

“Ik hoor u wel, maar luister niet...”: de raad van commissarissen en het executive committee bij de beursgenoteerde vennootschap

Ondernemingsrecht 2018/94

De invoering van een *executive committee* (“*exco*”) heeft ingrijpende gevolgen voor de bestuursstructuur van een beursgenoteerde vennootschap. De reden hiervan moet onder meer worden gezocht in het hybridische karakter van het *exco* en het daarmee verband houdende verlies van bestuursmacht. De toezichtstaak van de RvC wordt onder dergelijke omstandigheden complexer en omvangrijker. Zo zal de RvC intensief betrokken moeten zijn bij de beraadslagingen van het bestuur over het voornemen tot het instellen van een *exco*. Een dergelijke intensieve betrokkenheid van de RvC geldt ook voor de vaststelling van de *governance* van het *exco*. Meer in het algemeen zal de RvC er op moeten toezien dat het *exco* geen wezenlijke afbreuk doet aan de bestuursautonomie. Voor wat de *governance* van het *exco* betreft, geldt als uitgangspunt dat het bestuur intensief betrokken moet zijn bij de beraadslaging en besluitvorming van het *exco*. Ook voor een vennootschap die een *exco* toepast, geldt onverkort dat het bestuur de centrale gesprekspartner voor de RvC is in het kader van de uitoefening van zijn toezichtstaak. De bepalingen in de Nederlandse Corporate Governance Code over de plaats en de rol van de RvC in relatie tot de beursgenoteerde vennootschap met een *exco* lijken niet toereikend te zijn voor een adequate vervulling van de wettelijke toezichtstaak door de RvC. In deze bijdrage worden enkele suggesties gedaan voor de vormgeving van het toezicht door de RvC bij de beursgenoteerde vennootschap met een *exco*-structuur.

1. Inleiding

Het is niet overdreven om te stellen dat het *executive committee*, kortweg: “*exco*”, een vaste plaats verworven heeft bij Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen. Zo heeft inmiddels een ruime meerderheid van de aan Euro-next Amsterdam genoteerde vennootschappen een *exco* toegepast.² De reden voor het instellen van een *exco* moet

gezocht worden in het streven van beursgenoteerde ondernemingen naar verbetering van de kwaliteit van het ondernemingsbestuur op het terrein van efficiency en draagvlak.³ Aan dat doel lijkt het *exco* te beantwoorden, getuige de populariteit waarin dit bestuursmodel zich mag verheugen. Of het *exco* inmiddels als een rustig bezit beschouwd kan worden, valt te betwijfelen. Vanuit juridische hoek zijn de nodige vraagtekens geplaatst bij het *exco*, meer in het bijzonder ten aanzien van de plaats die het *exco* in de vennootschappelijke structuur van een Nederlandse beursgenoteerde onderneming zou moeten innemen en de rol die het *exco* daarin zou moeten spelen. Zo merkt Bulten op dat de precieze status van het *exco* bij gebrek aan een wettelijke en statutaire basis raadselachtig blijft en dat de precieze functie en taak van het *exco* onduidelijk is nu de rol van het *exco* per vennootschap verschilt.⁴ Ook in dit tijdschrift is de afgelopen tijd ruim aandacht besteed aan het *exco* en aan de juridische kanttekeningen die bij dit bestuursmodel geplaatst zouden moeten worden.⁵

In de literatuur wordt wel verondersteld dat het *exco* een concept is dat uit de Angelsaksische wereld is komen overwaaien.⁶ De juistheid van die veronderstelling kan naar ik meen, betwijfeld worden. Zo bestaat in België sinds lange tijd het *directiecomité* of *comité de direction* dat in de praktijk vorm heeft gekregen en sinds 2002 van een wettelijke grondslag is voorzien.⁷ Frankrijk kent een vergelijkbaar model. Franse beursgenoteerde ondernemingen hebben doorgaans een *direction générale* (ook wel *comité exécutif* genoemd) ingesteld. Evenals in België bestaat in Frankrijk voor de instelling van een dergelijk orgaan een wettelijke grondslag.⁸ Anders dan in Nederland het geval is, gaat het hierbij in deze landen wel degelijk om een rustig bezit. Over het bestaan of het bestaansrecht van het *directiecomité* of

1 Guus Kemperink is advocaat te Amsterdam. Het in de titel opgenomen citaat is afkomstig van W.F. Duisenberg (1935-2005), voorzitter van de Europese Centrale Bank (1998-2003). Duisenberg gebruikte deze woorden wanneer politici vraagtekens plaatsten bij het monetaire beleid van de ECB.

2 Zie hiertoe Ch.E. Honée, ‘De executive committee’, in: G. van Solinge e.a., *Nederland, het Delaware van Europa?*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 135, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 95-113, die becijfert dat gemiddeld 58% van de in Nederland beursgenoteerde ondernemingen een *exco* heeft ingesteld.

3 Zie in dit verband S.H.M.A. Dumoulin, ‘Het Executive Committee; over bestuur en toezicht, vennootschap en onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2017/63 (p. 363-375).

4 C.D.J. Bulten, ‘De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid (oratie Nijmegen 2013)’, *Ondernemingsrecht* 2014/94 (p. 469-478).

5 Zie hiertoe Ch.E. Honée, ‘Het executive committee, haken en ogen aan een nieuwe trend’, *Ondernemingsrecht* 2014/23 (p. 119-127), Honée 2016, Dumoulin 2017 en Ch.E. Honée, ‘Governance aspecten van het Executive Committee, en de vraag: waar staan zijn leden?’, *Ondernemingsrecht* 2018/21 (p. 125-134).

6 Bulten 2014, p. 476 en Honée 2016, p. 93 die spreekt over een typisch importproduct uit de Angelsaksische praktijk.

7 Artikel 542 bis Wet op de Vennootschappen. Zie hierover: Jacques Malherbe, Philippe Lambrecht & Philippe Malherbe, *Droit des Sociétés. Précis, Droit communautaire, Droit belge*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain, vol. 43, Bruxelles: Bruylant 2004, par. 933.

8 Article L. 225-51 Code comm. Zie in dit verband: Maurice Cozian, Alain Viandier & Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris: LexisNexis 2012, p. 343-346.

het *comité exécutif* bestaat geen discussie, hetgeen bevestigd wordt door het feit dat beide organen een plaats in de wet gevonden hebben.

In deze bijdrage zal ik ingaan op de vraag hoe het toezicht op beursgenoteerde vennootschappen die een exco hebben ingesteld, zou moeten worden vormgegeven. Daarbij zal ik als uitgangspunt nemen een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap met een *two-tier* structuur. Feitelijk gaat het dus om het toezicht van de raad van commissarissen op een beursgenoteerde vennootschap die een exco toepast. Ik zal in deze context ook kort aandacht besteden aan een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap met een *one-tier* structuur. Daarbij gaat het dus om het toezicht van de niet-uitvoerende bestuurders van een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap met een exco. Alvorens toe te komen aan het toezicht zal ik eerst stilstaan bij de structuur en de *governance* van het exco bij de Nederlandse beursgenoteerde vennootschap. Daarbij zal ik aandacht schenken aan de opmerkingen en kanttekeningen die vanuit juridisch perspectief gemaakt zijn op de positie en de rol van het exco. Deze problematiek zal ik mede in Europees perspectief plaatsen.

