bevoegdheid te geven het bestuur concreet te instrueren (art. 2:239 lid 4 BW). Maar ook de toezichthoudende kant kan worden geïntensiveerd door voor bepaalde besluiten van het bestuur te eisen dat deze zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de RvC (art. 2:129/2:239 lid 3 BW). Hiermee wordt het toezicht van de RvC op de aan de goedkeuring onderworpen besluiten van het bestuur, als het ware de voorgenomen uitvoering van bepaalde bestuurshandelingen, naar voren getrokken. Ik noem dat hierna het Voortoezicht. Voor de structuurvennootschap, de structuurcoöperatie en de structuur onderlinge waarborgmaatschappij is het Voortoezicht wettelijk verplicht.<sup>5</sup>

Welke taak de RvC ook uitvoert, bij de individuele taakvervulling in dat kader dient een commissaris zich te richten naar het belang van de vennootschap respectievelijk coöperatie respectievelijk onderlinge waarborgmaatschappij en de met haar verbonden onderneming.

De wettelijke bepalingen die de hiervoor genoemde mogelijkheden tot uitbreiding van de wettelijke taken van de RvC mogelijk maken laten zien dat naast de RvC ook anderen met vormen van toezicht belast kunnen zijn.<sup>6</sup> Indien die bevoegdheid wordt toegekend aan de algemene vergadering en de vennootschap slechts één aandeelhouder kent, zal deze aandeelhouder dus in zekere zin het Voortoezicht uitoefenen.

Een (meer permanente) raadgevende taak kan (ook) aan een ander of anderen worden toegekend. Ik meen dat daar een statutaire grondslag voor vereist is. Anders dan het Voortoezicht regelt de wet deze taak verder niet. Dit betekent naar mijn mening dat de statuten kunnen bepalen dat ook een daar genoemde derde de raadgever kan zijn. Ook meen ik dat indien bij een vennootschap een RvC is ingesteld die deze bevoegdheid heeft krachtens de wet, de statuten kunnen bepalen dat ook een ander deze bevoegdheid heeft.<sup>7</sup>

Het feit dat ook tot op zekere hoogte aan anderen met de taken van een RvC vergelijkbare taken kunnen worden toegekend, geeft aanleiding tot de vraag wat de identificerende kenmerken zijn om van een RvC te spreken. Een antwoord op deze vragen is te vinden in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht. De minister merkt hierover op:

“...Wanneer in de statuten een orgaan van de rechtspersoon wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, is dat orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet [...]. Het orgaan heeft in dat geval de taken

<sup>5</sup> Artikel 2:63j/2:164/2:274 BW.

<sup>6</sup> Ingevolge het bepaalde in artikel 2:78a/2:189a BW kan het Voortoezicht slechts worden uitgeoefend door de in dat artikel genoemde organen.

<sup>7</sup> Voor de goede orde merk ik op dat de statuten niet de in de wet opgesomde taken van de RvC kunnen beperken of uitsluiten. De specifiek in de wet aan de RvC opgedragen taken zijn dwingend.

en de bevoegdheden die door de wet aan een raad van commissarissen worden toebedeeld.”<sup>8</sup>

Even verderop merkt de minister op dat het houden van toezicht op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie een wezenlijk element van de taak van de RvC is. Hij vult dit aan met het voorbeeld dat een orgaan alleen tot taak heeft om toezicht te houden op de financiële gang van zaken binnen de rechtspersoon. Dat orgaan is RvC in de zin van de wet, aldus de minister.

