

De onafhankelijkheid van de RvC

I. Inleiding

1. Voor beursvennootschappen en vennootschappen die zijn onderworpen aan het wettelijk structuurregime gelden regels die specifiek gericht zijn op de onafhankelijkheid van de RvC. Op andere vennootschappen (hierna: ‘gewone vennootschappen’) zijn dergelijke regels in ieder geval niet rechtstreeks van toepassing. Het heersende standpunt in de literatuur en de jurisprudentie is echter dat ook de RvC bij gewone vennootschappen in beginsel in voldoende mate onafhankelijk moet zijn ten opzichte van de vennootschap en haar belanghebbenden (*e.g.* aandeelhouders, werknemers, crediteuren of klanten).¹

2. In dit artikel geef ik een overzicht van de regels die zien op de onafhankelijkheid van de RvC bij beursvennootschappen, structuurvennootschappen en gewone vennootschappen. Daarna ga ik in op de vraag waar de eis van een onafhankelijke RvC bij gewone vennootschappen op is gebaseerd en in hoeverre het nodig is voor deze RvC’s meer formele onafhankelijkheidseisen in de wet te verankeren.

3. Het voorgaande is met name interessant nu commissarissen bij B.V.’s rechtstreeks kunnen worden benoemd door één aandeelhouder of een bepaalde groep aandeelhouders.² Dit brengt met zich mee dat bijvoorbeeld een private equity-aandeelhouder of partner bij een joint venture een ‘eigen’ commissaris kan aanstellen. Betekent dit dan ook dat er voor deze commissaris geen onafhankelijkheidsregels gelden?

II. Geschiedenis: de positie van de RvC door de jaren heen

4. In 1838 werd de RvC voor het eerst wettelijk geregeld in het Wetboek van Koophandel.³ Destijds werd de RvC gezien als de “lange arm” van de algemene vergadering. De RvC oefende toezicht, controle en vaak medebeheer uit omdat de algemene vergadering niet in staat was deze rol op zich te nemen.⁴ Dit was de oorspronkelijke rol van de RvC: het erop toezien dat het bestuur de belangen van de aandeelhouders als kapitaalverschaffers in behoorlijke mate waarnam.⁵

In de loop der tijd veranderde de rol van de RvC: steeds meer en verwijderde deze zich van de aandeelhouders. Deze ontwikkeling werd met name veroorzaakt door het feit dat vennootschappen in toenemende mate een bindend voordrachtsrecht in hun statuten opnamen.⁶



Mr. D.W. Stuijt*

Commissarissen worden in beginsel benoemd door de algemene vergadering.⁷ Een bindend voordrachtsrecht kan er echter toe leiden dat de algemene vergadering een persoon slechts op voordracht van een ander vennootschapsorgaan of een derde tot commissaris mag benoemen. Veelal werd de RvC dit bindend voordrachtsrecht toebedeeld. Als gevolg hiervan kreeg de RvC meer invloed op zijn eigen samenstelling.

* Advocaat te Amsterdam.
(d.stuijt@houthoff.com)

1. Zie bijvoorbeeld Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/354, M. Koelemeijer, *De herziene Corporate Governance Code: (nieuwe) accenten in effectief toezicht*, TvOB 2017/2 en Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 februari 1989, NJ 1990/86, ECLI:NL:GHAMS:1989:AB7885, m.nt. J.M.M. Maeijer (Kodak).
2. Art. 2:252 lid 1 BW.
3. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/273.
4. M.J. Kroeze, *Onafhankelijkheid van commissarissen*, Ondernemingsrecht 2005, 92.
5. H.J.M.N. Honée, *Commissarissen, gezanten uit Niemandland?*, de NV 1996/11, p. 276.
6. H.J.M.N. Honée, *Commissarissen, gezanten uit Niemandland?*, de NV 1996/11, p. 276.
7. Zie art. 2:142/252 lid 1 BW.

