

# De gedelegeerd commissaris

## Deel II: de gedelegeerd commissaris als ad hoc ‘gemandateerd’ commissaris anno 2023

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

*In deel II van het tweeluik plaats de auteur de gedelegeerd commissaris in het spectrum van bestuur en toezicht. Vervolgens staat de rechtsgrondslag van de taken en bevoegdheden van de gedelegeerd commissaris centraal, waarbij taakverdeling, delegatie, mandaat en attributie de revue passeren. Tot slot komen twee parallelle rechtsverschijnselen ter sprake: de president-commissaris en de speciale commissie.*

### 1 Inleiding

In het eerste deel van dit tweeluik over de gedelegeerd commissaris werd duidelijk dat de structureel aanwezige gedelegeerd commissaris plaats moest maken voor de *ad hoc* gedelegeerd commissaris. De gedelegeerd commissaris is verworden tot een reactieve noodsporg, geboren uit noodzaak of efficiëntie, een ‘handelspraktijk’ met een sterk casuïstisch karakter.<sup>1</sup> Een wettelijke regeling van de gedelegeerd commissaris ontbreekt nog altijd. De Corporate Governance Code (hierna: CGC) laat slechts ruimte voor een gedelegeerd commissaris wiens aanstelling in tijd beperkt is en wiens bevoegdheden tot die van de raad van commissarissen zijn beperkt.<sup>2</sup> De statuten van beursvennootschappen en niet-beursvennootschappen beperken de taakstelling van de gedelegeerd commissaris in lijn met de CGC tot intensiever toezicht en advies en meer regelmatig contact met het bestuur.<sup>3</sup> Praktijkvoorbeelden schetsen echter ook een ander beeld van de gedelegeerd commissaris. Allereerst kennen statuten incidenteel meer bevoegdheden toe aan een gedelegeerd commissaris. Verschillende statuten bepalen bijvoorbeeld dat een gedelegeerd commissaris het bestuur kan

bijstaan in de dagelijkse leiding.<sup>4</sup> Uit de statuten van Heineken volgt dat een gedelegeerd commissaris bij belet of ontstentenis van alle bestuurders kan voorzien in het bestuur van de vennootschap.<sup>5</sup> Bovendien weerhoudt een beperkte statutaire taakstelling de gedelegeerd commissaris er in de praktijk niet van om feitelijk te fungeren als quasibestuurder. In dit tweede deel van het tweeluik over de gedelegeerd commissaris staan twee vragen centraal. Allereerst behandel ik de vraag in hoeverre een gedelegeerd commissaris zich anno 2023 van de overige commissarissen onderscheidt (par. 2). Ik besteed daarbij ook aandacht aan de potentiële gevolgen van bevoegdheidsverschijding (par. 2.3). Vervolgens stel ik de vraag of de taken en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris berusten op een (rechts)grondslag en zo ja, welke. Daarbij sta ik stil bij begrippen als delegatie, mandaat, taakverdeling en attributie (par. 3). Tot slot wijs ik kort op enkele parallellen met aanverwante rechtsfiguren (par. 4). Ik sluit af met een conclusie (par. 5).

### 2 De taakstelling van een gedelegeerd commissaris anno 2023

#### 2.1 Geïntensiveerd toezicht and beyond?

De taak van een gedelegeerd commissaris is in statuten vaak beperkt tot ‘intensiever toezicht en advies en meer geregeld overleg met het bestuur’.<sup>6</sup> Toezicht en advies zijn echter taken van alle commissarissen. Een verhoogde intensiteit van toezicht en advies is niet ongebruikelijk.<sup>7</sup> Bijzondere omstandigheden nopen tot een meer dan normale alertheid en tot aangescherpt toezicht en advies door de raad van commissarissen, ongeacht de eventuele aanstelling van een gedelegeerd com-

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

1 F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk* (R&P nr. ONR4), Deventer: Kluwer 2013, p. 325; J.M. Blanco Fernández, *De gedelegeerd commissaris*, *Ondernemingsrecht* 2015/82, p. 425. Vgl. H.P. van Stein Callenfels, Michiel Boersma: ‘voor gedelegeerd commissarissen bestaat geen handboek’, *Management Scope* 2015/1 (<https://managementscope.nl/magazine/artikel/866-michiel-boersma-gedelegeerd-commissaris>).

2 Zie BPB 2.3.8 CGC 2022.

3 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364 sub e. Zie ter illustratie HR 6 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6509, NJ 2012/336 (Imeko/B&D Beheer), r.o. 3.1; art. 11.4 statuten Heineken N.V. d.d. 20 april 2018; art. 7.8.9 statuten Just Eat Takeaway.com N.V. d.d. 31 januari 2020.

4 Art. 15.8 statuten Koninklijke Vopak N.V. d.d. 19 september 2016; art. 15.13 statuten Arcadis N.V. d.d. 17 mei 2020; zie ook J. Braaksma & P. Couwenbergh, *De gedelegeerd commissaris van Jumbo: wel invloed, geen besluiten*, *Het Financieel Dagblad* 5 oktober 2022.

5 Art. 9.4 statuten Heineken N.V. d.d. 20 april 2018.

6 Vgl. BPB 2.3.8 CGC 2022 en de voorbeelden in voetnoot 3.

7 Blanco Fernández 2015, p. 425. Vgl. 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.

missaris.<sup>8</sup> Intensivering kan ook aan de orde zijn bij omstandigheden waaraan geen bestuursbesluit ten grondslag ligt, zoals verdenkingen van fraude, een slechte financiële positie of andersoortige misstanden.<sup>9</sup> De intensivering is niet beperkt tot toezicht, maar betreft ook de raadgevende taak van de raad van commissarissen. ‘Het behoort immers bij uitstek tot de taak van de raad van commissarissen om juist in (financieel) moeilijke tijden het management van de vennootschap met raad en daad bij te staan (...).’<sup>10</sup> Intensivering betekent een kortere afstand tussen de raad van commissarissen en het bestuur.<sup>11</sup> De raad van commissarissen houdt ‘actiever, scherper en directer’ toezicht: de raad van commissarissen wint actiever zelf informatie in, stelt kritische vragen, vraagt door en vormt een eigen oordeel. Ook ligt het voor de hand dat de raad van commissarissen frequenter vergadert, ook samen met het bestuur. Indien nodig kan de raad van commissarissen een of meer bestuurders schorsen.<sup>12</sup>

De gangbare formele taakstelling van de gedelegeerd commissaris – intensiever toezicht en advies, en regelmatig contact met het bestuur – onderscheidt de gedelegeerd commissaris onvoldoende van de overige commissarissen.<sup>13</sup> Het onderscheid is mijns inziens gelegen in de rol die de gedelegeerd commissaris feitelijk vervult. De gedelegeerd commissaris onderscheidt zich door een actieve, sturende en invloedrijke rol die hij op intensieve wijze vervult op korte afstand van of zelfs binnen het bestuur.<sup>14</sup> Bovendien blijkt de gedelegeerd commissaris – ook anders dan op grond van een ontstentenis-

regeling – in individuele gevallen te functioneren als operationeel of algemeen manager, directeur, leidinggevende of voorzitter van het directieteam.<sup>15</sup> In de praktijk is het zelfs niet eens vanzelfsprekend dat een gedelegeerd commissaris geacht wordt als commissaris toezicht te houden.<sup>16</sup>

## 2.2 *Het dualistisch uitgangspunt*

De vraag is hoe de feitelijke rol van de gedelegeerd commissaris zich verhoudt tot de wettelijke scheiding tussen bestuur en toezicht. De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het bestuur en het bestuur van raad te voorzien.<sup>17</sup> Deze wettelijke taakstelling staat in beginsel aan betrokkenheid van een commissaris bij het bestuur in de weg. ‘Verantwoordelijkheid voor’ en ‘toezicht op’ kunnen niet in één hand zijn.<sup>18</sup> De wettelijke taakstelling van de raad van commissarissen impliceert een zekere afstand tot het bestuur van de vennootschap. De raad van commissarissen heeft de wettelijke en statutaire grenzen van zijn bevoegdheden te eerbiedigen.<sup>19</sup> Een commissaris moet zich niet ongevraagd bemoeien met de uitvoering van het dagelijkse beleid van de vennootschap.<sup>20</sup> De CGC schrijft dan ook voor dat de delegatie beperkt moet blijven tot taken van de raad van commissarissen en geen bestuur kan omvatten.<sup>21</sup>