### 3. Algemene gang van zaken

Een doorslaggevend element bij de bepaling of een orgaan kwalificeert als RvC betreft dus het al dan niet toezicht houden op de algemene gang van zaken. In de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht valt te lezen dat hieruit voortvloeit dat de RvC gekend dient te worden in het algemene bestuursbeleid en in belangrijke beslissingen van het bestuur.<sup>9</sup>

Ik ontikom hier niet aan een korte beschouwing over de algemene gang van zaken in het kader van de individuele verantwoordelijkheid van bestuurders, waarover ik het al in de inleiding had. De taak van de RvC heeft immers als één van de hoofdkenmerken ‘het toezicht op algemene gang van zaken’, maar dit is afgeleid van de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder voor de algemene gang van zaken. De grote vraag is natuurlijk: Wat valt daaronder? Wat omvat de algemene gang van zaken? Hoe dient in het kader van het toezicht door de RvC ‘algemene gang van zaken’ begrepen te worden ten opzichte van het toezicht op ‘het beleid van het bestuur’? Dit alles is niet geheel duidelijk.<sup>10</sup>

In de wetsgeschiedenis heb ik geen aanknopingspunten voor de duiding van dit begrip kunnen vinden. In de algemene bepaling over de taak van het bestuur van een NV of BV, artikel 2:129 en 2:239 BW vinden we evenmin een aanwijzing. Hoewel de wet op dit punt ontroerend van eenvoud is, (‘het bestuur is belast met besturen’) schieten wij er dan toch weinig mee op.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 21.

<sup>10</sup> Zie over de duiding van het begrip algemene gang van zaken ook J.B. Huizink, ‘Artikel 2:9 BW, enkele observaties’, p. 9 en A.F. Verdam ‘Collectieve en individuele bestuursverantwoordelijkheid’, p. 30 e.v. in ‘Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland’, Kluwer 2011 en in WPNR 2017 (7135) ‘Over de bestuurstaak, taakverdeling en individuele verantwoordelijkheid van de bestuurder’. Verder M. Olaerts ‘Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV-)recht’ Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2012-6, p. 172, M.L. Lennarts en J. Roest, ‘Toezicht; benoeming en ontslag, taken en bevoegdheden van toezichhouders in besloten verhoudingen’ in Handboek notarieel ondernemingsrecht, Wolters Kluwer 2016 p. 121 e.v. en C.H.C. Overes ‘Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!’ Ondernemingsrecht 2015/103 en J. Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma en H.M. Vletter-van Dort, ‘De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders(vergadering) bij beursvennootschappen’ Een aanzet tot nadere afbakening en inkleuring, Ondernemingsrecht 2012/29.

Ik meen dat het antwoord gekoppeld zou moeten worden aan de vraag welke bestuurstaken (in ieder geval) zo fundamenteel zijn dat iedere bestuurder daarvoor verantwoordelijk is. Men zou kunnen denken aan een bepaling die uitlegt wat in ieder geval onder de algemene bestuurstaak zou moeten vallen (dus wat nu zou vallen onder de algemene gang van zaken valt en vaak ook onder beleid) en die voor alle rechtspersonen zou moeten gelden. De daadwerkelijke invulling en uitwerking zal per rechtspersoon verschillen en afhankelijk zijn van de aard en omvang van de rechtspersoon.<sup>11</sup>

Bij de bepaling van wat in ieder geval onder de algemene bestuurstaak dient te vallen denk ik aan alle bepalingen waarbij de wet in gebiedende wijs iets opdraagt aan het bestuur, zoals de administratieplicht en het opmaken van de jaarrekening, als het ware de ‘oertaken’ van het bestuur. Daarnaast meen ik dat het gaat om wat ik elementaire beginselen van goed bestuur zou willen noemen. Deze bestuurstaken zien we terug in hoofdstuk 2 van de Corporate Governance Code 2008. Het gaat daarbij onder andere om het formuleren van de strategie, het risicoprofiel en het beheren van risico’s,<sup>12</sup> het naleven van de wet- en regelgeving. Met andere woorden de sturing van de vennootschap in de juiste richting, een beleid dat alle voor de vennootschap relevante aspecten van ondernemen bevat, met een duidelijke visie en zonder (te grote) brokken te maken. Dat beleid onder de bestuurstaak valt is op te maken uit de omschrijving van de wettelijke taak van de RvC (‘toezicht op het beleid van het bestuur’), maar is niet direct omschreven in de aan iedere bestuurder toegekende verantwoordelijkheid of in de omschrijving van de taak van het bestuur.