2. Grondlijnen van het exco

2.1 Een bestuursmodel in vele gedaanten

Het exco heeft in Nederland geen wettelijke basis. Het bestaan ervan is evenmin in de statuten van de vennootschap te vinden. Het exco wordt overigens ook niet beschouwd als een orgaan van de vennootschap.⁹ Honée omschrijft het exco als een in de praktijk gegroeid bestuursmodel.¹⁰ Veel gemeenschappelijke kenmerken heeft het exco niet. Exco's bestaan in vele vormen en schakeringen.¹¹ Een scheidslijn zou getrokken kunnen worden tussen (i) exco's die zijn samengesteld uit hogere leidinggevenden en losstaan van het bestuur van de vennootschap en aan deze laatste rapporteren; en (ii) exco's die de leiding over de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming voeren en die zijn samengesteld uit de leden van het bestuur van de vennootschap en (andere, niet-statutaire) hogere leidinggevenden.¹² Bij de exco's van de eerste categorie (waar het exco dus losstaat van het bestuur) gaat het doorgaans om een managementteam dat belast is met de uitvoering van (onderdelen van) het door het bestuur vastgestelde ondernemingsbeleid of om een zogenaamd *direct reports panel* dat het bestuur over bepaalde vraagstukken adviseert.¹³ De bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen meest gangbare vorm is het exco van de tweede categorie: een

bestuursmodel waarin hogere leidinggevenden samen met de leden van het bestuur de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming besturen.¹⁴ Deze in Nederland gangbare vorm van het exco is het uitgangspunt voor dit artikel.

Het lijkt erop dat dit meest gangbare bestuursmodel uiteindelijk een plaats gevonden heeft in de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 (hierna ook: "CGC"). Zo bepaalt de CGC dat onder executive committee moet worden verstaan een commissie die nauw betrokken is bij de besluitvorming van het bestuur en waar naast leden van het bestuur ook leden van het senior management deel uitmaken.¹⁵ Deze definitie roept enige vragen op. Zo is niet duidelijk welke leden van het bestuur deel uitmaken van het exco (alle leden of slechts enkele leden van het bestuur), in welke mate het *senior management* betrokken is bij de besluitvorming en besluitneming binnen het exco en welke bevoegdheden het senior management in dit kader heeft. Evenmin wordt uit de in de CGC opgenomen definitie duidelijk over welke onderwerpen het exco – in de context van de besluitvorming van het bestuur – mag beslissen. Getuige de inhoud van de in de CGC opgenomen *best practice* bepaling mag ervan worden uitgegaan dat het rudimentaire karakter van de definitie van het exco een bewuste keuze is geweest van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code.¹⁶ De CGC biedt daarmee de vennootschap – binnen het raamwerk van de structurele bestuurlijke samenwerking tussen leden van het bestuur en hogere leidinggevenden – de nodige vrijheid bij de inrichting van het exco.¹⁷ Bij de gebruikmaking van die vrijheid dient de vennootschap oog te hebben voor de gevolgen daarvan voor de *governance* van de vennootschap.¹⁸ Het exco is daarmee een bestuursmodel in brede krijtlijnen dat door het bestuur zelf verder kan worden ingericht en daarmee, al naargelang de eisen en wensen van het bestuur, verschillende gedaanten kan aannemen. Bovendien kan het exco tussentijds van gedaante wisselen of zelfs helemaal verdwijnen als het bestuur dat zou wensen. Het exco heeft in zekere zin iets ongrijpbaars.¹⁹

2.2 Het exco in de praktijk: over efficiency, flexibiliteit en draagvlak

Een exco brengt dynamiek in de besturing van de onderneming. De samenstelling en de taakopdracht van het exco kan eenvoudig op elk gewenst moment door het bestuur aangepast worden al naargelang de omstandigheden waarin de onderneming zich bevindt en de strategische pri-

9 Dumoulin 2017, p. 372.

10 Honée 2014, p. 119.

11 Dumoulin 2017, p. 364 en Honée 2014, p. 120. Ook de Monitoring Commissie Corporate Governance Code gaat ervan uit dat er geen blauwdruk bestaat voor de inrichting van het bestuursmodel van een vennootschap met een exco, nu dit afhankelijk is van de specifieke kenmerken van de vennootschap. Zie hiertoe: Rapport Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2012.

12 Dumoulin 2017, p. 364.

13 Zie in dit verband Dumoulin 2017, p. 364.

14 Honée 2014, p. 120 en Honée 2018, p. 132.

15 CGC, slotbepalingen, p. 45.

16 Zie in dit verband par. 3 e.v.

17 Zie in dit verband Honée 2018, p. 126 die aangeeft dat de betreffende *best practice* bepalingen uit de CGC enkele basisregels geven, maar geen strikt keurslijf.

18 Zie hiertoe BPB 2.1.3 waarover nader par. 3.

19 Zo kan het bestuur de taken en verantwoordelijkheden van het exco tussentijds wijzigen of besluiten het exco op te heffen. Zie hiertoe noot 20.

oriteiten die het bestuur stelt.²⁰ Met het exco worden korte lijnen gecreëerd tussen het bestuur en hogere leidinggeevenden. Doordat dergelijke hogere leidinggeevenden bij de besluitvorming van het exco betrokken zijn, kan opvolging en implementatie van de binnen het exco genomen besluiten snel plaatsvinden.²¹ Daarnaast wordt binnen de onderneming draagvlak voor de genomen besluiten gecreëerd nu de hogere leidinggeevenden bij de besluitvorming zijn betrokken.²² Verder wordt verondersteld dat hogere leidinggeevenden die deel uitmaken van een exco binnen de onderneming aan gezag zullen winnen.²³ De taken en bevoegdheden van het exco zullen verschillen al naargelang de structuur en de taakstelling van het exco die zullen afhangen van de doeleinden die het bestuur met de instelling van het exco voor ogen heeft gehad.²⁴ Veelal zal het daarbij gaan om zaken als ondernemingsstrategie, zorg voor de algemene zaken in de onderneming, financiering van de onderneming, risicomanagement en risicobeheersing, resultatenontwikkeling, het bepalen, implementeren en bereiken van de (operationele en financiële) ondernemingsdoelstellingen, voorbereiding van de jaarrekening, het budget en belangrijke investeringen, naleving van wet- en regelgeving en de relevante maatschappelijke aspecten van het ondernemen.²⁵ Hierbij gaat het dus om het bestuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming in brede zin.²⁶ De voordelen die het exco biedt, worden geacht voornamelijk operationeel van aard te zijn.²⁷

Het exco is een bestuursmodel met een gering aantal (statutaire) bestuurders (doorgaans twee of drie, meer in het bijzonder de CEO en de CFO) en met een substantieel aantal hogere leidinggeevenden. Exco's van AEX-vennootschappen kennen gemiddeld negen tot tien leden.²⁸ De gedachte is dat met de bepalende en doorslaggevende invloed van de bestuurders (doorgaans de CEO en de CFO) op de samenstelling, de bevoegdheden en de besluitvorming van een breed samengesteld exco, efficiënt en in dynamisch teamverband kan worden samengewerkt, waarbij, al naargelang de aard van het onderwerp en de begeleidende omstandigheden,

sommige leden van het exco een sterkere betrokkenheid bij de besluitvoorbereiding en de besluitvorming zullen hebben dan anderen.²⁹ Daarmee dringt zich de vraag op of een dergelijke efficiënte en dynamische aansturing van de onderneming niet eveneens binnen het wettelijke bestuursmodel gerealiseerd zou kunnen worden. Er is inderdaad aanleiding om te veronderstellen dat dit het geval is. Zo heeft het aan Amsterdam Euronext genoteerde KPN geen exco ingesteld en werkt KPN met een raad van bestuur als bestuursmodel. Dat is een bewuste keuze. Eelco Blok, tot voor kort topman bij KPN, zei daar onlangs bij een terugblik op zijn carrière bij KPN het volgende over:

“...En dan is er nog iets wat ik mij in de laatste fase heb gerealiseerd: het helpt enorm als de financiële wereld ziet dat er een team staat dat ook als team werkt, in plaats van enkel een CEO en CFO.”