Het onderscheid tussen bestuur en toezicht is echter minder absoluut dan het uitgangspunt doet vermoeden. De taak van de raad van commissarissen is niet beperkt tot toezicht op het verleden. De commissaris dient zijn taken op proactieve en effectieve wijze te vervullen.<sup>22</sup> De taak van de raad van commissarissen omvat ook toezicht op toekomstig beleid en strategie.<sup>23</sup> Uit de adviserende taak van de raad van commissarissen vloeit voort dat de raad van commissarissen vooraf een oordeel

- 8 Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AM150, JOR 2003/260 (Laurus), r.o. 3.8, 3.10; K. Rutten, Intensief toezicht maakt van raad van commissarissen geen feitelijk beleidsbepaler, TOP 2012/1, p. 33-34; 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. 112; A. Hendrikse, De commissaris in crisis: code geel, oranje of rood?, TOP 2014/4, p. 24; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284; N. Kreileman, De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board (VDHI nr. 168), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 232-233.
- 9 Zie o.a. B.F. Assink/W.J. Slagter, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, p. 1181 e.v.; 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. 111; T. Saleminck & F.C.A. van den Bult, Ondernemingsrecht 2018/123, par. 3.2; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/297.
- 10 Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ5413, JOR 2007/67 (KPNQwest), r.o. 3.47; Rutten 2012, p. 34.
- 11 Rutten 2012, p. 34. Vgl. M.J. van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting (IVOR nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 226.
- 12 Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AM150, JOR 2003/260 (Laurus), r.o. 3.6 e.v.; Rutten 2012, p. 34; Burggraaf 2014, p. 111 e.v.; M.M. Stolp, De zorg van een zorgvuldig commissaris, WPNR 2015/7045, p. 45-46; Saleminck & Van den Bult 2018, par. 3.2; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284 sub c. Vgl. Hof Amsterdam 5 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3273, JOR 2021/88 m.nt. N. Kreileman, par. 14 (L2Fiber), r.o. 3.24.
- 13 In vergelijkbare zin Blanco Fernández 2015, p. 425.
- 14 Zie ter illustratie: Rapport van de commissie van Onderzoek DSB Bank d.d. 23 juni 2010, p. 63; Jumbo staakt WK-reclame na golf van kritiek, Het Financieele Dagblad 2 november 2022. Zie voor een praktijkvoorbeeld: Van Stein Callenfels 2015.

- 15 Zie Rb. Overijssel 15 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2602 (ISE), r.o. 2.2, 4.2; Hof Den Haag 22 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3503 (DPW), r.o. 2.30; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6254 (Distilleries Group Toorank), r.o. 2.1; Rb. Gelderland 13 januari 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:116, r.o. 7, 26.
- 16 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6254 (Distilleries Group Toorank), r.o. 4.8.
- 17 Art. 2:140/2:250 lid 2 BW.
- 18 Vgl. concl. A-G Verburg 24 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9652, NJ 1987/903, par. 5; Assink/Slagter 2013, p. 1185.
- 19 Vgl. HR 21 januari 1955, ECLI:NL:PHR:1955:AG2033, NJ 1959/43 (Forumbank); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434 (ABN AMRO), r.o. 4.3 e.v.; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 (ASMI), r.o. 4.4.1; HR 20 april 2018, NJ 2018/331 (Boskalis/Fugro); Assink/Slagter 2013, p. 1179; Asser/Kroeze 2-I 2021/188; K. Frielink, De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht (VDHI nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 34.
- 20 Rb. ’s-Hertogenbosch 9 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU4403, JOR 2012/74 (Van der Meer q.q./Dietz), r.o. 4.3, 4.7.1, 4.8.1; Assink/Slagter 2013, p. 1184; Stolp 2015, p. 41; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284.
- 21 Zie BPB 2.3.8 CGC 2022. Zie ook par. 6 Departementale Richtlijn 1968 (oud).
- 22 Hof Amsterdam (OK), ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, JOR 2013/102 (Van der Moolen), r.o. 9.3.9, 9.3.14; Hendrikse 2014.
- 23 Assink/Slagter 2013, p. 1182; Stolp 2015, p. 41; P. van Schilfgaarde/J.W. Winter e.a., Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 306.

vormt over het door het bestuur te voeren beleid.<sup>24</sup> Ook het uitdijende takenpakket brengt commissarissen dicht bij het bestuur.<sup>25</sup> Onder bijzondere omstandigheden zijn commissarissen zelf bevoegd om bestuursbesluiten te nemen of de vennootschap te besturen.<sup>26</sup> De wet voorziet bovendien in verschillende mogelijkheden om het bestuur van de vennootschap te onderwerpen aan goedkeuringsrechten en instructierechten van de raad van commissarissen.<sup>27</sup> Ondanks deze beïnvloedingsmogelijkheden voor commissarissen dient de invloed beperkt te blijven tot ‘de algemene lijnen van het bestuursbeleid’.<sup>28</sup> Commissarissen dienen afstand te bewaren tot het uitvoerend en dagelijks beleid door het bestuur.<sup>29</sup> Ook voor instructies en het geven of onthouden van goedkeuring geldt dat het bestuur een afweging moet kunnen maken ten behoeve van het vennootschappelijk belang.<sup>30</sup>

De introductie van het monistisch bestuur vormde een volgende relativering van het onderscheid tussen bestuur en toezicht.<sup>31</sup> Waar commissarissen in een dualistische structuur formeel geen stem hebben in de besluitvorming van het bestuur, hebben niet-uitvoerend bestuurders in beginsel wel een stem binnen het bestuur én houden zij toezicht binnen het bestuur.<sup>32</sup> Als laatste relativering van de scheiding tussen bestuur en toezicht wijs ik op de aard van de omstandigheden waarin de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris in de regel plaatsvindt.<sup>33</sup> De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris is met name aan de orde bij bijzondere gebeurtenissen die onmiddellijke maatregelen vereisen, zeker als de continuïteit van

de vennootschap op het spel staat. De aard van dergelijke omstandigheden kan een kortere afstand tussen bestuur en commissarissen vereisen (zie par. 2.1). Uitzonderlijke omstandigheden kunnen het absolute karakter van wettelijke en statutaire voorschriften relativeren voor zover strikte handhaving van die voorschriften met het oog op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>34</sup> De scheiding tussen bestuur en toezicht is aldus geenszins absoluut, maar staat wel aan vereniging van volwaardig bestuur en volwaardig toezicht in één hand in de weg.<sup>35</sup>

Het bovenstaande uitgangspunt staat in algemene zin aan toekenning van bestuurstaken aan een gedelegeerd commissaris in de weg. Bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld onenigheid binnen of stuurloosheid van het bestuur, kunnen de tijdelijke aanwijzing van een gedelegeerd commissaris in combinatie met de toekenning van een beperkte bestuurstaak evenwel rechtvaardigen. Deze beperkte bestuurstaak zou gelegen kunnen zijn in het voor een bepaalde tijd of in de context van een specifieke gebeurtenis belasten met de bestuurstaak, een beperkte volmacht ex artikel 3:62 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) of een tweehandtekeningclausule voor specifieke transacties.<sup>36</sup> Bij het ontbreken van een of meer bestuurders kunnen de statuten immers ook bepalen dat een gedelegeerd commissaris tijdelijk met het bestuur is belast.<sup>37</sup> Het tijdelijk bestuur door een gedelegeerd commissaris moet in tijd en omvang beperkt blijven, omdat samenvaal van bestuur en toezicht in één hand als gezegd onwenselijk is.<sup>38</sup>

### 2.3 De sanctivering van een gedelegeerd-commissaris

De principiële onverenigbaarheid van bestuur en toezicht staat niet in de weg aan de feitelijke mogelijkheid dat een gedelegeerd commissaris daden van bestuur verricht.<sup>39</sup> De aansprakelijkheid van (gedelegeerd) commissarissen is echter anders geregeld dan de aansprakelijkheid van bestuurders.<sup>40</sup> De wet verbindt om die reden gevolgen aan het verrichten van bestuurshandelingen door een gedelegeerd commissaris. In deze paragraaf ga ik in op verschillende sancties die aan het betre-

24 Vgl. H.J. de Kluiver, Het collegialiteitsbeginsel. Van collegiale besluitvorming naar collegiaal toezicht, in: P. Essers e.a., *Met Recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 261; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, JOR 2010/228 (ASMI), r.o. 4.5.1; Assink/Slagter 2013, p. 1179; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/298.