Verder meen ik dat het gaat om bijzondere bewakingstaken. Ik denk daarbij aan de vereiste goedkeuring van het bestuur bij de BV voor het doen van een uitkering als bedoeld in artikel 2:216 lid 2 BW of het besluit tot inkoop van eigen aandelen. Hiermee wordt het belang van de crediteuren van de vennootschap en naar ik meen het belang van de vennootschap door het bestuur bewaakt. Tot slot meen ik dat alle besluiten van het bestuur die de rechtspersoon fundamenteel raken, zoals een fusievoorstel, splitsingsvoorstel, besluiten die het karakter of de identiteit van de NV raken (artikel 2:107a BW), een overname en besluiten en acties die genomen moeten worden naar aanleiding van een openbaar bod hieronder zouden moeten vallen.

Uiteraard heeft de vage omschrijving van de bestuurstaak en de verwijzing naar een nogal vaag concept als ‘de algemene gang van zaken’ voordelen. Elke rechtspersoon kan het op zijn eigen manier interpreteren en het vormen naar eigen behoefte. Toch meen ik dat er veel voor te zeggen valt om iets meer duidelijkheid ‘aan de

<sup>11</sup> Uiteraard valt hier veel meer over te schrijven, maar dat gaat het bestek van dit artikel te buiten.

<sup>12</sup> Ik merk op dat in dit verband Principe 1.5 van de Code 2016 enigszins verwarrend kan zijn, nu daarin de wettelijke taak van de RvC herhaald wordt met verwijzing naar de algemene gang van zaken, maar daarbij wordt bepaald dat de raad zich tevens richt ‘op de effectiviteit van de interne risicobeheersings- en controlesystemen van de vennootschap en de integriteit en kwaliteit van de financiële verslaggeving’. In mijn idee zou dat al vallen onder het genoemde toezicht op de algemene gang van zaken.

onderkant' te scheppen wat er in ieder geval onder verstaan moet worden. Dat is belangrijk voor de verantwoordelijkheid van iedere bestuurder en de verdere invulling van de toezichtstaak van de RvC.

Het ziet er niet naar uit dat de omschrijving van de wettelijke taak van de RvC als zodanig veranderd zal worden bij de wetswijziging die nu op stapel staat. Wat in de desbetreffende bepaling in het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht echter wel enigszins anders is, is de in het voorgestelde artikel opgenomen mogelijkheid om de taken binnen de RvC te verdelen. Over het algemeen wordt aangenomen dat deze mogelijkheid nu ook bestaat, omdat het artikel over taakverdeling dat ziet op het bestuur (het hiervoor behandelde artikel 2:9 BW), van overeenkomstige toepassing is verklaard op de RvC, via de schakelbepaling van artikel 2:149/2:259 BW. Het gebeurt in de praktijk natuurlijk ook regelmatig dat de taken verdeeld worden.

Maar is iedere verdeling van werkzaamheden ook echt een taakverdeling in de zin van de wet? Dit onderscheid is niet onbelangrijk, omdat als men constateert dat het om een echte taakverdeling gaat, ook de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid een rol gaat spelen mocht er sprake zijn van onbehoorlijk toezicht. Ik verwijs voor deze problematiek naar hetgeen ik in de inleiding hierover opmerkte. In alle versies van de Corporate Governance Code voor beursgenoteerde vennootschappen heeft al gestaan dat als de omvang van de RvC boven de vier personen komt, commissies moeten worden gevormd voor beloning, selectie en benoeming en natuurlijk de auditcommissie, die overigens wettelijk verplicht is voor alle organisaties van openbaar belang, waaronder een in Nederland gevestigde Nederlandse rechtspersoon waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt. De vraag is of het toedelen van de werkzaamheden aan een dergelijke commissie echt bedoeld is als taakverdeling of toch meer als een manier om de besluitvorming in de RvC op dit punt voor te bereiden. De Code 2016 scheidt duidelijkheid, de commissies functioneren onverlet de collegiale verantwoordelijkheid, aldus Bpb 2.3.2 van de Code 2016.<sup>13</sup>

Tot slot nog een korte opmerking over het voorgestelde artikel dat gaat over de taak en taakverdeling van de RvC. Het bepaalt dat iedere commissaris verantwoordelijkheid draagt voor het algemene toezicht op a) het beleid van het bestuur en b) de algemene gang van zaken. Het wordt niet duidelijk wat het algemene toezicht inhoudt, laat staan hoe het algemene toezicht op de algemene gang van zaken moet worden gezien. Ik hoop dat meer duiding zal volgen.