En op de vraag of dit de reden is dat KPN geen tweekoppige leiding kent zoals bij veel AEX-vennootschappen gebruikelijk is:

“We hebben een volwaardige raad van bestuur en geen executive board met twee bestuurders erboven. Dat is daarom.”³⁰

De gedachte die uit de woorden van Blok naar voren komt, is dat pas werkelijk van teamwork sprake kan zijn wanneer alle leden van het management op gelijkwaardige basis in de besluitvorming participeren, althans kunnen participeren. Aan die voorwaarde lijkt in het bestuursmodel van het exco niet volledig voldaan te worden. De hogere leidinggeevenden binnen het exco zijn immers ondergeschikt aan de leden van het bestuur die in het exco plaatshebben.³¹ Zo kan het bestuur op ieder door hem gewenst moment de samenstelling van het bestuur van het exco wijzigen en het lidmaatschap van het exco ten aanzien van sommige hogere leidinggeevenden beëindigen, met alle gevolgen voor de positie en de reputatie van het betrokken exco-lid binnen de onderneming. Daarnaast kunnen de leden van het bestuur de opvattingen van de hogere leidinggeevenden binnen het exco eenvoudigweg passeren en besluiten om niet mee te werken aan de door deze (niet-statutaire) leden voorgestelde besluitvorming. In een dergelijk geval komt geen besluit van het exco tot stand.³² Het is dan ook niet realistisch te veronderstellen dat binnen het exco sprake is van een gelijkwaardige participatiegraad tussen de leden, hetgeen ge-

20 Aldus Honée 2014, p. 125. Zie verder Dumoulin 2017, p. 364 die er op wijst dat door leidinggeevenden die geen bestuursverantwoordelijkheid behoeven te dragen, in een executive committee op te nemen aan snelheid en slagkracht wordt gewonnen omdat benoeming en ontslag alsdan geschieden door het bestuur op het daartoe aangewezen moment.

21 Honée 2014, p. 126.

22 Honée 2014, p. 126. Aldus eveneens Dumoulin 2017, p. 364, die er op wijst dat een groter draagvlak kan bijdragen aan een snelle uitvoering van de genomen besluiten.

23 Aldus Dumoulin 2017, p. 364.

24 Zie verder Dumoulin 2017, p. 365.

25 Dumoulin 2017, p. 365 en Honée 2014, p. 120.

26 Zie in dit verband Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/390, waarin wordt aangegeven dat bestuur in ruimere zin moet worden opgevat en dat dit onder meer omvat beleidsvoorbereiding, mede op langere termijn bezien, beleidsbepaling en uitvoering.

27 Honée 2014, p. 126.

28 Zie hiertoe Honée 2014, p. 119 en Dumoulin 2017, p. 365 en p. 369, beiden met verwijzing naar: Onderzoek van het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen en Erasmus Universiteit Rotterdam, uitgevoerd door J. Biesheuvel-Hoitinga & A.A. Bootsma, *De samenstelling en het functioneren van de raad van commissarissen in het boekjaar 2011 alsmede het verslag van de raad van commissarissen*, oktober 2012.

29 Zie in dit verband Dumoulin 2017, p. 369-371.

30 ‘Elke keer las ik in de krant dat mijn laatste uur had geslagen’. Interview Eelco Blok. *Het Financieele Dagblad* 14 april 2018, p. 7. In het citaat van Blok moet overigens een fout zijn geslopen. Naar ik aanneem bedoelt Blok te zeggen: “...executive committee met twee bestuurders erboven...”.

31 Zo merkt Dumoulin op dat het bestuur het executive committee beheerst nu het executive committee de facto en de iure gecontroleerd wordt door het bestuur. Zie hiertoe Dumoulin 2017, p. 368-369.

32 Exco-reglementen bevatten doorgaans de bepaling dat voor de geldigheid van een besluit van het exco de meerderheid van de (statutaire) bestuurders voor het besluit dient te stemmen. Zie Dumoulin 2017, p. 366 en Honée 2014, p. 121.

acht moet worden een voorwaarde te zijn voor het creëren van een werkelijke teamgeest. In ieder geval lijkt het erop dat in de praktijk over de wenselijkheid en de doelmatigheid van het exco verschillend wordt gedacht. Dat laatste neemt echter niet weg dat veel AEX-vennootschappen een exco hebben ingesteld.³³

2.3 Kantekeningen bij het exco vanuit juridisch perspectief

In de literatuur is door verscheidene auteurs aandacht gevraagd voor de besluitvorming binnen het exco.³⁴ Voorschriften ten aanzien van de besluitvorming van het exco zijn vastgelegd in een reglement dat door het bestuur is vastgesteld.³⁵ Daarin is doorgaans de bepaling opgenomen dat besluiten van het exco geacht moeten worden besluiten van het bestuur te zijn.³⁶ Verder geldt in een dergelijk reglement meestal als voorwaarde dat een exco-besluit genomen moet worden met gewone meerderheid van stemmen waaronder in ieder geval de positieve stem van de meerderheid van de (statutaire) bestuurders (soms met als aanvullende voorwaarde de positieve stem van de CEO).³⁷ Zo geldt dat voor een besluit van het exco de meerderheid van alle leden van het exco vereist is met als aanvullende voorwaarde een bij meerderheid genomen positief besluit van de (statutaire) bestuurders.³⁸ Wanneer aan deze twee voorwaarden is voldaan, is een rechtsgeldig exco-besluit tot stand gekomen dat aan het bestuur moet worden toegerekend. Met de totstandkoming van een geldig exco-besluit is tevens een geldig bestuursbesluit tot stand gekomen.³⁹ Wanneer de meerderheid van de exco-leden echter niet bereid is een bepaald besluit te nemen, kan een dergelijk besluit niet tot stand komen, ook al zouden de bestuurders voorstanders zijn van een dergelijk besluit. In een dergelijke situatie kunnen de bestuurders echter besluiten om een dergelijk besluit buiten het exco te nemen.⁴⁰ In dat geval is rechtstreeks een (dienovereenkomstig) bestuursbesluit tot stand gekomen. Van toerekening is dan geen sprake.

Het exco heeft in verscheidene opzichten een hybridisch karakter. Zo is het samengesteld uit twee categorieën functionarissen: statutaire bestuurders en niet-statutaire bestuurders (hogere leidinggevend). Daarnaast bestaat de besluitvorming binnen het exco uit twee componenten: een (bij meerderheid genomen) besluit van alle exco-leden; en een (bij meerderheid genomen) besluit van de in de exco vertegenwoordigde (statutaire) bestuurders.⁴¹ Met name het hybride karakter van de besluitvorming is bijzonder. Om tot een geldig exco-besluit te komen, moeten feitelijk twee besluiten