25 Vgl. hoofdstuk 1 en 2 CGC 2022 e.v.; Assink/Slagter 2013, p. 1185; M.J. van Ginneken, Commissarissen en niet-uitvoerend bestuurder, in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’* (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 200-202; J.W. Winter, Beoordeeld door anderen. Het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 45; M. Holtzer, De doorvraagplicht van commissarissen, in: S. Perrick e.a. (red.), *Kort Juridisch*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 56; Van Schilfgaarde/Winter e.a. 2022, p. 303, 307.

26 Alleen als het bestuur door tegenstrijdig belang geen besluit kan nemen, is de raad van commissarissen daartoe bevoegd. Zie art. 2:129/2:239 lid 6 BW; Asser/Van Solinge Nieuwe Weme 2-IIb 2019/304. Commissarissen zijn bovendien, afhankelijk van de statutaire belet- of ontstentenisregeling, slechts bestuurs- en vertegenwoordigingsbevoegd in geval van belet of ontstentenis van bestuurders. Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/306.

27 Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/307, 315, 316. De instructiemacht kan slechts aan de raad en niet aan een individuele commissaris worden toegekend. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/308 sub e.

28 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/298; Van Schilfgaarde/Winter e.a. 2022, p. 307.

29 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/298.

30 Assink/Slagter 2013, p. 1185; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/307 sub b.

31 Kreileman 2020, p. 222 e.v.

32 Kreileman 2020, p. 192, 226 e.v.

33 Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364.

34 Zie art. 2:8 lid 2 BW. Vgl. Kamerstukken II 1984/85, 17725, nr. 7, p. 15; Asser/Kroeze 2-I 2021/226-227; J. Roest, commentaar bij art. 2:8 BW, aant. 3, in: T&C Ondernemingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

35 Assink/Slagter 2013, p. 1205; Blanco Fernández 2015, p. 426; Kreileman 2020, p. 227-228.

36 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/337 sub g, 364 sub c; Van Schilfgaarde/Winter e.a. 2022, p. 310. Anders: Assink/Slagter 2013, p. 1180.

37 Zie art. 2:134/2:244 lid 4 BW; zie ter illustratie art. 9.4 statuten Heineken N.V. d.d. 20 april 2018. Vgl. Buijn & Storm 2013, p. 325; Assink/Slagter 2013, p. 759, 1200.

38 E. Bloembergen, De raad van commissarissen, Alphen aan den Rijn/Utrecht: Samsom/Het Spectrum 1974, p. 115; Hof Amsterdam (OK) 19 december 1985, NJ 1987/903, r.o. 5 onder e; Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2005, JOR 2005/270 (Samlerhuset Group), r.o. 3.2; Assink/Slagter 2013, p. 760.

39 Vgl. J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij NV en BV (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1993, p. 153.

40 Zie o.a. Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 6, p. 6; Assink/Slagter 2013, p. 1187.

den van het bestuursdomein door een gedelegeerd commissaris verbonden kunnen zijn.

Allereerst is niet uitgesloten dat het betreden van het bestuursdomein door een gedelegeerd commissaris grond is voor twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken in een enquêteprocedure.<sup>41</sup> De grenzen van het domein van het bestuur worden betreden als een gedelegeerd commissaris bijvoorbeeld onderhandelingen voert, de regie in een biedingsproces neemt, beschikt over een doorslaggevende stem in een uitvoerende commissie, namens de vennootschap communiceert met belangrijke wederpartijen en overeenkomsten ondertekent.<sup>42</sup> Tegelijkertijd kan het uitblijven van bemoeienis door de raad van commissarissen ook reden zijn voor aansprakelijkheid van commissarissen.<sup>43</sup>

In de tweede plaats ligt de kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler voor de hand indien de gedelegeerd commissaris een beleidsbepalende rol vervult.<sup>44</sup> De grens tussen geïntensiveerd toezicht en advies enerzijds en medebestuur of beleidsbepaling anderzijds is lastig te bepalen.<sup>45</sup> Intensivering van toezicht resulteert niet per definitie in medebestuur.<sup>46</sup> Ook de uitoefening van een instructie- of goedkeuringsrecht heeft niet tot gevolg dat de raad van commissarissen zijn bevoegdheden overschrijdt. Bij het bestuur dient in elk geval 'een restant aan reële autonome bestuursbevoegdheid' over te blijven.<sup>47</sup> De gedelegeerd commissaris die de facto als beleidsbepaler optreedt, wordt in Boek 2 BW gesanctioneerd door overeenkomstige toepassing van de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>48</sup> De kwalificatie als feitelijk bestuurder is pas aan de orde als een (gedelegeerd) commissaris 'het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald'.<sup>49</sup> Het begrip beleid omvat zowel een reeks van bestuurshandelingen als een op zichzelf staande bestuurshandeling met nadelige gevolgen.<sup>50</sup> De

(gedelegeerd) commissaris moet het beleid voorts mede hebben bepaald 'als ware hij bestuurder'.<sup>51</sup> De uitoefening van (beslissende) invloed op het beleid van het bestuur is onvoldoende voor de kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler.<sup>52</sup> Van feitelijke terzijdestelling van het bestuur hoeft niet zonder meer sprake te zijn.<sup>53</sup> Een gedelegeerd commissaris kan ook naast het bestuur fungeren als feitelijk beleidsbepaler.<sup>54</sup> Een gedelegeerd commissaris stelt het bestuur 'ter zijde' als hij zich bestuursmacht toe-eigent, zijn eigen taken en bevoegdheden daarmee overschrijdt, zich *als ware hij bestuurder* rechtstreeks bemoeit met het bepalen of de uitvoering van het beleid en zijn wil tot die van het bestuur maakt.<sup>55</sup>

De vraag is of een gedelegeerd commissaris kwalificeert als feitelijk bestuurder in de zin van Boek 2 BW.<sup>56</sup> Zolang een gedelegeerd commissaris zich beperkt tot intensief toezicht en advies en het bestuur beoordelingsruimte laat, is de kwalificatie als feitelijk bestuurder niet snel aan de orde.<sup>57</sup> Om een kwalificatie als feitelijke beleidsbepaler te vermijden, wordt in de praktijk in notulen expliciet benoemd dat de gedelegeerd commissaris slechts als toehoorder bij bestuursvergaderingen aanwezig is.<sup>58</sup> Van functioneren 'als ware hij bestuurder' is ook geen sprake als een gedelegeerd commissaris actief betrokken is bij de voorbereiding van de besluitvorming van het bestuur.<sup>59</sup> De kwalificatie als feitelijk bestuurder ligt wel voor de hand indien een gedelegeerd commissaris beleidskeuzes oplegt aan het bestuur.<sup>60</sup> Het geven van opdrachten, het doen of nalaten van betalingen, het voeren van onderhandelingen en het (mede) ondertekenen van belangrijke overeenkomsten kunnen in samenhang wijzen op beleidsbepaling door een gedelegeerd commissaris als ware hij bestuurder.<sup>61</sup> Gezien het karakter van zijn functie is het niet ondenkbaar dat een gedelegeerd commissaris kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler,<sup>62</sup> maar het kwalificatievraagstuk is sterk casuïstisch van aard.<sup>63</sup>

41 Zie art. 2:350 BW; Assink/Slagter 2013, p. 1657; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284/364 sub g. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, JOR 2018/303 (Eneco), r.o. 3.24; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/307 sub l/337.

42 Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017 ECLI:NL:GHAMS:2017:930, r.o. 2.68, 2.79, 2.82, 2.86, 2.87; Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488, JOR 2018/303 m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee (Eneco), r.o. 3.18 e.v., 3.24, 3.53.

43 Van Uchelen-Schipper 2018, p. 232.

44 Vgl. P.J. Dortmund, Delegation binnen het toezichthoudend en het bestuurlijk orgaan, Ondernemingsrecht 2005/90, par. 3.

45 Salemink & Van den Bult 2018, par. 3.2. Vgl. Van Stein Callenfels 2015.

46 Vgl. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 230.

47 Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/307 sub i.