5. Daarnaast kregen het bestuur en de RvC in toenemende mate vrijheid om hun beleid niet enkel van de wil van de aandeelhouders afhankelijk te maken. Zo werd in 1949 voor het eerst door de Hoge Raad bepaald dat commissarissen het belang van de vennootschap steeds zwaarder moet laten wegen dan het belang van welke aandeelhouder dan ook.⁸ Overigens werd toen al aangenomen dat deze norm ook geldt voor bestuurders van de vennootschap.⁹

6. Ook de invoering van de in 1971 ingevoerde structuurregeling heeft een wezenlijke bijdrage geleverd aan een meer onafhankelijke positie van de RvC ten opzichte van de algemene vergadering. De structuurregeling leidde er onder meer toe dat de taak van de RvC werd geherdefinieerd en de RvC als gevolg daarvan meer in de richting van het bestuur opschoof.¹⁰ Op grond van deze regeling werden N.V.'s en B.V.'s – die aan bepaalde wettelijke criteria voldeden – verplicht een RvC in te stellen, tenzij een van de vrijstellingen gold. De RvC bij een structuurvennootschap had (en heeft nog steeds) sterk uitgebreide bevoegdheden ten opzichte van een RvC bij een niet-structuurvennootschap. Denk hierbij vooral aan de bevoegdheid tot het benoemen van de bestuurders van de vennootschap en het goedkeuren van bepaalde bestuursbesluiten. Bij de structuurvennootschap werden de commissarissen destijds benoemd door middel van een systeem van coöptatie.¹¹ Tegen een voorgenomen benoeming kon zowel door de algemene vergadering als de OR bezwaar worden gemaakt. Dit bezwaarrecht was echter beperkt omdat het slechts kon worden uitgeoefend op de in de wet genoemde gronden.¹²

7. De introductie van de structuurregeling heeft ook geleid tot veranderingen in de positie van de RvC bij gewone vennootschappen. Zo werd art. 2:140/2:250 BW ingevoerd, waarvan lid 2 bepaalt dat een commissaris zich bij de vervulling van zijn taak dient te richten naar “het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”. Deze norm brengt met zich mee dat de commissarissen alle deelbelangen zorgvuldig moeten afwegen en daarbij ook rekening moeten houden met relevante externe belangen, zoals een eventueel concernbelang of het belang van de crediteuren van de vennootschap.¹³

8. Na de invoering van de Code Tabaksblad (2003) en de Wet aanpassing structuurregeling (2004) kwam de RvC weer wat dichterbij de algemene vergadering te staan.¹⁴ Als gevolg van laatstgenoemde regeling, die nu nog steeds van toepassing is, benoemt de algemene vergadering de commissarissen uit een in beginsel bindende voordracht van de RvC.¹⁵ De algemene vergade-

ring verkreeg bovendien de bevoegdheid het vertrouwen in de RvC op te zeggen.¹⁶ Ook zijn de aandeelhoudersrechten door de invoering van de Wet aanpassing structuurregeling uitgebreid.¹⁷ Het voorgaande heeft tot gevolg dat de RvC de belangen van aandeelhouders nadrukkelijker in zijn belangenafweging moet betrekken.¹⁸

III. Beursvennootschappen en de Nederlandse Corporate Governance Code 2016

9. Het standpunt dat de RvC in voldoende mate onafhankelijk moet zijn geldt ook (of met name) voor beursvennootschappen. Een van de belangrijkste pijlers van de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 (‘Code’), die op beursvennootschappen van toepassing is, betreft een onafhankelijke RvC. De achtergrond hiervan is dat een goede governancestructuur inhoudt dat bestuur en toezicht van elkaar gescheiden zijn en dat het toezichthoudend orgaan onafhankelijk is ten opzichte van eenieder, waaronder de aandeelhouders. De Code bevat een groot aantal bepalingen dat betrekking heeft op de onafhankelijkheid van de RvC.