genomen worden. De vraag die zich doet stellen, is hoe deze twee besluiten zich tot elkaar verhouden. De grondgedachte van het exco is dat zo veel mogelijk samenvallend plaatsvindt tussen het statutaire bestuur en het exco.⁴² Er mag dus van worden uitgegaan dat deze beide besluiten binnen het kader van het exco genomen moeten worden en dat deze besluiten zo veel mogelijk zouden moeten samenvallen. Niet goed denkbaar is dat nadat alle exco-leden bij meerderheid een besluit genomen hebben, de (statutaire) bestuurders daarna apart bijeen zouden komen en op basis van het besluit van de exco-leden een positief besluit zouden nemen. Daarmee zou het besluit van de bestuurders het karakter van een goedkeuringsbesluit aannemen. Voor een goedkeuringsbesluit is reeds hierom geen plaats, nu er geen vennootschappelijk besluit voorligt dat aan goedkeuring onderworpen zou kunnen worden.⁴³ Daarnaast zou een dergelijke kwalificatie tot uitdrukking brengen dat het bestuur feitelijk afstand heeft gedaan van zijn taken en verantwoordelijkheden op het gebied van besluitvorming en besluitneming en zijn bestuurstaak zou hebben overgedragen aan het exco.⁴⁴ In het besluit van de meerderheid van de exco-leden zal dus het positieve besluit van de meerderheid van de (statutaire) bestuurders besloten moeten liggen. In het meest gunstige geval komen met een besluit van het exco twee besluiten tot stand: een besluit van de exco-leden en een besluit van de statutaire bestuurders. Noch het aldus door de exco-leden genomen besluit, noch het door de (statutaire) bestuurders genomen besluit is een vennootschappelijk besluit. Het in het exco-besluit besloten liggende besluit van de (statutaire) bestuurders wordt echter aan het statutaire bestuur van de vennootschap toegerekend, waarmee geacht wordt een vennootschappelijk besluit tot stand te zijn gekomen.⁴⁵ Toerekening (aan het statutaire bestuur) vindt plaats doordat de meerderheid van de in het exco vertegenwoordigde (statutaire) bestuurders instemt met het bij meerderheid van alle exco-leden genomen besluit.⁴⁶ Anders gezegd: een geldig genomen exco-besluit *triggert* een (gelijkaardig) besluit van het (statutaire) bestuur. Daaruit volgt dat het (statutaire) bestuur de volle verantwoordelijk-

33 Volgens het eerdergenoemde in noot 28 genoemde onderzoek (stand 2011) had 45% van de AEX-vennootschappen een exco ingesteld.

34 Ik verwijs in dit verband naar Honée 2014, Honée 2018, Dumoulin 2017 en Bulten 2014.

35 Honée 2014, p. 121.

36 Honée 2014, p. 121.

37 Zie hiertoe Honée 2014, p. 121.

38 Honée 2018, p. 129.

39 Zie hiertoe Honée 2014, p. 121 en Honée 2018, p. 129.

40 Honée 2018, p. 129.

41 Zie Honée 2018, p. 134.

42 Zie hiertoe Honée 2018, p. 134.

43 In dit verband kan er nog op gewezen worden dat het exco geacht wordt geen orgaan te zijn en daarmee ook niet zelfstandig (vennootschappelijke) besluiten kan nemen. Zie in dit verband Dumoulin 2017, p. 372. Dumoulin stelt naar ik meen terecht dat het exco geen orgaan van de vennootschap is en dat zijn besluiten niet gelden als een besluit van de vennootschap.

44 Een delegatie van de bestuurstaak aan een ander orgaan moet geacht worden in strijd te zijn met het Nederlandse wettelijke stelsel. Zie Honée 2016, p. 105. Zie voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/414, die meent dat de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid voor bestuurshandelingen berust in het systeem van de wet bij het functionerende bestuur. Zie verder noot 68.

45 Aldus Honée 2018, p. 129. Anders: Dumoulin 2017, p. 368, die uit de samenvallend van rechtsmomenten afleidt dat besluitvorming van het exco in juridische zin tevens besluitvorming van het bestuur is. Deze gedachte is naar ik meen minder juist, nu de beraadslaging, besluitvorming en besluitneming geacht moeten worden door *alle* leden van het exco verricht te zijn en het positieve besluit van de meerderheid van de (statutaire) bestuurders binnen het exco op zich niet tot een geldig exco-besluit leidt. Daarnaast is in exco-reglementen veelal opgenomen dat een besluit van het exco beschouwd moet worden als een besluit genomen is door het statutaire bestuur. Zie Honée 2014, p. 121. Deze woordkeuze duidt er evenmin op dat er tegelijkertijd met het positieve besluit van de statutaire bestuurders een besluit van het statutaire bestuur tot stand zou zijn gekomen.

46 Honée 2014, p. 121.

heid draagt voor de inhoud en voor de gevolgen van het in de context van het exco door de meerderheid van de exco-leden en de meerderheid van de statutaire bestuurders genomen besluit.⁴⁷

Het besluit van het statutaire bestuur is een resultante van de beraadslaging en de besluitvorming van hogere leidinggevend en bestuurders die zich in het exco verenigd hebben. Niet is op voorhand duidelijk hoe de beraadslaging en de besluitvorming door het statutaire bestuur in deze context heeft plaatsgevonden. Deze is ingebed in het bredere kader van de beraadslaging en besluitvorming binnen het exco. Hoe die inbedding van de beraadslaging en besluitvorming van de statutaire bestuurders binnen dit kader moet plaatsvinden, is niet duidelijk. In ieder geval worden in dit opzicht geen eisen gesteld. Men kan zich afvragen of binnen de structuur van het exco nog wel een collegiale verhouding kan bestaan tussen de statutaire bestuurders die voldoende ruimte biedt voor inhoudelijke beraadslaging, deugdelijke belangenafweging en inhoudelijke besluitvorming. Het lijkt erop dat de beraadslaging en besluitvorming van de statutaire bestuurders versmolten is met de beraadslaging en besluitvorming van de hogere (niet-statutaire) leidinggevend en bestuurders binnen het exco. De bestuurlijke besluitvorming is daarmee niet meer het exclusieve domein van het statutaire bestuur. Een dergelijke situatie is moeilijk verenigbaar met de in artikel 2:129 BW vastgelegde bestuursopdracht aan het statutaire bestuur. De bestuursopdracht kan immers niet door het bestuur aan andere organen binnen de vennootschap worden gedelegeerd.⁴⁸ Daarbij moet in aanmerking genomen worden dat de besluitvorming uitsluitend nog binnen het exco dient plaats te vinden en het statutaire bestuur geen afzonderlijke besluiten meer neemt.⁴⁹ De gevolgen van het binnen het exco geldende besluitvormingsmechanisme zijn aanzienlijk, temeer nu aan het exco doorgaans een brede bestuurlijke taakopdracht is toegekend.⁵⁰ Hier zal men misschien tegenover willen stellen dat het daarbij goeddeels om procedurele bezwaren gaat, nu de statutaire bestuurders wel degelijk inhoudelijk betrokken zijn geweest bij de beraadslaging en besluitvorming binnen het exco en de meerderheid van de statutaire bestuurders met het voorgestelde exco-besluit heeft ingestemd. Daar staat echter tegenover dat geen duidelijkheid bestaat over de mate en intensiteit van de betrokkenheid van de statutaire bestuurders bij de beraadslagingen en de besluitvorming binnen het exco. Zijn de statutaire bestuurders bijvoorbeeld bij het hele besluitvormingstraject betrokken geweest? Of hebben zij dat traject goeddeels aan de (niet-statutaire) hogere leidinggevend en overgelaten en heeft de betrokkenheid van de (statutaire) bestuurders zich voornamelijk beperkt tot het kennismaken van de conclusies van de beraadslagingen van de (niet-statutaire) leidinggevend en en het instemmen met het (voorliggende) exco-besluit?