48 Zie art. 2:138/2:207 lid 3/2:208 lid 6/2:216 lid 4/2:248 BW. Vgl. J.N. Schutte-Veenstra, Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 131; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019//284 sub e/307 sub j; Frielink 2022, p. 62.

49 Rutten 2012, p. 34-35; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284 sub e/307 sub j.

50 Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 24; Rutten 2012, p. 35; W.A. Westenbroek, De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen, Ondernemingsrecht 2014/119, par. 4.1; Schutte-Veenstra 2017, p. 131; Frielink 2022, p. 66.

51 Westenbroek 2014, par. 3.3; Schutte-Veenstra 2017, p. 132.

52 Rutten 2012, p. 35; Schutte-Veenstra 2017, p. 132; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019//284 sub f.

53 Zie o.a. Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 24; Concl. A-G L. Timmerman 2 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104, RvdW 2011/1046 (Rimec), par. 3.2.

54 Zie o.a. Rb. Rotterdam 14 april 2010, ECLI:RBROT:2010:BM1594, JOR 2010/181 m.nt. D.A.M.H.W. Strik, par. 1 (Smelik/De Regt), r.o. 2.7-2.8. Vgl. Rutten 2012, p. 35; Westenbroek 2014, par. 3.3 en 6.

55 Rutten 2012, p. 35; Westenbroek 2014, par. 4.1; Schutte-Veenstra 2017, p. 132 e.v.; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284 sub f. Vgl. Frielink 2022, p. 67.

56 De relevantie van dit kwalificatievraagstuk is in beginsel beperkt tot aansprakelijkheidskwesities. Zie Westenbroek 2014/119, par. 5 e.v.

57 Vgl. Schutte-Veenstra 2017, p. 135.

58 Van Stein Callenfels 2015/1.

59 Vgl. Burggraaf 2014, p. 119.

60 Vgl. Concl. A-G L. Timmerman 2 september 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104 (Atlenco), par. 3.2; J.B. Huizink, in: GS Rechtspersonen, commentaar bij art. 2:138 BW, aant. 28.5; Schutte-Veenstra 2017, p. 133.

61 Vgl. Schutte-Veenstra 2017, p. 150 e.v. en de daar genoemde jurisprudentie; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284.

62 B.F. Assink, Anders denken over de figuur 'gedelegeerd commissaris', Ondernemingsrecht 2015/83, p. 432, voetnoot 33.

63 Rutten 2012, p. 36; Westenbroek 2014, par. 4.3.



Het is ook denkbaar dat een gedelegeerd commissaris als feitelijk bestuurder wordt aangesproken op grond van artikel 6:162 BW. Daarvoor zal de gedelegeerd commissaris moeten optreden als feitelijk bestuurder en als zodanig onrechtmatig moeten handelen.<sup>64</sup> Uit jurisprudentie volgt echter dat het handelen als feitelijk bestuurder niet zonder meer kwalificeert als persoonlijk onrechtmatig handelen.<sup>65</sup>

Een gedelegeerd commissaris kan ook op basis van een belet- of ontstentenisregeling als tijdelijk bestuurder optreden.<sup>66</sup> Uit het vorig jaar geschrapt artikel 2:151/2:261 BW volgde dat een commissaris die op statutaire grondslag bestuursdaden verricht te dien aanzien als bestuurder wordt aangemerkt.<sup>67</sup> De schrapping was het gevolg van de inwerkingtreding van artikel 2:134/2:244 lid 2 BW. Dit artikel bepaalt dat een (gedelegeerd) commissaris met een bestuurder wordt gelijkgesteld, als hij op grond van een statutaire belet- of ontstentenisregeling de taken van een bestuurder vervult.<sup>68</sup> Anders dan onder artikel 2:151/2:261 BW bestrijkt de gelijkstelling van artikel 2:134/2:244 lid 2 BW niet de gedelegeerd commissaris die krachtens statuten – niet zijnde een belet- of ontstentenisregeling – bestuursdaden verricht.<sup>69</sup>

### 3 De rechtsgrondslag van de gedelegeerd commissaris anno 2023

#### 3.1 Inleiding

De gedelegeerd commissaris lijkt meer ‘handelspraktijk’ dan rechtsfiguur.<sup>70</sup> In dat licht sta ik in deze paragraaf stil bij de vraag of de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris een rechtsgrond heeft en, zo ja, welke.<sup>71</sup> Licht delegatie daadwerkelijk ten grondslag aan de taken en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris? Ter beantwoording van deze vraag sta ik allereerst stil bij de *eigenlijk* gedelegeerd commissaris: de gedelegeerd commissaris met enkel taken die voortvloeien uit de taakstelling van de raad van commissarissen. Vervolgens sta ik stil bij de *oneigenlijk* gedelegeerd commissaris. Kan een gede-

geerd commissaris ook over taken beschikken die niet zijn gebaseerd op de taken van de raad van commissarissen?

#### 3.2 De eigenlijk ‘gedelegeerd’ commissaris: taakverdeling of mandaat?

Gedelegeerde, gemandateerde of toebedeelde taken van de *eigenlijk* gedelegeerd commissaris vloeien noodzakelijkerwijs voort uit de taken van de raad van commissarissen als delegans, mandans respectievelijk orgaan.<sup>72</sup> Het onderscheid tussen delegatie en mandaat enerzijds en taakverdeling anderzijds heeft ten opzichte van het oude Wetboek van Koophandel aan relevantie ingeboet. Lange tijd resulteerde taakverdeling ook in een verdeling van verantwoordelijkheden (zie par. 2.3 van het eerste deel van dit tweeluik). De beperking van verantwoordelijkheid tot toebedeelde taken werd ook in het begin van deze eeuw nog bepleit door de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en in de Tweede Kamer.<sup>73</sup> Zowel taakverdeling als delegatie doen thans in beginsel niets meer af aan de collectieve verantwoordelijkheid van commissarissen.<sup>74</sup> De verantwoordelijkheid van commissarissen strekt zich daarmee ook uit over taken die aan de gedelegeerd commissaris zijn toebedeeld of ‘gedelegeerd’.<sup>75</sup> In het licht van de collectieve verantwoordelijkheid is het begrip *gemandateerd* commissaris zuiverder dan het begrip *gedelegeerd* commissaris.<sup>76</sup> Althans, delegatie omvat, in elk geval in bestuursrechtelijk perspectief, ook de overdracht van verantwoordelijkheid.<sup>77</sup> Hoewel in de literatuur wordt gewezen op een rechtspersonenrechtelijk delegatiebegrip zonder privatieve werking,<sup>78</sup> werkt delegatie in het bestuursrecht bovendien privaat.<sup>79</sup> Taakverdeling en mandatering hebben daarentegen geen privaat karakter: de raad van commissarissen kan de toebedeelde of gemandateerde bevoegdheden te allen tijde naar zich toe trekken.<sup>80</sup> Gezien de overeenkomsten tussen taakverdeling en mandaat lijkt het onderscheid tussen deze begrippen beperkt tot semantiek.<sup>81</sup> Ik

64 Schutte-Veenstra 2017, p. 149.

65 HR 7 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2485, NJ 1998/269 (Kandel), r.o. 3.3; Schutte-Veenstra 2017, p. 148.

66 Zie art. 2:134/2:244 lid 4 BW en ter illustratie art. 9.4 statuten Heineken N.V. d.d. 20 april 2018. Zie ook Hof Amsterdam (OK), ECLI:NL:GHAMS:2017:930, JOR 2017/229 (TMG), r.o. 2.104; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284 sub d; M.J. van Uchelen-Schipper & P.P. de Vries, Ontstentenis of belet van bestuurders en commissarissen in tijden van corona, Ondernemingsrecht 2020/XXII, par. 6; C.E. Honée, De gedelegeerd commissaris, Management Scope 2015/1 (<https://managementscope.nl/opinie/charles-honee-gedelegeerd-commissaris>).

67 Assink/Slagter 2013, p. 759, 1200; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/284 sub c/307 sub k; Frielink 2022, p. 69 e.v.

68 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/365.

69 Of krachtens een besluit van de algemene vergadering, maar dat ligt in de context van de gedelegeerd commissaris niet voor de hand. Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/365 sub h; K. Frielink, Varia Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, Ondernemingsrecht 2021/77, p. 468; Frielink 2022.