8. HR 1 april 1949, NJ 1949/465, ECLI:NL:HR:1949:126 (Doetinchemse Ijzergieterij). In deze zaak ging het om een besluit van de RvC tot emissie van aandelen als gevolg waarvan de grootaandeelhouder haar meerderheidspositie zou kwijtraken. De RvC was daartoe bevoegd op grond van de statuten van de vennootschap. De Hoge Raad overwoog – kort gezegd – dat de RvC zich heeft te richten naar het belang van de vennootschap, ook als dit indruist tegen de wensen van een (groot)aandeelhouder.
9. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/130.
10. M.W. den Boogert, *De vergeten band tussen raad van commissarissen en algemene vergadering; de Januskop van de commissaris*, Ondernemingsrecht 2005/87.
11. Dit betekent dat de RvC zichzelf benoemde.
12. Blanco-Fernandez (1993), *De Raad van commissarissen bij de NV en BV*, Deventer: Kluwer, pagina 142 - 143.
13. P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, J.B. Wezeman, J. Schoonbrood (2017), *Van de BV en de NV*, Wolters Kluwer, pagina 246.
14. S. Spanjaard, *Congres Veranderingen in het commissariaat*, Ondernemingsrecht 2006/32.
15. Zie art. 2:158 en 2:268 BW. Op grond van de oude structuurregeling werden de commissarissen benoemd door middel van een systeem van coöptatie met daaraan gekoppeld een geclausuleerd vetorecht en aanbevelingsrechten voor de OR en de algemene vergadering.
16. Zie art. 2:161a en 2:271a BW.
17. Zo werd bijvoorbeeld het agenderingsrecht voor aandeelhouders ingevoerd (2:114a/224a BW).
18. J. Winter, J.B. Wezeman, J. Schoonbrood (2017), *Van de BV en de NV*, Wolters Kluwer, p. 247.

10. Dat de onafhankelijkheid van de RvC bij beursvennootschappen in de Code centraal staat volgt onder meer uit principe 2.1 (mijn onderstreping):

“Het bestuur en de raad van commissarissen zijn zodanig samengesteld dat benodigde deskundigheid, achtergrond en competenties en – in het geval van de raad van commissarissen – onafhankelijkheid aanwezig zijn om hun taken naar behoren te kunnen vervullen.”

11. Principe 2.1 van de Code wordt nader uitgewerkt in enkele best practice bepalingen. Zo wordt in best practice bepaling 2.1.7 de samenstelling van de RvC geregeld:

“De raad van commissarissen is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.”

12. Uit best practice bepaling 2.1.7 volgt verder dat het merendeel van de leden van de RvC onafhankelijk moet zijn. Wat men precies onder ‘onafhankelijk’ moet verstaan, is bepaald in best practice bepaling 2.1.8. van de Code. Een commissaris is volgens de Code niet onafhankelijk indien hij of zij:

- i. in de vijf jaar voorafgaand aan zijn benoeming bestuurder of werknemer van de vennootschap is geweest;
- ii. een persoonlijke financiële vergoeding van de vennootschap of van een aan haar verbonden vennootschap ontvangt (anders dan de vergoeding die voor de als commissaris verrichte werkzaamheden wordt ontvangen en voor zover zij niet past in de normale uitoefening van het bedrijf);
- iii. in het jaar voorafgaand aan de benoeming een belangrijke zakelijk relatie met de vennootschap of een aan haar verbonden vennootschap heeft gehad;
- iv. bestuurder is van een vennootschap waarin een bestuurder van de vennootschap waarop hij toezicht houdt commissaris is;
- v. gedurende de voorafgaande twaalf maanden tijdelijk heeft voorzien in het bestuur bij belet en ontstentenis van de bestuurders;
- vi. 10% of meer van de aandelen in de vennootschap houdt;
- vii. bestuurder of commissaris of anderszins vertegenwoordiger is van een rechtspersoon

die direct of indirect ten minste 10% of meer van de aandelen in de vennootschap houdt, tenzij het gaat om groepsmaatschappijen.

13. Op maximaal één commissaris mag één van de hierboven genoemde criteria (i) t/m (v) van toepassing zijn. Verder geldt dat er meerdere commissarissen in functie mogen zijn die 10% of meer van de aandelen in de vennootschap houden (zie (vi) hiervoor) of de houder van een dergelijk aandelenpakket vertegenwoordigen (zie (vii) hiervoor), zolang het merendeel van de leden van de RvC maar onafhankelijk is.¹⁹

14. Een andere eis die de Code stelt is dat de voorzitter van de RvC onafhankelijk moet zijn (zoals bedoeld in best practice bepaling 2.1.8 van de Code). Bovendien mag de voorzitter nooit bestuurder zijn geweest van de vennootschap.²⁰ De gedachte hierachter is dat de voorzitter in staat moet zijn adequaat toezicht te houden op het beleid. Dat werkt uiteraard niet als hij dit beleid in het verleden zelf heeft geïnitieerd of daarvoor (mede)verantwoordelijk was.²¹