Verder is het aannemelijk om te veronderstellen dat binnen het exco naar consensus gestreefd zal worden.⁵¹ De (statutaire) bestuurders zullen dus rekening moeten houden met de inbreng van de (niet-statutaire) hogere leidinggevend en bij de beraadslaging en de besluitvorming van het exco en zij zullen hun participatie in het exco daarop afstemmen. Honée meent dat door het streven naar consensus de inbreng van de niet-statutaire leden van het exco gelijkwaardig is aan de inbreng van de statutaire leden.⁵² Deze conclusie zou ik niet willen onderschrijven, nu de niet-statutaire leden van het exco uiteindelijk een ondergeschikte positie innemen ten opzichte van de statutaire leden.⁵³ Desalniettemin moet ervan uitgegaan worden dat de statutaire leden binnen het kader van het in het exco toegepaste consensusmodel een deel van hun wettelijk verankerde bestuursmacht hebben prijsgegeven.⁵⁴ Dumoulin merkt hierbij op dat het exco niet belast is met het besturen van de vennootschap in de zin van Boek 2 BW, maar uitsluitend belast is met het leiden van de door de vennootschap gedreven onderneming.⁵⁵ Daarmee zou dus geen sprake zijn van het prijsgeven van bestuursmacht door statutaire bestuurders binnen het exco. Met Honée plaats ik vraagtekens bij dit betoog van Dumoulin dat uitgaat van een dichotomie in het bestuur, te weten het bestuur van de vennootschap en het bestuur van de door de vennootschap gedreven onderneming.⁵⁶ Het bestuur van de vennootschap is een meeromvattend begrip dat mede bepaald wordt door de aard en doelstellingen van de onderneming.⁵⁷ De gemene deler van het besturen van een rechtspersoon is het leiden van de rechtspersoon. In sommige gevallen is dat niet meer dan een beheerfunctie. In andere gevallen betreft het bestuur de dagelijkse leiding, de verantwoordelijkheid voor de strategie en uitvoering daarvan als ondernemer.⁵⁸ Het mag duidelijk zijn dat het exco juist toepassing vindt bij rechts-

47 Zie in dit verband Honée 2018, p. 130 en Dumoulin 2017, p. 369.

48 Zie noot 44 en noot 68.

49 Honée 2018, p. 130.

50 Zie par. 2.2.

51 Zie hiertoe Honée 2018, p. 130, die aangeeft dat binnen het exco de statutaire bestuurders zich zullen onderwerpen aan de bredere dynamiek voor het verkrijgen van consensus.

52 Honée 2018, p. 130.

53 In een exco-structuur kunnen de statutaire bestuurders per slot van rekening altijd hun wil doorzetten nu de andere leden van het exco aan hen ondergeschikt zijn. Zie verder par. 2.2.

54 Zie ook Honée 2018, p. 130. Naar ik begrijp manifesteert zich volgens Honée het verlies aan bestuursmacht zich door het binnen de context van het consensusmodel doen van grotere concessies dan binnen de context van het aan het statutair bestuur ten grondslag liggende collegialiteitsmodel nodig of wenselijk is.

55 Dumoulin 2017, p. 367.

56 Zie in dit verband Honée 2018, p. 217-218.

57 Zie hiertoe Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/189.

58 Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/189. Zie P. Van Schilfgarde e.a., *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 180, waarin wordt gesteld dat het bestuur het centrale punt binnen de vennootschap en de door haar gedreven onderneming behoort te zijn voor alle beleidsvoorbereidende, -vaststellende en -uitvoerende aspecten. Tot slot kan nog verwezen worden naar het Duitse *Aktienrecht* waar de bestuurstaak van de *Vorstand* krachtens par. 77 *Aktiengesetz* als *Gesamtgeschäftsführung* beschouwd wordt: "*Gesamtgeschäftsführung ist jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für AG als herausgeschobener Teilbereich aber auch jede Einzelmaßnahme, die Vorstand intern (...) oder gegenüber Dritten (...) trifft.*" Aldus Uwe Hüffer *Aktiengesetz*, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53, München: Verlag C.H. Beck 2012 Par. 77 Rn 3. Zie verder in dezelfde zin Holger Fleischer, *Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 24. Jahrgang, Heft 1, 3. Januar 2003, S.1 - 11.

personen die een onderneming in stand houden en daarmee als ondernemer opereren.

Een juridische discussie over de plaats en de rol van het exco binnen de vennootschap, zoals die in Nederland gevoerd wordt, heeft zich bij mijn weten in andere landen niet voorgedaan. Daarbij geldt dat in landen als Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en België het exco is ingebed in een one-tier board structuur. In Frankrijk is de *conseil d'administration* belast met het uitzetten van de strategische lijnen van de vennootschap en houdt hij toezicht op de verwezenlijking van de strategie en de gang van zaken binnen de vennootschap, dit met inachtneming van het vennootschappelijk belang.⁵⁹ De leiding van de onderneming valt toe aan de *directeur-général*. Deze functie wordt in beginsel uitgeoefend door de voorzitter van de conseil d'administration.⁶⁰ De directeur-général is in de meest ruime zin belast met de dagelijkse leiding van de door de vennootschap gedreven onderneming en is uit dien hoofde bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.⁶¹ Hij kan zich laten bijstaan door andere bestuurders (*administrateurs*). Samen vormen zij dan de *directon générale* (of *comité exécutif*).⁶² De statuten van de vennootschap kunnen voorzien in een beperking van de bevoegdheden van de directeur-général door bepaalde categorieën van bestuursbesluiten te onderwerpen aan goedkeuring van de conseil d'administration. Indien een *société anonyme* in plaats van een conseil d'administration een duale bestuursstructuur toepast met een *directoire* en een *conseil de surveillance*, is delegatie van de bestuursbevoegdheid, zoals die bij de conseil d'administration toepassing vindt, niet mogelijk.⁶³ De conseil d'administration is dus niet zozeer het feitelijke bestuursorgaan van de *société anonyme*, alswel het orgaan dat het strategisch kader vaststelt waarbinnen de vennootschap opereert en dat toezicht houdt op de uitvoering van de strategie en de algemene gang van zaken binnen de onderneming. De rol en functie van de conseil d'administration stemt daarmee in grote lijnen overeen met die van de *board* van een *public limited company* in het Verenigd Koninkrijk. Zo bepaalt de *UK Corporate Governance Code* dat de *board* verantwoordelijk is voor het succes van de vennootschap op de lange termijn.⁶⁴ Zoals dat ook bij de conseil d'administration het geval is, zet de *board* de strategische lijnen uit en houdt hij toezicht op de prestaties van het management in de context van de vastgestelde strategische doelen.⁶⁵ Honée spreekt

in dit verband van een *monitoring board*.⁶⁶ Deze kwalificatie moet eveneens van toepassing geacht worden op de conseil d'administration. Inherent aan het systeem van een *monitoring board* is dat deze niet zelf de bestuursbevoegdheden uitoefent maar deze delegeert.⁶⁷

Er wordt wel gesteld dat de oorzaak van de juridische discussie rond het exco gezocht moet worden in de omstandigheid dat in Nederland, in tegenstelling tot het Verenigd Koninkrijk, de bestuurstaak exclusief aan het bestuur is voorbehouden en niet kan worden overgedragen aan personen buiten het bestuur.⁶⁸ Deze argumentatie gaat er naar ik meen ten onrechte van uit dat de board (zoals overigens ook de conseil d'administration) een met het bestuur belast orgaan zou zijn dat op zijn beurt gemachtigd zou zijn om de aan hem toevertrouwde bestuurstaak aan een ander orgaan (buiten de board) over te dragen. Dat is naar ik meen niet het geval. Noch de board, noch de conseil d'administration, zijn zelf, gezien de aard en functie van een monitoring board, toegerust om de feitelijke bestuurstaak uit te oefenen. Deze taak moet dus aan een ander college (executive committee of direction générale) overgelaten worden.⁶⁹ In Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk is het aan het met het bestuur van de vennootschap belaste orgaan evenmin toegestaan om de bestuursbevoegdheden aan een ander orgaan op te dragen. In Frankrijk is dit ook uitdrukkelijk zo in de wet opgenomen.⁷⁰ In dit opzicht is er dus geen verschil met de situatie in Nederland. Noch in het Verenigd Koninkrijk, noch in Frankrijk wordt met de instelling van een executive committee of een direction générale deze rechtsregel geschonden. Zoals hiervoor uiteengezet, lijkt dit in Nederland wel het geval te zijn, nu het bestuur van de vennootschap bij zijn besluit tot het instellen van een exco de bestuurstaak gedeeltelijk in handen legt van niet-statutaire bestuurders (de hogere leidinggevendenden binnen het exco).⁷¹ In Duitsland geldt overigens voor de *Aktiengesellschaft* de verplichte toepassing van de duale bestuursstructuur, bestaande uit *Vorstand* en *Aufsichtsrat*.⁷² Delegatie of overdracht van de bestuurstaak aan anderen dan leden van de Vorstand is uitdrukkelijk uitgesloten.⁷³ De bestuurstaak wordt bij de *Aktiengesellschaft*

59 Article L 225-35 Code comm.

60 Article L 225-51 Code comm.

61 Article L 225-56-1 Code comm.

62 Zie als voorbeeld de governance van Total SA: "Le comité exécutif: une instance de direction des activités de Total. Le comex met en œuvre les orientations stratégiques définies par le conseil d'administration. Il autorise les investissements, sous réserve de l'accord du conseil d'administration pour les investissements qui excèdent 3% des fonds propres (...)." Zie hiertoe www.total.com.