70 Vgl. Buijn & Storm 2013, p. 325; Blanco Fernández 2015, p. 425.

71 Vgl. Blanco Fernández 2015, p. 426.

72 De CGC bepaalt dat de delegatie geen taken mag omvatten die niet aan de raad van commissarissen toekomen. Zie BPB 3.2.8 CGC 2022. Vgl. Dortmund 2005, par. 2; Blanco Fernández 2015, p. 426.

73 Advies Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht d.d. 12 september 2003, p. 3; Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 21.

74 Vgl. Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 8; Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 4, 15; Assink/Slagter 2013, p. 213-214; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/185 sub c; Kreileman 2020, p. 162.

75 Kreileman 2020, p. 162. Vgl. C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 211-212, 213; L. in 't Veld, Balanceren tussen een taakverdeling en collegialiteit binnen de raad, MvO 2016, afl. 5-6, p. 139.

76 Evenzo: M. van Olffen, Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten, Ondernemingsrecht 2012/89, par. 25; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364 sub c.

77 Zie art. 10:13 Algemene wet bestuursrecht (Awb); K.H.M. de Roo, Delegatie van bestuursbevoegdheden, WPNR 2019/7243, p. 469; K.H.M. de Roo, Bestuur van rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 139-140.

78 De Roo 2019, p. 470; De Roo 2021, p. 139-140, 141.

79 P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 95.

80 Vgl. BPB 2.3.8 CGC 2022. Zie ook Blanco Fernández 1993, p. 153; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/185 sub c.

81 Vgl. Blanco Fernández 1993, p. 13.

ben echter van mening dat het onderscheid tussen taakverdeling en mandaat juist in het licht van de gedelegeerd commissaris aandacht verdient.

Artikel 2:9 lid 1 jo. 2:149/2:259BW maakt taakverdeling binnen de raad van commissarissen mogelijk.<sup>82</sup> De wet vereist een statutaire dan wel wettelijke grondslag voor taakverdeling. Taakverdeling binnen de raad van commissarissen kan echter ook door middel van een besluit van de raad van commissarissen tot stand kan komen.<sup>83</sup> Aangezien taakverdeling een aangelegenheid is van de raad als orgaan, ligt uitwerking van taakverdeling in een reglement of besluit voor de hand.<sup>84</sup> Een taakverdeling zonder wettelijke of statutaire basis lijkt eveneens mogelijk.<sup>85</sup> Ook een *de facto* taakverdeling die door commissarissen in acht wordt genomen resulteert in een geldige taakverdeling. De inachtneming van de taakverdeling getuigt van de wil van de commissarissen om de desbetreffende taakverdeling tot stand te brengen.<sup>86</sup> In de praktijk is het niet gebruikelijk dat de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris statutair is ingebed.<sup>87</sup> Om het bereik van de bepaling over de gedelegeerd commissaris niet te beperken tot één individu, ziet een dergelijke statutaire bepaling op de gedelegeerd commissaris in het algemeen.<sup>88</sup> De formulering is in de regel dermate algemeen dat de meerwaarde van een statutaire bepaling over de gedelegeerd commissaris kan worden betwijfeld. De behoeften in een concrete situatie zijn beslissend voor de daadwerkelijke rol van de gedelegeerd commissaris.<sup>89</sup>

Tot de taak van commissarissen behoren alle taken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan een of meer andere commissarissen zijn toebedeeld. Ik ben van mening dat de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris een vorm van taakverdeling kan zijn in de zin van artikel 2:9 lid 1 BW.<sup>90</sup> Het is mogelijk specifieke deeltaken toe te bedelen aan een gedelegeerd commissaris die aansluiten bij zijn specifieke competentie en deskundigheid. Taakverdeling is niet per definitie structureel of voor onbepaalde tijd. Een voor de gedelegeerd commissaris gangbare temporele of functionele beperking van taakverdeling is mogelijk.

Met taakverdeling in de zin van artikel 2:9 BW als grondslag voor de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris is niet al-

les gezegd. In de eerste plaats heeft toebedeling van een taak aan een of meer commissarissen tot gevolg dat de overige commissarissen deze taak in beginsel niet meer hoeven te vervullen.<sup>91</sup> De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris heeft echter niet tot doel taken te separeren, maar concentreert de intensivering van het toezicht en advies vanuit pragmatische noodzaak of efficiëntie tijdelijk in één persoon.<sup>92</sup> Anders dan taakverdeling werkt de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris niet separerend: de toezichts- en adviestaak blijft ondanks de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris ook op de overige commissarissen rusten. In de tweede plaats volgt uit artikel 2:9 BW dat taakverdeling niet mogelijk is voor aangelegenheden die tot de algemene gang van zaken behoren.<sup>93</sup> Althans, die taken kunnen niet aan commissarissen door taakverdeling worden ontnomen.<sup>94</sup> (Geïntensiveerd) toezicht en advies zijn dermate algemeen en fundamenteel dat deze taken behoren tot de algemene gang van zaken en niet voor toebedeling in aanmerking komen. De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris heeft echter niet noodzakelijkerwijs een algemene intensivering van toezicht en advies tot doel. De aanwijzing kan, in de context van een specifieke gebeurtenis, ook samenhangen met een adviesbehoefte op een specifiek deelonderwerp dat aansluit bij de competentie en deskundigheid van de gedelegeerd commissaris.<sup>95</sup> Artikel 2:9 BW lid 1 BW staat niet in de weg aan de toebedeling van dergelijke deeltaken die niet tot de algemene gang van zaken behoren.

Collegiale taakuitoefening behelst collectieve besluitvorming<sup>96</sup> en collectieve verantwoordelijkheid, ondanks eventuele taakverdeling.<sup>97</sup> De vraag is of collegialiteit en collectieve verantwoordelijkheid in de weg staan aan individuele besluitvormingsbevoegdheid van een gedelegeerd commissaris.<sup>98</sup> In dit perspectief toont zich een interessante parallel met het bestuursrechtelijke mandaat: mandaat ziet immers op besluit-

82 Zie ook Kreileman 2020, p. 159 e.v.

83 Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 15; C.H.C Overes e.a., Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 149; Assink/Slagter 2013, p. 212; Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 213 e.v.

84 Vgl. S.H.M.A. Dumoulin, De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel, Ondernemingsrecht 2005/91, par. 4; Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 15; Van Olfen 2012, par. 5; M. Mussche, Taakverdeling, disculpatie en vertrouwensverweer, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 428 e.v.; Kreileman 2020, p. 168-171.

85 Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/359 sub e.

86 Blanco Fernández 1993, p. 13.

87 Zie ook par. 1.

88 Vgl. Mussche 2017, p. 427.

89 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/364 onder e.

90 Assink 2015, p. 432. Vgl. Dortmund 2005, par. 2. Anders: Blanco Fernández 2015, p. 426.

91 Vgl. Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 7; Assink/Slagter 2013, p. 213; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/185.

92 Blanco Fernández (2015, p. 425) schrijft: 'Onder omstandigheden kan de vennootschap de noodzaak gevoelen om een deel van de taak van de raad van commissarissen door één van de commissarissen te laten uitoefenen.'

93 Vgl. Hof Leeuwarden 22 september 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ8458 (Wellnomics), r.o. 9.3 e.v.; Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX1192, JOR 2012/348 (NRK), r.o. 3.3.2; Assink/Slagter 2013, p. 214; Kreileman 2020, p. 166.

94 Vgl. Mussche 2017, p. 426; J.B. Huizink, commentaar bij art. 2:140 BW, aant. 12.2, in: Groene Serie Rechtspersonen, Deventer: Kluwer 2020.

95 Vgl. Blanco Fernández 2015, p. 425-426.

96 HR 15 juli 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4232, NJ 1968/101 (Wijsmuller); Departementale Richtlijnen 1986 (oud), par. 8; Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 17; Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 23; WPNR 2014/7011; Kreileman 2020, p. 192.

97 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/359 sub d; Kreileman 2020, p. 162.