15. De eis dat de RvC onafhankelijk moet zijn komt ook terug in (i) de profielschets²², de (ii) nevenfuncties²³ en (iii) het verslag van de RvC. In het kader van het laatstgenoemde punt: de RvC is verplicht om in zijn verslag te vermelden dat – naar het oordeel van de RvC – is voldaan aan de eisen voor onafhankelijkheid.²⁴ Indien de RvC ook uit niet-onafhankelijke leden bestaat, dan moet in het verslag worden opgenomen welke leden de RvC als niet-onafhankelijk beschouwt.²⁵

19. Op grond van de voorgaande versie van de Code, de Code Frijns (2008), mocht slechts één commissaris een aandelenbelang van 10% of meer in de vennootschap houden of een houder van een dergelijk aandelenbelang vertegenwoordigen. Het argument dat wordt gebruikt voor de verruiming van dit toegestane aantal commissarissen is dat een dergelijk aandelenbelang doorgaans een teken is van lange termijn betrokkenheid en parallel lopende belangen.

20. Best practice bepaling 2.1.9 Code.

21. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/356.

22. De RvC stelt een profielschets op van de RvC waarin ook wordt ingegaan op de onafhankelijkheid van de commissarissen (zie best practice bepaling 2.1.1 (iv) Code).

23. De commissarissen (en bestuurders) dienen hun nevenfuncties voorafgaand aan aanvaarding daarvan te melden aan de RvC (zie best practice bepaling 2.4.2 Code).

24. Zoals bedoeld in de best practice bepalingen 2.1.7 tot en met 2.1.9 Code.

25. Best practice bepaling 2.1.10 Code.

IV. Structuurvennootschappen

16. Evenals voor beursvennootschappen zijn er ook voor structuurvennootschappen bepalingen in het leven geroepen die specifiek zien op de onafhankelijkheid van de RvC.²⁶ Zo bepaalt art. 2:160/270 BW dat commissarissen niet kunnen zijn (i) personen die in dienst zijn van de vennootschap, (ii) personen die in dienst zijn van een afhankelijke maatschappij en (iii) bestuurders en personen in dienst van een vakbond. Volgens de memorie van toelichting worden de hiervoor bedoelde personen in het algemeen niet geacht voldoende vrij en onafhankelijk te kunnen staan tegenover de leiding van de vennootschap en haar personeel.²⁷ Kersten betoogt dat deze bepaling ook van toepassing zou moeten worden verklaard op niet-structuurvennootschappen. Ook voor deze vennootschappen geldt volgens haar dat de onafhankelijke taakvervulling in het geding komt indien sprake is van ondergeschiktheid aan degene op wie hij toezicht houdt.²⁸ Hoewel ik dit betoog in grote lijnen kan volgen, zou ik niet zo ver willen gaan om deze bepaling op alle niet-structuurvennootschappen van toepassing te verklaren. Hier kom ik later op terug.

17. Ook art. 2:158/268 lid 4 BW beoogt de onafhankelijkheid van de RvC bij structuurvennootschappen te waarborgen: nieuwe commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering uit een in beginsel bindende voordracht van de RvC. De algemene vergadering heeft dus niet het recht een 'eigen' commissaris voor te dragen en dienovereenkomstig te benoemen. Wel heeft de algemene vergadering het recht een persoon aan te bevelen om als commissaris te worden voorgedragen.²⁹ Een statutaire afwijking van deze voordrachtsregeling is overigens mogelijk op grond van art. 2:158/268 lid 12 BW.³⁰

18. Art. 2:158/268 lid 6 BW is een andere bepaling uit de structuurregeling die betrekking heeft op de onafhankelijkheid van de RvC. Op grond van dit artikel kan de RvC een door de OR aanbevolen kandidaat afwijzen indien (i) de kandidaat naar verwachting ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of (ii) de RvC als gevolg van de benoeming van deze persoon niet naar behoren zal zijn samengesteld. Met deze laatste zinsnede wordt bedoeld dat de RvC op een essentieel punt deskundigheid of ervaring ontbeert of dat deze karakteristieken juist onevenredig veel nadruk krijgen. Ook als sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of grote te verwachten onenigheid kan dat betekenen dat de RvC niet naar behoren zal zijn samengesteld.³¹