63 Article L 225-57 Code comm. De gedachte hierachter is dat in de duale structuur de *directoire* de rol van *direction générale* uit de enkelvoudige (one-tier) structuur vervult. Zie hiertoe Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *Droit de sociétés*, Paris: LexisNexis 2012, p. 369: "...le statut des membres du directoire étant calqué sur celui du directeur général et le statut des membres du conseil de surveillance sur celui des administrateurs."

64 Main principle 1.A UK Corporate Governance Code 2018.

65 Main principle 1.C UK Corporate Governance Code 2018.

66 Honée 2016, p. 98.

67 Honée 2016, p. 98.

68 Zie hiertoe Honée 2016, p. 104-105. Zie voorts over de onoverdraagbaarheid van de bestuurstaak: Assink/Slagter 2013 (deel 1), par. 51, p. 903 waarin er op wordt gewezen dat de taakopdracht niet aan een ander orgaan kan worden opgedragen, als gevolg waarvan deze bestuurlijke opdracht fundamenteel wordt aangetast.

69 In dit opzicht kan verwezen worden naar Honée die stelt dat aan het systeem van een *monitoring board* inherent is dat de bestuursbevoegdheden door de *board* worden gedelegeerd. Zie hiertoe Honée 2016.

70 Zie noot 63.

71 Zie par. 2.3.

72 Par. 76 en 95 *Aktiengesetz*. Zie verder Hüffer 2012, Par. 95 Rn 1: *AR ist notwendiges Organ der AG (...) und muss auch so bezeichnet sein*.

73 Zie Hüffer 2012, Par. 77 Rn 5: "*Geschäftsführungsbefugnis liegt auch nur beim Vorstand. Sog. Bereichsvorständen, die ungeachtet des Titels leitende Angestellte sind, können organschaftliche Aufgaben nicht übertragen werden (...)*." Delegatie van de bestuurstaak kan echter op deelterreinen door de Vorstand aan individuele leden van de Vorstand plaatsvinden, hetgeen de Vorstand niet ontslaat van haar algehele verantwoordelijkheid (*Gesamtverantwortung*) van de algehele bestuurstaak (*Gesamtleitung*) op grond van Par. 76 I *Aktiengesetz*. Zie hiertoe Hüffer 2012, Par. 77 Rn 14 en 18.

door een grote en breed samengestelde Vorstand uitgeoefend waarbij de individuele leden van de Vorstand, naast hun verantwoordelijkheid voor de algehele leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, verantwoordelijk zijn voor specifieke deelgebieden van de bestuurstaak. Een executive committee komt voor zover ik heb kunnen nagaan bij Duitse beursgenoteerde vennootschappen niet voor. Zo kent geen van de in de *Deutscher Aktienindex* opgenomen vennootschappen een executive committee.⁷⁴

Het ligt daarmee op het eerste gezicht voor de hand om te veronderstellen dat de instelling van een exco in de Nederlandse context minder bezwarend is wanneer dit plaats zou vinden binnen een one-tier structuur met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. In die situatie zijn de niet-uitvoerende bestuurders betrokken bij het instellen en het inrichten van het exco. De betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders loopt daarbij in beginsel langs twee lijnen. Het instellen van een exco zal beschouwd moeten worden als een besluit dat behoort tot het vennootschappelijk beleid op hoofdlijnen waarvoor uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders gelijkkelijk verantwoordelijkheid dragen.⁷⁵ Voor zover de uitvoerende bestuurders daarin een specifieke rol zouden vervullen, bijvoorbeeld bij de structurering van het exco, geldt de betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders op grond van het toezicht dat zij op grond van artikel 2:129 lid 1 BW op de uitvoerende bestuurders uitoefenen. Bij de toepassing van een exco bij een beursgenoteerde vennootschap met een one-tier board is betrokkenheid van de met het toezicht op de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming belaste functionarissen dus verzekerd, dit in tegenstelling tot de situatie bij een beursgenoteerde vennootschap met een two tier-board. Daarbij geldt echter dat, net zoals dat bij de two tier-board het geval is, de bestuurstaak bij de one-tier board exclusief aan het bestuur is opgedragen.⁷⁶ Het bestuur van een Nederlandse naamloze vennootschap met een

one-tier board heeft niet het karakter van een *monitoring board*, dit in tegenstelling tot de Franse SA (met een *conseil d'administration*) en de Britse PLC (met een *executive board*). De toepassing van een exco bij een Nederlandse vennootschap met een one-tier board kent daarmee op grond van de daarmee verband houdende gedeeltelijke delegatie van de bestuurstaak tot op zekere hoogte dezelfde bezwaren als de toepassing van een exco bij een Nederlandse vennootschap met een two tier-board.

3. Toezicht door de raad van commissarissen in de context van het exco

Vooropgesteld mag worden dat de bestuursstructuur van een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap, voor zover daarbij in een exco wordt voorzien, in de Europese context in zekere zin een uitzonderingspositie inneemt. De Nederlandse structuur voorziet in het kader van de instelling van het exco in een gedeeltelijke overdracht van de bestuurstaak door het bestuur aan derden, te weten personen die in dienst zijn van de vennootschap en met leidinggevende bevoegdheden bekleed zijn. In de ons omringende landen vindt de overdracht van bestuursbevoegdheden in het kader van het exco plaats door een orgaan dat in belangrijke mate met toezichthoudende bevoegdheden is bekleed (in het Verenigd Koninkrijk de board en in Frankrijk de *conseil d'administration*) aan een ander orgaan (in het Verenigd Koninkrijk het executive committee en in Frankrijk de *direction générale* of het *comité exécutif*). Gehele of gedeeltelijke overdracht van de bestuurstaak door dat laatstgenoemde bestuursorgaan aan een ander orgaan is in Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk niet toegestaan, zoals dat overigens ook in Nederland het geval is. Het verschil met deze andere landen lijkt daarmee te liggen in de omstandigheid dat in Nederland de instelling van een exco naar wettelijke maatstaven zonder betrokkenheid van het toezichthoudend orgaan (in Nederland: de RvC) kan plaatsvinden.

De RvC van een beursgenoteerde vennootschap met een exco wordt hiermee in een moeilijke positie geplaatst. Hij komt namelijk te staan voor een door het bestuur geïnitieerde en tot stand gebrachte bestuursstructuur die erin voorziet dat de bestuurstaak gedeeld wordt met hogere leidinggevendenden binnen de vennootschap die geen deel uitmaken van het (statutaire) bestuur. De in dat kader aan de hogere leidinggevendenden over te dragen bestuursbevoegdheden liggen (mede) op het terrein van beraadslaging en besluitneming.⁷⁷ Daarbij geldt dat de besluitvorming en de besluitneming van de leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming nagenoeg uitsluitend nog in het exco plaatsvindt. Verder zal de RvC zich er rekenschap van moeten geven dat de gedeeltelijke overdracht van bestuursbevoegdheden door het bestuur aan (niet-statutaire) hogere leidinggevendenden tegen de achtergrond van de instelling van het exco, waar deze bevoegdheden raken aan de bestuurlijke besluitvorming, geacht moet worden in strijd te zijn met de

74 Ik verwijs naar het door mij in juni 2018 uitgevoerde onderzoek naar de dertig in de DAX-index van Deutsche Börse AG opgenomen vennootschappen. Daarbij heb ik mij gebaseerd op de informatie over bestuur en corporate governance zoals deze te vinden is op de websites van de betreffende vennootschappen. In enkele uitzonderlijke gevallen is overigens sprake van toekenning van een specifiek onderdeel van de bestuurstaak aan een commissie die onder meer bestaat uit enkele leden van de *Vorstand*.