98 Vgl. A.F. Verdam, Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3, Ondernemingsrecht 2013/102, par. 3 e.v.; De Kluiver 2009, p. 258 e.v.; Kreileman 2020, p. 165.

vorming door de mandataris namens een orgaan.<sup>99</sup> Mandatering van taken aan een ‘gedelegeerd’ commissaris impliceert dat een gedelegeerd commissaris bevoegd is ten aanzien van die taken zowel beslissingen als besluiten te nemen.<sup>100</sup> Boek 2 BW voorziet echter slechts voor een monistisch bestuur in de mogelijkheid om naast het verdelen van taken ook de besluitvormingsbevoegdheid bij een of enkele niet-uitvoerend bestuurders neer te leggen.<sup>101</sup> De wetgever voorziet met deze mandateringsmogelijkheid in een praktische behoefte: verplichte betrokkenheid van alle bestuurders bij alle besluitvorming zou ‘onnodig knellen’.<sup>102</sup> Hoewel deze mandateringsmogelijkheid volgens de wet beperkt is tot een monistisch bestuur, ben ik van mening dat deze praktische behoefte ook aan de orde kan zijn bij een gedelegeerd commissaris. Juist in situaties waarin taken aan een gedelegeerd commissaris worden gemandateerd, kan voortdurende terugkoppeling aan en collectieve besluitvorming door de raad eveneens ‘onnodig knellen’. Om die reden acht ik incidentele individuele besluitvormingsbevoegdheid voor de gedelegeerd commissaris gerechtvaardigd, mits de aard van het besluit zich niet tegen individuele besluitvorming verzet<sup>103</sup> en voor zover het belang van de vennootschap individuele besluitvorming door de gedelegeerd commissaris vereist.<sup>104</sup>

Anders dan De Roo ben ik van mening dat voor de individuele besluitvormingsbevoegdheid van een gedelegeerd commissaris geen statutaire grondslag is vereist. Een besluit van een gedelegeerd commissaris is een rechtshandeling die wordt toegerekend aan de raad van commissarissen en daarmee aan de vennootschap: het mandaat resulteert in vertegenwoordiging. Volgens De Roo is het ‘substitutieverbod’ uit de volmacht-titel van overeenkomstige toepassing (art. 3:64 BW jo. art. 3:79 BW). Het mandaat van de raad van commissarissen als primair gevolmachtigde aan een gedelegeerd commissaris als substituut-gevolmachtigde zou aldus een wettelijke of statutaire grondslag behoeven.<sup>105</sup> Substitutie behoeft echter geen statutaire grondslag als de ‘substitutie’ (c.q. de mandatering van de gedelegeerd commissaris door de raad van commissarissen) ‘uit de aard der te verrichten rechtshandelingen noodzakelijk voortvloeit of in overeenstemming is met het gebruik’ of indien de substitutie ‘in het belang van de volmachtgever noodzakelijk is en deze zelf niet in staat is een voorziening te tref-

fen’.<sup>106</sup> De context waarin de aanstelling van een gedelegeerd commissaris plaatsvindt, kan meebrengen dat de aard van de door de gedelegeerd commissaris te verrichten rechtshandelingen de individuele besluitvorming door de gedelegeerd commissaris rechtvaardigt. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de gedelegeerd commissaris namens de raad van commissarissen een bestuursbesluit goedkeurt als de goedkeuring van dat bestuursbesluit geen uitstel kan lijden. Daarnaast kan worden betoogd dat uit de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris volgt, dat de vennootschap zelf niet in staat of gelegenheid is om bijvoorbeeld de intensivering van toezicht in de door het vennootschapsbelang vereiste mate te realiseren.

De collectieve verantwoordelijkheid staat niet in de weg aan incidentele individuele besluitvorming door een gedelegeerd commissaris. Individuele besluitvormingsbevoegdheid op basis van een mandaat doet immers geen afbreuk aan de verantwoordelijkheid van de mandans (de raad van commissarissen) voor een besluit van de mandataris (de gedelegeerd commissaris). Tegelijkertijd is de collectieve verantwoordelijkheid voor individuele besluitvorming niet bezwaarlijk. Het mandaat is immers afkomstig van de raad als collectief. De gedelegeerd commissaris moet de overige commissarissen, juist vanwege de collectieve verantwoordelijkheid, adequaat van informatie voorzien.<sup>107</sup> Voor een gedelegeerd commissaris is het, voor het waarborgen van voldoende draagvlak, geboden en aanbevelenswaardig om regelmatig in overleg te treden met de overige commissarissen.<sup>108</sup> De gedelegeerd commissaris dient ook verantwoording af te leggen over de wijze waarop hij zijn mandaat heeft aangewend.<sup>109</sup> Deze verantwoordingsplicht neemt overigens niet weg dat de overige commissarissen oog moeten houden voor de kwaliteit van de taakuitoefening door een gedelegeerd commissaris.<sup>110</sup> Dit brengt mee dat commissarissen ook zelf zullen moeten informeren naar de taakuitoefening van de gedelegeerd commissaris.<sup>111</sup>

### *3.3 De oneigenlijk gedelegeerd commissaris: attributie of mandaat?*

In het eerste deel van dit artikel benoemde ik de ‘oneigenlijk gedelegeerd commissaris’ van Kamphuisen. De oneigenlijk gedelegeerd commissaris had een bestuurstaak en was zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd.<sup>112</sup> De invloed van de gedelegeerd commissaris op het bestuur lijkt in de praktijk nog altijd groot (zie par. 2.1). Anders dan bij de *oneigenlijk* gedelegeerd commissaris uit de vorige eeuw, is de invloed van de contem-

<sup>99</sup> Zie art. 1:10 Awb; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 93; De Roo 2021, p. 139. Vanwege de beperkte omvang van deze bijdrage laat ik de verhouding tussen machtiging, volmacht en mandaat buiten beschouwing. Zie daarover o.a. Blanco Fernández 1993, p. 13; Verdam 2013; De Roo 2019, p. 470 en De Roo 2021, p. 140 e.v.

<sup>100</sup> Vgl. J.P. Schild & L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7011, p. 272.

<sup>101</sup> Art. 2:129a/2:239a lid 3 BW; Assink/Slagter 2013, p. 215-216; Kreileman 2020, p. 200.

<sup>102</sup> Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 17; Kamerstukken I 2010/11, 31763, C, p. 24; Assink/Slagter 2013, p. 216; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-III 2019/185 sub e; Kreileman 2020, p. 200.

<sup>103</sup> In vergelijkbare zin Blanco Fernández 2015, p. 426-427.

<sup>104</sup> Anders: Van Stein Callenfels, 2015.

<sup>105</sup> Zie art. 3:64 aanhef BW. Vgl. De Roo 2019, p. 472; De Roo 2021, p. 144.

<sup>106</sup> Zie art. 3:64 sub a t/m c BW.

<sup>107</sup> Vgl. Kreileman 2020, p. 164.

<sup>108</sup> Zie BPB 2.3.8 CGC 2022. Vgl. S.R. Schuit & C. Jaspers, De gewijzigde taakopvattingen van commissarissen en hun voorzitter, Ondernemingsrecht 2017/71, p. 425. Zie ook Van Stein Callenfels 2015.

<sup>109</sup> Assink/Slagter 2013, p. 214. Vgl. Assink 2015, p. 431.

<sup>110</sup> Vgl. De Kluiver 2009, p. 260

<sup>111</sup> Assink/Slagter 2013, p. 214. Vgl. Assink 2015, p. 431. Vgl. Kreileman 2020, p. 248 e.v.

<sup>112</sup> 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. 504.

poraine gedelegeerd commissaris slechts in beperkte mate gebaseerd op statutaire bevoegdheden.<sup>113</sup> De statutaire taakomschrijving is in de regel algemeen en in lijn met de CGC beperkt tot geïntensiveerd toezicht en advies. Een dergelijke algemene taakomschrijving geeft een beperkt beeld van de feitelijke rol die een gedelegeerd commissaris vervult. De taken van de gedelegeerd commissaris blijven niet zonder meer beperkt tot de taken die zijn opgenomen in de statutaire of reglementaire taakomschrijving.<sup>114</sup> De concrete situatie en de daaruit voortvloeiende behoeftes van de vennootschap zijn als gezegd bepalend voor de daadwerkelijke taakstelling van een gedelegeerd commissaris.