19. Indien de RvC bezwaar maakt tegen een aanbeveling tot benoeming door de OR omdat de RvC als gevolg van die benoeming niet naar behoren zal zijn samengesteld en deze zaak dient bij de Ondernemingskamer, dan zal de Ondernemingskamer in eerste instantie de vraag moeten beantwoorden of alle relevante deskundigheden (vgl. art. 2:158 lid 3 BW) in de RvC vertegenwoordigd zijn. Bij de toetsing aan het criterium van een behoorlijke samenstelling kan naast deskundigheid, ook onpartijdigheid en onafhankelijkheid een rol van betekenis spelen.³²

V. Gewone vennootschappen en Boek 2 BW

20. Zoals gezegd is de heersende opvatting dat ook de RvC bij gewone vennootschappen in voldoende mate onafhankelijk moet zijn.³³ Het is echter opvallend dat er voor commissarissen van gewone vennootschappen – in tegenstelling tot beursvennootschappen en structuurvennootschappen – in beginsel geen formele onafhankelijkheidseisen gelden. Zeker gezien het feit dat bij 'gewone' B.V.'s, waarin een private equity-partij aandelen houdt, de aandeelhouders soms 'eigen' commissarissen kunnen benoemen op grond van art. 2:252 lid 1 BW.

26. Het is uiteraard mogelijk dat een beursvennootschap verplicht is de structuurregeling toe te passen. Het overgrote deel van de Nederlandse beursvennootschappen is echter vrijgesteld van de toepassing van het structuurregime op holdingniveau (F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen*, IVOR nr. 103, 2017/1.4).

27. Maeijer, t.a.p., p. IXf-Art. 52j (III) - 1 (MvT). Zie ook p. IXf-Art. 52j (III) - 1 (VV II en MvA II) en p. IXf-209 (Handelingen II).

28. H.H. Kersten, *De onafhankelijke toezichthouder*, Ondernemingsrecht 2004/43, § 5.3.

29. Zie art. 2:158/268 lid 5 BW.

30. Zie voor de mogelijkheden tot het statutair (en contractueel) afwijken van de voordrachtsregeling W.W. de Nijs Bik (2013), *De structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance*, Recht en Praktijk - Ondernemingsrecht, § 6.7 en § 6.8.

31. Kamerstukken II 2001/02, 28179, 5, p. 38.

32. M.J. Kroeze (2005), *Onafhankelijkheid van commissarissen*, Ondernemingsrecht, par. 3.1.

33. Zie bijvoorbeeld Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/354.

21. Toch zijn er bepalingen in Boek 2 BW te vinden – die ook op gewone vennootschappen van toepassing zijn – waaruit het onafhankelijkheidsvereiste van de RvC kan worden afgeleid. Zie bijvoorbeeld art. 2:140/2:250 lid 2 BW, waarin staat dat commissarissen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.³⁴ Uit de memorie van toelichting bij dit wetsartikel uit het vergaderjaar 1969/1970 volgt dat commissarissen hun taak niet behoren uit te oefenen ten dienste van bepaalde deelbelangen (e.g. het aandeelhoudersbelang), maar dat het gemeenschappelijk belang moet prevaleren.³⁵ Indien een commissaris een deelbelang heeft (bijvoorbeeld omdat hij tevens grootaandeelhouder is of een grootaandeelhouder vertegenwoordigt), dan zal hij desalniettemin het vennootschappelijk belang voorop moeten stellen.³⁶ Het feit dat een commissaris is benoemd door een grootaandeelhouder kan overigens ook betekenen dat sprake is van een tegenstrijdig belang. Dit is niet alleen relevant in verband met de wettelijke tegenstrijdig belang-regeling³⁷ maar speelt volgens de OK ook een rol in het kader van zorgvuldige besluitvorming op grond van de uit art. 2:8 BW voortvloeiende redelijkheid en billijkheid. Men spreekt hier ook wel van het enquêterechtelijk tegenstrijdig belang.³⁸ Onder omstandigheden dient een commissaris, ondanks dat geen sprake is van een wettelijk tegenstrijdig belang zich niettemin vanwege mogelijke belangenverstrengeling te onthouden van deelname aan de besluitvorming binnen de RvC.³⁹ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de RvC bestaat uit meerdere personen die verbonden zijn aan de (groot)aandeelhouder. De OK heeft reeds geoordeeld dat een direct na closing van een overname geïnstalleerde RvC, die volledig bestaat uit aan koper gelieerde personen, niet ‘overwegend onafhankelijk te noemen’ is bij het bekrachtigen van bestuursbesluiten van de target aangaande de transactie. Bij een dergelijke samenstelling van de RvC worden eerder vraagtekens gezet bij de zorgvuldigheid van de besluitvorming.⁴⁰