---

<sup>13</sup> Zie over de taakverdeling binnen de OTB uitgebreid H.H. Kersten, 'Toezicht in de one-tier board', in C.D.J. Bulten e.a., Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

#### 4. Horizontaal toezicht – toezicht zonder toezichthoudend orgaan

Zoals in de inleiding al aan de orde kwam heeft niet iedere vennootschap een apart toezichthoudend orgaan in de vorm van een RvC. De one-tier board heeft inmiddels een geheel eigen positie gekregen binnen ons rechtsstelsel bij de BV en de NV. Wil men dit bestuursmodel gebruiken, dan moet dat wel bij de statuten worden bepaald. Heeft men eenmaal gekozen voor deze bestuursvorm, dan moet het bestuur bestaan uit NUB en UB en moeten de taken worden verdeeld. Hoe dan precies de taken verdeeld moeten worden is niet geheel duidelijk uit de wet op te maken, anders dan, zoals reeds in de inleiding vermeld, dat bepaalde taken niet toebedeeld mogen worden aan UB en de toezichthoudende taak niet afgenomen mag worden van de NUB.

Ik kom hiermee op mijn volgende punt, de toezichthoudende kant bij een OTB. Op grond van de wet hebben de NUB in ieder geval een toezichthoudende taak. Zij moeten volgens de wet (in ieder geval) de taak hebben ‘toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders’. Deze toezichtstaak naar de letter van de wet bekeken, geeft het volgende beeld.

De wettelijke omschrijving impliceert ten eerste een zogenaamd horizontaal toezicht. Immers een NUB is zelf ook bestuurder en de NUB en de UB hebben dan ook beiden de al eerdergenoemde verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Daarnaast geldt dat de NUB toezicht moeten houden op de UB voor hun uitvoerende taken, dat meer een verticaal toezicht genoemd zou kunnen worden. De wettelijke omschrijving impliceert echter ook het toezicht op de andere NUB bij de uitoefening van hun taken en verantwoordelijkheden die aan het NUB-zijn kleven. Daaronder valt dan ook het toezicht op de andere NUB voor de uitoefening van hun toezichthoudende taak. Ik zou deze kant van het toezicht ‘diagonaal toezicht’ willen noemen. Toezicht net als diagonaal lezen, men kijkt naar de anderen bij de vervulling van hun taak en onderneemt actie of stelt vragen bij elementen die opvallen.

Betekent de verplichte toekenning van een toezichtstaak aan de NUB dat de UB geen toezichthoudende taak hebben? Ik denk dat zij dat wel hebben. Dat zien we terug in de wetsgeschiedenis bij het wetsvoorstel waarbij de OTB voor de NV en BV werd geïntroduceerd.<sup>14</sup> Hierin lezen we:

“De niet uitvoerende bestuurders moeten in elk geval toezicht uitoefenen, op de uitvoerende bestuurders maar ook op elkaar. Ook de uitvoerende bestuurders moeten optreden wanneer zij er kennis van dragen dat een mede-uitvoerend bestuurder zijn taak niet goed vervult (vgl. artikel 2:9 lid 2 BW). Toezicht is daarmee niet exclusief een aangelegenheid voor de niet uitvoerende bestuurders.”

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 6, p. 26.



Ook elders in de wetsgeschiedenis komt het tussen bestuurders onderling te voeren toezicht naar voren.<sup>15</sup> De minister merkt in het kader van een mogelijke taakverdeling tussen bestuurders voor wat betreft hun bestuurstaak op:

“Een taakverdeling ontheft een bestuurder niet van de plicht om de werkzaamheden van zijn medebestuurders in het oog te houden.”