Taken en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris die niet voortvloeien uit de taakstelling en bevoegdheden van de raad van commissarissen kunnen niet voortvloeien uit een mandaat van of taakverdeling binnen de raad van commissarissen. Taakverdeling is beperkt tot het orgaan waarbinnen de taakverdeling plaatsvindt. Mandaat kan slechts de taken en bevoegdheden van de mandans omvatten.<sup>115</sup> Mandatering van bijvoorbeeld een bestuurstaak aan de gedelegeerd commissaris is daarmee in principe uitgesloten,<sup>116</sup> althans mandatering van die taak door de raad van commissarissen.<sup>117</sup> Ten aanzien van niet-commissoriale taken zijn twee alternatieven denkbaar: (1) attributie en (2) mandaat door een ander orgaan. In de eerste plaats kunnen bevoegdheden die niet aan de raad van commissarissen of een ander vennootschapsorgaan toekomen statutair aan een gedelegeerd commissaris worden geattribueerd, zoals de goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten.<sup>118</sup> Daarnaast is het in theorie denkbaar dat een ander orgaan dan de raad van commissarissen taken of bevoegdheden (gedeeltelijk) mandateert aan de gedelegeerd commissaris. Mandatering aan een gedelegeerd commissaris is in principe niet slechts een bevoegdheid van de raad van commissarissen. Mandatering kan om die reden ook bevoegdheden buiten de raad van commissarissen omvatten. Attributie en mandatering vinden hun grenzen in de inrichtingsvrijheid van de vennootschap.<sup>119</sup>

Attributie en mandatering door andere vennootschapsorganen verhouden zich evenwel moeilijk met de scheiding van bestuur en toezicht. Slechts taken die passen bij de taken en bevoegdheden van een commissaris komen voor attributie en mandatering in aanmerking. De wettelijke taakstelling be-

grenst immers de ‘bevoegdheidsfeer’ van een (gedelegeerd) commissaris.<sup>120</sup> In algemene zin kunnen aan een gedelegeerd commissaris dan ook geen bestuursbevoegdheden worden toegekend (voor de uitzondering op deze regel verwijs ik naar par. 2.2).<sup>121</sup> Attributie en mandatering door andere vennootschapsorganen wringen bovendien met collegiale taakvervulling.<sup>122</sup> Het is lastig voor te stellen dat commissarissen verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van taken en bevoegdheden die zij niet als collectief zelf hebben gemandateerd.<sup>123</sup> Bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris die niet voortvloeien uit een mandaat van de raad van commissarissen, komen de gedelegeerd commissaris in andere hoedanigheid dan die van commissaris toe.<sup>124</sup> Althans, onbehoorlijke vervulling door een gedelegeerd commissaris van een taak die niet voortvloeit uit een mandaat van de raad van commissarissen, zal de aansprakelijkheid van de overige commissarissen niet snel vestigen.<sup>125</sup> De uitoefening door een gedelegeerd commissaris van taken die niet tot de raad van commissarissen behoren, valt immers niet onder de algemene gang van zaken waarvoor elke commissaris verantwoordelijkheid draagt.<sup>126</sup>

#### 4 De gedelegeerd commissaris en aanverwante rechtsverschijnselen

##### 4.1 Inleiding

In deze paragraaf staan twee rechtsverschijnselen centraal die belangrijke gelijkenissen vertonen met de gedelegeerd commissaris. Allereerst besteed ik aandacht aan de president-commissaris (zie par. 4.2). Daarnaast ga ik in op de verhouding tussen de gedelegeerd commissaris en de speciale commissie (zie par. 4.3).

##### 4.2 De gedelegeerd commissaris en de president-commissaris

In de vorige eeuw bepaalden sommige statuten dat de voorzitter van de raad van commissarissen tevens gedelegeerd commissaris kon zijn.<sup>127</sup> Enkele jaren geleden werd de president-commissaris van TMG aangewezen als gedelegeerd commissaris.<sup>128</sup> Daarnaast kwamen de huidige taken van de voorzitter vroeger vaak toe aan een gedelegeerd commissaris.<sup>129</sup> Wat is de verhouding tussen de gedelegeerd commissaris en de president-commissaris?

Boek 2 BW bepaalt niets over de taken van de president-commissaris. De CGC kent wel enkele specifieke taken toe aan de

113 In deze paragraaf laat ik de gedelegeerd commissaris die op basis van een belet- of ontstentenisregeling tijdelijk in het bestuur voorziet buiten beschouwing.

114 Vgl. over de feitelijke taakverdeling die afwijkt van de statutaire taakverdeling: Mussche 2017, p. 428-429.

115 Vgl. Blanco Fernández 2015, p. 426; De Roo 2021, p. 141.

116 Tenzij de bestuurstaak op basis van een statutaire belet- of ontstentenisregeling op de raad van commissarissen rust.

117 Blanco Fernández 2015, p. 426. Vgl. Assink 2015, p. 431.

118 Blanco Fernández 1993, p. 152-153. In vergelijkbare zin: W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée & Th.C.M. Hendriks-Jansen, Van der Heijden Handboek NV/BV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992/281.1. Anders: P.J. Dortmund, Van der Heijden Handboek NV/BV, Deventer: Kluwer 2013, p. 598.

119 Vgl. Blanco Fernández 2015, p. 426, 428; De Roo 2021, p. 146.

120 Blanco Fernández 1993, p. 153; De Roo 2021, p. 146. Vgl. Dortmund 2013, p. 598.

121 Blanco Fernández 1993, p. 153.

122 Assink 2015, p. 431. Vgl. Dortmund 2013/281.1.

123 Assink 2015, p. 431.

124 Assink 2015, p. 431.

125 Vgl. Blanco Fernández 2015, p. 427.

126 Vgl. Kreileman 2020, p. 188-189.

127 H. de Boer, De commissarisfunctie, Amsterdam: J.H. de Bussy 1957, p. 38.

128 Van Stein Callenfels 2015.

129 Dortmund 2013, p. 597; Dortmund 2005, par. 2. Vgl. Blanco Fernández 1993, p. 154.



voorzitter van de raad van commissarissen.<sup>130</sup> Tussen de voorzitter en de gedelegeerd commissaris bestaan belangrijke overeenkomsten. Het voorzitterschap is net als het gedelegeerd commissariaat intensiever en tijdrovender dan het ‘reguliere’ commissariaat.<sup>131</sup> De afstand tot het bestuur is voor de voorzitter en de gedelegeerd commissaris relatief klein.<sup>132</sup> De president-commissaris voert regelmatig overleg met de bestuursvoorzitter en heeft rechtstreeks contact met de overige bestuurders.<sup>133</sup> Ook fungeert de voorzitter net als een gedelegeerd commissaris als adviserende en stimulerende factor voor het bestuur.<sup>134</sup> De intensiteit van de toezichts- en adviestaak is zowel voor de voorzitter als een gedelegeerd commissaris hoog.<sup>135</sup>

De functie van de president-commissaris verschilt echter wezenlijk van die van de gedelegeerd commissaris. De taakstelling van de president-commissaris strekt tot adequate inrichting van en taakuitoefening door de raad van commissarissen.<sup>136</sup> De taken die de CGC aan de voorzitter toeschrijft, beogen structurele procedurele optimalisatie en waarborging van het functioneren van de raad van commissarissen, in het bijzonder ten opzichte van het bestuur.<sup>137</sup> Uit die taakstelling volgt dat de positie van de president-commissaris anders dan die van de gedelegeerd commissaris structureel is. De aanwezigheid en taakstelling van de voorzitter is niet beperkt tot een specifieke gebeurtenis.

#### 4.3 De gedelegeerd commissaris en de commissie

De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris is een van de mogelijkheden om het bestuur bij te staan bij bijzondere gebeurtenissen. In de praktijk is de instelling van een speciale commissie een gangbaar alternatief.<sup>138</sup> De speciale commissie wordt gezien als een doorontwikkeling van de gedelegeerd commissaris.<sup>139</sup> Dortmund schreef zelfs dat de opkomst van de commissie ten koste zou gaan van de gedelegeerd commissaris.<sup>140</sup> In dat licht rijst de vraag hoe de gedelegeerd commissaris zich verhoudt tot de speciale commissie.