22. Verder regelt art. 2:142/252 lid 3 BW mijns inziens ook (indirect) de onafhankelijkheid van commissarissen bij (onder meer) gewone vennootschappen. Op grond van dit artikel moet van de kandidaat-commissaris bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming onder andere worden medegedeeld (i) het bedrag van de door hem gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap, (ii) de betrekkingen die hij bekleedt of die hij heeft bekleed voor zover die van belang zijn voor de vervulling van zijn taak als commissaris en (iii) aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris is verbonden.

23. Uit bovenstaande bepalingen volgt dat de normstelling voor commissarissen ook een zekere onafhankelijkheid impliceert. Het is echter opvallend dat in geen van deze artikelen formele onafhankelijkheidsregels zijn opgenomen.

VI. Uiteenlopende behoeften ten aanzien van de inrichting van de RvC bij gewone vennootschappen

24. Naar mijn mening is het terecht dat er voor gewone vennootschappen geen bepalingen gelden die expliciet zien op de formele onafhankelijkheid van commissarissen. In dat kader is van belang op te merken dat het instellen van een RvC bij gewone vennootschappen – in tegenstelling tot beursvennootschappen en structuurvennootschappen – onverplicht is.

25. Verder is relevant dat de categorie ‘gewone vennootschappen’ uit een grote mengelmoeis van ondernemingen bestaat. Om dit brede spectrum aan ondernemingen te bedienen dient ons vennootschapsrecht flexibel te zijn ingericht.⁴¹ De gedachte is dat een flexibel vennootschapsrecht gemakkelijk kan inspelen op de (steeds sneller) veranderende maatschappelijke werkelijkheid⁴² en de uiteenlopende wensen van ondernemingen. Hieronder vallen ook de wensen ten aanzien van de inrichting van een eventuele RvC.

34. Zie in dat verband ook H.H. Kersten, *De onafhankelijke toezichthouder*, Ondernemingsrecht 2004/43.

35. Zie Kamerstukken II 1969/70, 10751, 3, p. 12 - 13. In 2014 heeft de Hoge Raad dit genuanceerd in het arrest *Cancun* (HR 4 april 2014, NJ 2014/286, ECLI:NL:HR:2014:797).

36. Vgl. HR 14 september 2007, NJ 2007/612, ECLI:NL:HR:2007:BA4887 (Versatel).

37. Zie art. 2:140/250 lid 5 BW.

38. Het enquêterechtelijk tegenstrijdig belang speelde voor het eerst in de Linders/Hofstee-beschikking (Gerechtshof Amsterdam 26 mei 1983, NJ 1984/481, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007). Zie hierover onder meer J.M. de Jongh, *Drie aspecten van tegenstrijdig belang*, Ondernemingsrecht 2019/68.

39. Gerechtshof Amsterdam 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 m.nt. C.D.J. Bulten.

40. Gerechtshof Amsterdam 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359, rov. 3.16, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee.

41. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/12.

42. Flexibiliteit betekent overigens niet noodzakelijkerwijs een vereenvoudiging van de regels: eenvoudige regels kunnen ook tot inflexibiliteit leiden.

26. Zo is een bestuur met weinig kennis en/of ervaring gebaat bij het instellen van een RvC die (voornamelijk) is samengesteld op basis van deskundigheid. Denk hierbij aan de situatie dat een familiebedrijf, waarbij geen externe investeerders betrokken zijn, door de vader wordt overgedragen aan zijn drie onervaren zoons. Deze zoons zullen tevens het bestuur van de onderneming vormen. In dat geval zal het bestuur behoefte hebben aan het advies en de kennis van een RvC, welke dan hoofdzakelijk zal fungeren als klankbord van het bestuur. Dat laat onverlet dat ook deze RvC een toezichthoudende taak heeft (en houdt) op grond van de wet. Wel is het in een dergelijke situatie aannemelijk dat de RvC bestaat uit leden die affiniteit hebben met de business van de onderneming en wellicht ook nauw betrokken zijn (geweest) bij deze onderneming. In dat geval prevaleert deskundigheid naar mijn mening boven onafhankelijkheid, maar dienen commissarissen zich wel te realiseren dat zij extra zorgvuldig besluiten dienen te nemen. Overigens zou je ook kunnen beargumenteren dat een (des)kundige commissaris iemand is die onafhankelijk en kritisch kan denken en opereren en derhalve onafhankelijkheid een onderdeel van deskundigheid is.