Zo kent Bayer AG een *board committee* waarin drie leden van de *Vorstand* zijn opgenomen en dat een adviserende taak heeft en in individuele gevallen beslissingsbevoegdheid toekomt. Verder kennen BASF SE en Deutsche Telekom AG een *deal committee*, respectievelijk een *Ausschuss für Unternehmungstransaktionen* dat – binnen bepaalde financiële grenzen – transacties namens de vennootschap tot stand kan brengen. Tot slot heeft BMW AG zogenaamde *Vorstandsausschüsse* die een adviserende en beleidsvoorbereidende rol vervullen. Vergelijkbaar daarmee zijn de zogenaamde *Fachausschüsse* die Deutsche Börse AG kent en die ondergeschikt aan de *Vorstand* zijn.

75 Zie Assink/Slagter 2013 (Deel 1), par. 53, p. 1204 die er op wijst dat het initiëren van het vennootschappelijk beleid en het ondernemingsbeleid op hoofdlijnen, in lijn met de uitgezette en tussentijds te herijken strategie, onder de gedeeltelijke verantwoordelijkheid van de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders valt.

76 Zo brengt artikel 2:129a BW (de wettelijke bepaling over de inrichting van de one-tier board bij de naamloze vennootschap) geen wijziging in de taakopdracht van het bestuur, zoals vastgelegd in artikel 2:129 lid 1 BW.

77 Zie par. 2.3.

wet.⁷⁸ Tot slot zal de RvC zich de wettelijke norm waarnaar hij zal moeten handelen voor ogen moeten houden. Dat betreft het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.⁷⁹ Een belangrijk onderdeel van de toezichts- en adviestaak van de RvC betreft de zogenaamde hygiëne (interne controle, risico, naleving wet- en regelgeving en verslaggevingsproces).⁸⁰ Tot de taak van de RvC behoort mede het toezicht op de bestuurlijke organisatie, waaronder mede begrepen moet worden de continuïteit en het goed functioneren van het bestuur.⁸¹

Wat zou nu het richtsnoer moeten zijn voor het handelen van de RvC in een vennootschappelijke bestuursstructuur die geen grondslag heeft in de wet en in de statuten en zich niet, althans moeizaam, lijkt te verdragen met de wettelijke bestuursopdracht? In de literatuur wordt wel aangenomen dat het maken van een taakverdeling tussen bestuurders onderling, alsmede het toepassen van het exco-model waarin door het exco wordt meebestuurd, binnen het toezichtbereik van de RvC valt.⁸² In deze context wordt gepleit voor een duidelijke rol van de RvC bij de benoeming en het ontslag van de leden van het exco.⁸³ De Corporate Governance Code lijkt er eveneens van uit te gaan dat bij de toepassing van het exco een toezichtsrol is weggelegd voor de RvC. BPR 2.1.3 bepaalt hierover het volgende:

“Indien het bestuur werkt met een executive committee, houdt het bestuur rekening met de checks en balances die onderdeel uitmaken van het two-tier systeem. Dit betekent onder meer het waarborgen van deskundigheid en verantwoordelijkheid van het bestuur en een adequate informatievoorziening aan de raad van commissarissen. De raad van commissarissen houdt hier toezicht op en heeft daarbij speciale aandacht voor de dynamiek en de verhouding tussen het bestuur en het executive committee.

In het bestuursverslag wordt verantwoording afgelegd over:

- (i) de keuze voor het werken met een executive committee;
- (ii) de rol, taak en samenstelling van het executive committee; en
- (iii) de wijze waarop het contact tussen de raad van commissarissen en het executive committee is vormgegeven.”

De Corporate Governance Code legt aldus de bevoegdheid tot het toepassen van het exco-model volledig bij het bestuur. BPR 2.1.3 verplicht het bestuur om rekening te houden met zekere *checks* en *balances* wanneer het bestuur met een exco werkt. Daarbij gaat het meer in het bijzonder om de aan het bestuur te stellen eisen (deskundigheid en verantwoordelijkheid) en om de informatievoorziening aan de RvC. De rol van de RvC gaat volgens deze best practice-bepaling niet verder dan toezicht te houden op dit proces, waarbij de rvc specifieke aandacht moet schenken aan de dynamiek en de verhouding tussen bestuur en exco. Het instellen van een exco en het bepalen van de structuur en samenstelling van het exco behoren daarmee tot de autonomie van het bestuur. De RvC staat hier buiten. Het bestuur legt over deze onderwerpen verantwoording af in het bestuursverslag. Het toezicht van de RvC richt zich volgens de Code dus niet zozeer op het instellen van het exco en de bepaling van de governance van het exco (structuur, samenstelling en bevoegdheden) als wel op de dynamiek die een dergelijk bestuursmodel teweegbrengt tussen het exco en het bestuur en de gevolgen daarvan voor het duale bestuursmodel. Men kan zich afvragen of de beperkte toezichtsrol die de Code voor de RvC bij de toepassing van het exco-model inruimt, wel volledig in overeenstemming is met de wettelijke toezichtstaak van de RvC. Het toezicht van de RvC strekt zich namelijk uit tot het bestuursproces, de zogenaamde hygiëne, waartoe behoren interne controle en risicobeheersing. Daarnaast zal het toezicht van de RvC zich moeten richten op de continuïteit van een gekwalificeerd en goed functionerend bestuur.⁸⁴ Het bestuursmodel dat door de vennootschap wordt toegepast, is medebepalend voor het feitelijke verloop van het bestuursproces binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De bestuurlijke inrichting van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming raakt daarmee de kern van de toezichtstaak van de RvC. Het is dan ook niet verwonderlijk dat van de RvC verwacht wordt dat hij in dit proces een leidende rol neemt.⁸⁵ De Code lijkt in de context van het exco een andere benadering te kiezen door de bepaling en de inrichting van het bestuursmodel van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming in handen te leggen van het bestuur en de taak van de RvC te beperken tot het houden van toezicht op de effecten die het gekozen bestuursmodel, c.q. het exco, teweegbrengt. Van een wezenlijke, laat staan leidende rol van RvC in de context van het exco is in de optiek van de Code duidelijk geen sprake.

78 Artikel 2:129 BW. Zie verder noot 68.

79 Artikel 2:140 lid 2 BW.

80 Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, p. 281-282 die hieraan toevoegen dat behoorlijk toezicht op het gebied van hygiëne kan meebrengen dat de RvC een leidende rol in het proces en de uitkomst van de besluitvorming neemt.

81 Zie hiertoe Honée 2018, p. 131 en B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, par. 52, p. 1183, die er op wijst dat het toezicht van de RvC zich mede uitstrekt tot de continuïteit van een gekwalificeerd en goed functionerend bestuur van de vennootschap.

82 Honée 2018, p. 132. Zie overigens Dumoulin die stelt dat het bestuur beslist tot het instellen van een exco. Dumoulin tekent daarbij aan dat de RvC een zekere betrokkenheid bij de instelling van een exco kan hebben, bijvoorbeeld door middel van een goedkeuringsrecht. Aan de andere kant meent Dumoulin dat de RvC zijn goedkeuring niet kan onthouden aan de instelling (of de afschaffing) van een exco, als het bestuur persisteert. Zie hiertoe Dumoulin 2017, p. 365. Daarmee is het goedkeuringsrecht van de rvc echter van zijn essentie ontdaan.