Deze vorm van horizontale toezicht geldt dus ongeacht de taakverdeling in een OTB tussen de NUB en de UB.<sup>16</sup> Een vraag die regelmatig wordt gesteld is of er in de uitoefening van de toezichthoudende taak verschil zit tussen de OTB en het bestuur/RvC-model. In de wetsgeschiedenis lezen we hierover de volgende opmerking van de minister:

“De taken van de commissarissen worden vervuld door personen die bestuurders-verantwoordelijkheid dragen, de zogenaamde niet-uitvoerende bestuurders. Zij houden toezicht op de uitvoerende bestuurders”.<sup>17</sup>

In praktijk zal het verschil tussen de modellen inderdaad wel meevallen. De letterlijke tekst van de wet over de opzet en de taakomschrijving van de OTB en de RvC zou echter tot de conclusie moeten leiden dat er een wezenlijk verschil bestaat, niet alleen in de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken van de NUB als bestuurder. Allereerst zien we voor de NUB de wettelijke taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van de individuele bestuurders en bij de two-tier board een toezichtstaak voor de RvC op het orgaan bestuur.

Verder verbiedt de wettelijke taakomschrijving van de NUB dat NUB de taak wordt ontnomen om toezicht te houden op de taakuitoefening van alle bestuurders. Dat impliceert dus dat ook toezicht op de taakuitoefening van de andere NUB voor het te voeren toezicht en eventueel andere toebedeelde taken een belangrijk onderdeel van zijn taak is. Ik denk wel dat in het verlengde van hetgeen de minister over het horizontale toezicht in het bestuur opmerkte, het horizontale toezicht ook geldt binnen de RvC. Wordt het bovengenoemde citaat van de minister, omgezet naar de RvC, dan zou deze luiden als volgt:

“Een taakverdeling ontheft een commissaris niet van de plicht om de werkzaamheden van zijn medecommissarissen in het oog te houden.”

Het toezicht op de algemene gang van zaken lijkt eigenlijk niet te spelen bij een OTB, nu elke NUB en elke UB verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Tot slot zou men zelfs kunnen stellen dat voor taken die aan bepaalde bestuurders zijn toebedeeld en die niet onder de algemene gang van zaken

<sup>15</sup> *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, C, p. 6

<sup>16</sup> Het geldt m.i. ook voor bestuurders onderling in het geval dat er naast het bestuur een raad van commissarissen ingesteld is.

<sup>17</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 15.

vallen geldt dat elke bestuurder, NUB en UB toezicht moet houden, conform hetgeen de minister bij het vorige wetsvoorstel bestuur en toezicht opmerkte. De vraag is of daarin dan nog een zekere rangorde aangebracht dient te worden. Met andere woorden dient een UB intensiever toezicht te houden op een andere UB die een uitvoerende taak toebedeeld heeft gekregen, of is dat juist meer de taak van iedere NUB of wellicht de gezamenlijke NUB? Het is niet duidelijk.

## **5. Afsluiting**

Bij het schrijven van dit hoofdstuk is het alweer meer dan twee jaar geleden dat het wetsvoorstel is ingediend. Het is niet duidelijk of het wetsvoorstel in deze vorm en zo ja wanneer de voorgestelde bepalingen uiteindelijk wet zullen worden. Desalniettemin is het vooruitzicht van een wetswijziging altijd spannend. Niet alleen worden alle nieuwigheden gefileerd, maar ook kan weer eens goed gekeken worden naar hoe de huidige wettelijke bepalingen op de verschillende onderwerpen luiden. Sommige bepalingen roepen oude en nieuwe vragen op. De algemene bewoordingen van de wet over de inhoud van de taak van de RvC is zeer ruim, mede door het niet afgebakende begrip 'algemene gang van zaken'. Dat heeft voordelen omdat voor elke rechtspersoon een andere invulling voor deze begrippen gegeven kan worden. Het heeft echter m.i. ook wel nadelen nu het begrip wel erg vaag is en wellicht een ondergrens toch zou helpen om de begrippen aan de onderkant wat meer te omlijnen.

Een analyse van de relevante wettelijke bepalingen laat zien dat de positie van een NUB anders is dan van een commissaris en dat de wettelijk toebedeelde taak voor een RvC ook een andere is dan voor de NUB.