Boek 2 BW bevat geen expliciete grondslag voor de instelling van een commissie binnen de raad van commissarissen. De commissie geldt evenwel als een van de meest gangbare vor-

men van taakverdeling.<sup>141</sup> Commissies vallen uiteen in structurele en incidentele commissies. Een beursvennootschap en een vennootschap die kwalificeert als organisatie van openbaar belang zijn verplicht een auditcommissie in te stellen.<sup>142</sup> Daarnaast schrijft de CGC een remuneratiecommissie<sup>143</sup> en een selectie- en benoemingscommissie<sup>144</sup> voor.<sup>145</sup> De instelling van deze commissies is structureel, functioneel afgebakend en niet gekoppeld aan een specifieke gebeurtenis.<sup>146</sup>

Een specifieke gebeurtenis kan aanleiding zijn voor de instelling van een speciale commissie.<sup>147</sup> In een overnamesituatie kan een overnamecommissie worden benoemd.<sup>148</sup> Bij een herstructurering ligt de instelling van een herstructureringscommissie voor de hand.<sup>149</sup> De speciale commissie sluit net als de gedelegeerd commissaris nauw aan bij het conceptmandaat. Een speciale commissie heeft net als een gedelegeerd commissaris in beginsel tot taak om ten aanzien van een specifieke gebeurtenis intensief toezicht te houden.<sup>150</sup> Evenals de aanwijzing van een gedelegeerd commissaris is de instelling van een speciale commissie tijdelijk.<sup>151</sup> Ook is voor de instelling van een commissie geen statutaire grondslag vereist.<sup>152</sup> Net als bij een gedelegeerd commissaris draagt de gehele raad van commissarissen in beginsel verantwoordelijkheid voor de taakuitoefening van de speciale commissie.<sup>153</sup> Een interessant gegeven is dat een speciale commissie niet altijd uitsluitend bestaat uit commissarissen, maar in de praktijk soms ook een combinatie vormt van bestuurders en commissarissen.<sup>154</sup> De scheiding tussen bestuur en toezicht weerhoudt de praktijk er niet van om bestuur en toezicht in één commissie of één functionaris te verenigen.<sup>155</sup> Net als voor de gedelegeerd commissaris is het

130 Zie BPB 2.3.6 CGC 2022.

131 Vgl. Schuit & Jaspers 2017, p. 425.

132 C.J.A. van Lede, De rol van de voorzitter, *Ondernemingsrecht* 2005/81, par. 3; S.R. Schuijt, *The Chairman makes or breaks the board*, Amsterdam: Gopher B.V. 2010, p. 35; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/365 sub e & sub m.

133 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/365 sub e en m.

134 Vgl. Van Lede 2005, par. 3.

135 Blanco Fernández 1993, p. 154.

136 Schuit & Jaspers 2017, p. 425.

137 Zie BPB 2.3.6 CGC 2022. Vgl. Schuijt 2010, p. 49; Schuit & Jaspers 2017, p. 425.

138 Braaksma & Couwenbergh 2022.

139 Burggraaf 2014, p. 118.

140 Dortmund 2013, p. 598.

141 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/360 sub c. Vgl. P.L. Hezer, *Het special committee naar Amerikaans model bij openbare biedingen*, MvO 2017, afl. 10-11, p. 267; Kreileman 2020, p. 190 e.v. Hezer ziet de instelling van een speciale commissie als vorm van delegatie. Zie Hezer 2017, p. 273.

142 Zie art. 2 lid 2 Besluit instelling auditcommissie en BPB 2.3.2 CGC 2022. De auditcommissie houdt zich bezig met risicobeheersing en verslaggeving. Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/360.

143 Een remuneratiecommissie houdt zich bezig met de bezoldiging van bestuurders. Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/361.

144 Een selectie- en benoemingscommissie houdt zich bezig met de selectie, de benoeming en de beoordeling van bestuurders en commissarissen. Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/362.

145 Zie BPB 2.3.2 CGC 2022.

146 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/363 sub c.

147 Zie ook B. Kemp, *Het special committee in de Nederlandse (overname) praktijk bij beursvennootschappen*, MvO 2017, afl. 10-11, p. 258; Hezer 2017, p. 274.

148 Zie o.a. C.J.C. de Brauw, *Overnames van beursvennootschappen* (VDHI nr. 143), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 195-196; C. Groen & H. Koster, *De speciale overnamecommissie in nationaal en rechtsvergelijkend perspectief*, MvO 2017, afl. 10-11, p. 262 e.v.; Hezer 2017, p. 268; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/363 sub b.

149 Burggraaf 2014, p. 118.

150 Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/363 sub a.

151 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/363 sub c.

152 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/363 sub c. Anders: De Roo 2021, p. 148.

153 Hezer 2017, p. 273.

154 Zie ook Kemp 2017, p. 258; Hezer 2017, p. 269, 272 e.v.

155 Vgl. par. 2.1 e.v.

de vraag of een speciale commissie over eigen bevoegdheden en besluitvormingsbevoegdheid kan beschikken.<sup>156</sup> Sommigen stellen dat een commissie slechts de besluitvorming voor de raad van commissarissen (en eventueel het bestuur) voorbereidt.<sup>157</sup> Anderen sluiten eigen bevoegdheden en besluitvormingsbevoegdheid van een commissie niet uit.<sup>158</sup>

### 5 Conclusie

In het eerste deel van dit tweeluik beschreef ik de polarisatie van bestuur en toezicht in de tweede helft van de twintigste eeuw. Dezelfde periode wordt gekenmerkt door de opkomst van collectieve verantwoordelijkheid en beperking van het rechtsgevolg van taakverdeling. De structurele aanwezigheid van een gedelegeerd commissaris met eigen bevoegdheden op het snijvlak van bestuur en toezicht kwam onder druk te staan. De gedelegeerd commissaris als incidentele noodgreep bleef over. In dit tweede deel stond deze *ad hoc* gedelegeerd commissaris anno 2023 centraal. Ik ging in de eerste plaats in op de positiebepaling van de gedelegeerd commissaris in het spectrum van bestuur en toezicht. Vervolgens stond de (rechts) grondslag van de taken en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris centraal. In formeel opzicht zijn de taken van een gedelegeerd commissaris beperkt tot geïntensiveerd toezicht en advies en regelmatig contact met het bestuur. De feitelijke betrokkenheid bij en invloed op het bestuur onderscheidt de gedelegeerd commissaris van de overige commissarissen. Vervolgens stond ik stil bij de grondslag van de taken en bevoegdheden van een gedelegeerd commissaris. De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris kan worden gezien als een vorm van taakverdeling. De aanwijzing van een gedelegeerd commissaris beoogt anders dan taakverdeling geen separerende werking. Het concept mandaat sluit, anders dan delegatie, beter aan bij de rechtsrealiteit van de gedelegeerd commissaris. Ik wees daarbij in het bijzonder op de handhaving van de collectieve verantwoordelijkheid en de afwezigheid van private werking. Attributie van eigen taken en mandatering door andere vennootschapsorganen aan een gedelegeerd commissaris is niet uitgesloten, maar verhoudt zich moeilijk met collectieve verantwoordelijkheid en de functionele scheiding tussen bestuur en toezicht. Tot slot besteedde ik aandacht aan twee parallelle rechtsverschijnselen: de president-commissaris en de speciale commissie.

In het huidige tijdsgewricht lijkt de grens tussen bestuur en toezicht opnieuw te vervagen. Ik benoemde de invloed van de gedelegeerd commissaris op het bestuur, maar ook de vereniging van bestuur en toezicht in speciale commissies. Ook de collectieve verantwoordelijkheid komt onder druk te staan door de toenemende autonomie van in het bijzonder commis-

sies van de raad van commissarissen.<sup>159</sup> Om die reden sluit ik af met de overkoepelende vraag of het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid in het licht van de toenemende relevantie van taakverdeling en mandatering aan herijking toe is. In elk geval blijft de formele positie van de gedelegeerd commissaris onverminderd interessant en zijn feitelijke aanwezigheid onverminderd relevant.

<sup>156</sup> Vgl. par. 3.2.

<sup>157</sup> Burggraaf 2014, p. 117; Hezer 2017, p. 274.

<sup>158</sup> Vgl. Kemp 2017, p. 258; Groen & Koster 2017, p. 264, 265.

<sup>159</sup> De toename aan autonome taken geldt in het bijzonder voor de auditcommissie. Zie hierover o.a. L. in 't Veld, Het (uitgedijde) takenpakket van de auditcommissie, in het bijzonder ten aanzien van de relatie met de externe accountant: over reguliere, specifieke en autonome taken, in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), Vereniging Jaarrekeningenrecht 2016-2018 (VDHI nr. 154), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 76 e.v.