27. Er is ook een situatie denkbaar dat de leden van de RvC worden benoemd door bepaalde stakeholders die een groot financieel belang hebben in de vennootschap.⁴³ Zo komt het niet zelden voor dat een potentiële externe investeerder vertegenwoordigd wenst te zijn in de onderneming. Om aan deze wens van de investeerder tegemoet te komen kan een RvC worden ingesteld, waarbij in ieder geval één commissaris bindend wordt voorgedragen of rechtstreeks wordt benoemd door deze investeerder. De overige commissarissen worden dan voorgedragen of benoemd door andere stakeholders met een groot financieel belang in de vennootschap (e.g. de oprichter, de bank of een (groot)aandeelhouder). Hoewel deze commissarissen zich naar het vennootschappelijk belang dienen te richten, kan niet worden miskend dat zij een bijzondere positie innemen tegenover de stakeholder die hen heeft voorgedragen of benoemd. Dit geldt uiteraard eens te meer indien deze commissaris in dienst is van de betreffende stakeholder. Dit zal onder bepaalde omstandigheden met zich meebrengen dat deze commissaris zich dient te onthouden van beraadslaging en stemming binnen de RvC vanwege een tegenstrijdig belang.

28. Naar mijn mening is de waarde van een formeel onafhankelijke RvC in sterke mate afhankelijk van de aard van de samenwerking binnen de vennootschap.⁴⁴ Als sprake is van een vennootschap met veel aandeelhouders, dan zou de na-

druk bij de RvC moeten liggen op zijn rol als onafhankelijke toezichthouder. In het geval een vennootschap slechts een beperkt aantal aandeelhouders heeft, zoals doorgaans het geval is bij een familiebedrijf, dan zal over het algemeen meer waarde worden gehecht aan de adviserende rol en in het verlengde daarvan de deskundigheid van de RvC.

VII. Conclusie

29. Voor beursvennootschappen en vennootschappen die zijn onderworpen aan het structuurregime gelden specifieke regels die zien op de onafhankelijkheid van verplichte RvC's. Op vrijwillig ingestelde RvC's van gewone vennootschappen zijn dergelijke regels niet (rechtstreeks) van toepassing. Desalniettemin is het heersende standpunt dat ook de RvC bij gewone vennootschappen in voldoende mate onafhankelijk moet zijn. De vraag zou kunnen rijzen in hoeverre ook voor deze onverplichte RvC's meer formele onafhankelijkheidseisen zouden moeten worden vastgelegd.

30. Naar mijn mening kan 'echte' onafhankelijkheid, hetgeen inhoudt dat commissarissen zich onafhankelijk opstellen, slechts besloten liggen in (wettelijke) normen. Het staat voorop dat iedere commissaris zich bij de vervulling van zijn taak dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze wettelijke norm impliceert dat commissarissen hun taken op een onafhankelijke wijze dienen uit te voeren. Het is niet logisch onafhankelijkheidsnormen te concretiseren door meer formele onafhankelijkheidseisen in te voeren. Zo zou met het invoeren van dergelijke eisen onvoldoende rekening worden gehouden met de uiteenlopende (inrichtings)behoeften van gewone vennootschappen. Bovendien zouden meer formele eisen niet stroken met het streven naar vrijheid en flexibiliteit binnen het Nederlands vennootschapsrecht.

43. M.J. Brand en T.J.B.M. Postma, *De raad van commissarissen in het MKB: enkele dilemma's*, Goed Bestuur & Toezicht 2012/1.

44. Zie hierover ook C.A. Schwarz (2013), *Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuancering van aansprakelijkheid*, TvOB. Schwarz schrijft onder meer dat in de praktijk de (on)afhankelijkheid van commissarissen ten opzichte van het bestuur in hoge mate afhangt van de aard van de vennootschap.