83 Honée 2018, p. 132. Deze rol zou volgens Honée in het verlengde moeten liggen van de rol die de RvC heeft bij het toezicht op een goed samengesteld bestuur en daarmee verband houdende opvolgingsvraagstukken.

84 Aldus Assink/Slagter. Zie hiertoe noot 81.

85 Aldus Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood. Zie hiertoe noot 80.

Een dergelijke geringe betrokkenheid van de RvC bij de totstandkoming en inrichting van het exco is niet in overeenstemming met de wettelijke toezichtstaak van de RvC. Bovendien is een dergelijke beperkte taakopvatting van de RvC bij de instelling van een exco niet in lijn met de governance-inzichten in andere Europese landen, zoals Frankrijk, België en het Verenigd Koninkrijk, waar het toezichthoudend orgaan in dit proces juist een leidende rol vervult.⁸⁶ Mede op grond van de wettelijke, in artikel 2:140 BW vastgelegde taakstelling van de RvC zou ik dan ook een leidende rol voor de RvC willen bepleiten bij de besluitvorming van de vennootschap ten aanzien van de instelling van het exco.⁸⁷ De reden voor een dergelijke leidende rol van de RvC moet naar mijn mening gezocht worden in de omstandigheid dat met de instelling van een exco de bestuurlijke infrastructuur van de vennootschap ingrijpend gewijzigd wordt, met belangrijke gevolgen voor de besluitvorming van het bestuur en het toezicht daarop. Een aanvullende reden voor een dergelijke actieve en leidende rol van de RvC kan gevonden worden in de omstandigheid dat met de instelling van een exco het (statutaire) bestuur zijn bestuurlijke bevoegdheden deelt met andere (niet-statutaire) functionarissen en daarmee zijn bestuursmacht gedeeltelijk prijsgeeft.⁸⁸ In de Nederlandse verhoudingen is het exco het kloppend hart van de beursgenoteerde vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Intensieve betrokkenheid van de RvC bij het instellen van het exco en bij de bepaling van de governance van het exco is daarmee in zekere zin een gegeven.

4. Vormgeving van het toezicht door de rvc in de situatie van een exco-structuur

Voor het nader bepalen van de toezichtsrol van de RvC in de context van het exco zouden onderscheiden moeten worden de situatie dat de vennootschap overweegt een exco in te stellen en de situatie dat de vennootschap al een exco heeft ingesteld. Hieronder wordt het toezicht van de RvC voor beide situaties verder uitgewerkt.

4.1 De vennootschap overweegt een exco in te stellen

Hoe zou het toezicht van de RvC moeten worden vormgegeven in de situatie dat het bestuur zou overwegen een exco in te stellen? Bij deze vraag zouden de volgende aspecten moeten worden onderscheiden:

- (i) overwegingen van het bestuur die ten grondslag liggen aan het voornemen tot het instellen van een exco;
- (ii) alternatieve bestuursstructuren;
- (iii) governance van het exco;
- (iv) toekomstige structurele wijzigingen in het exco.

⁸⁶ Zie par. 2.3.

⁸⁷ Zo stelt Honée dat de toezichtstaak van de RvC met zich meebrengt dat er interactie plaatsvindt tussen bestuur en RvC over onderwerpen die van belang zijn voor het functioneren van het bestuur, ongeacht of de statuten daarin in het bijzonder bevoegdheid aan de RvC toekennen of niet. Onder dit beleid valt volgens Honée het toepassen van een exco-model waarin aan het exco medebesturende bevoegdheid wordt toegekend. Zie hiertoe Honée 2016, p. 132.

⁸⁸ Zie in dit verband par. 2.3.

Op elk van deze aspecten wordt hieronder nader ingegaan.

4.2 De overwegingen van het bestuur die ten grondslag liggen aan het voornemen tot het instellen van een exco

Operationele redenen zullen doorgaans de aanleiding vormen voor het bestuur om te overwegen een exco toe te passen. Vergroting van de efficiency in de besluitvorming en in de uitvoering van genomen besluiten alsmede vergroting van het draagvlak voor genomen besluiten spelen daarbij een belangrijke rol. Dit zijn legitieme redenen die de RvC vanuit zijn toezichtsrol in aanmerking zal moeten nemen wanneer het bestuur hem dit voornemen voorlegt. Desalniettemin is het niet onredelijk dat het bestuur de RvC inzicht verschafft in de achtergronden die hem tot dit voornemen gebracht hebben. Concreet gaat het daarbij om de gebreken en onvolkomenheden die het bestuur in de bestuursstructuur heeft waargenomen en om de vraag hoe dergelijke onvolkomenheden met de invoering van een exco-structuur verholpen kunnen worden.

4.3 Alternatieve bestuursstructuren

Wanneer er zinvolle redenen bestaan om de bestuursstructuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming aan te passen dan zou de RvC met het bestuur moeten overleggen in hoeverre het door het bestuur voorgestelde exco-model wel het hiertoe meest geëigende model is. Zo kan het zijn dat in het licht van de door het bestuur naar voren gebrachte overwegingen, een andersoortige exco-structuur welke losstaat van het bestuur, geschikter is, afhankelijk van de overwegingen die aan de voorgenomen bestuursstructuur ten grondslag liggen. Indien naar het oordeel van het bestuur de rol van hogere (niet-statutaire) leidinggevendenden binnen de onderneming directe en structurele deelname aan het overleg met het bestuur zou eisen, dan zou de RvC kunnen voorstellen om een dergelijke herstructurering binnen de bestaande structuur te laten plaatsvinden door dergelijke hogere leidinggevendenden een plaats te geven in de raad van bestuur. Daarmee zou de raad van bestuur feitelijk een breed samengesteld leidinggevend orgaan worden van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zoals dat in Duitsland bij de *Aktiengesellschaft* het geval is.⁸⁹ In een dergelijke structuur blijft de bestuursmacht binnen de grenzen van het statutaire bestuur en behoeft deze niet met niet-statutaire functionarissen gedeeld te worden, met alle daaraan verbonden juridische complicaties.⁹⁰ Bovendien zou de RvC in deze context naar voren kunnen brengen dat aldus op leidinggevend niveau een discussie tussen gelijken kan plaatsvinden hetgeen in een exco-structuur per definitie niet het geval is. Indien het bestuur desalniettemin een sterke voorkeur blijft houden voor een exco waar het bestuur deel van uitmaakt, dan zou wellicht nog overwogen kunnen worden om het exco binnen een one-tier board structuur in te richten, het-

⁸⁹ Sommige Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen, zoals KPN, passen eveneens een dergelijke bestuursstructuur toe. Zie par. 2.2.

⁹⁰ Zie par. 2.3 e.v.

geen overigens een verdere en nog ingrijpender herstructurering van de bestuursstructuur zou betekenen.⁹¹

4.4 *Governance van het exco*

Het kan ook zo zijn dat het bestuur tijdens de gesprekken met de RvC een sterke voorkeur blijft houden voor invoering van een exco binnen de bestaande duale structuur waar de statutaire bestuurders deel van gaan uitmaken en dat de leiding uitoefent over de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Hoe zou de RvC hierop moeten reageren? De RvC zal oog moeten hebben voor de omstandigheid dat het bestuur zich zal moeten thuis voelen in de nieuwe bestuursstructuur. Het is weinig zinvol om het bestuur een bestuursmodel in overweging te geven dat het bestuur pertinent niet werkbaar acht, gezien het karakter en de activiteiten van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Dat laat onverlet dat de RvC een leidende rol in dit proces zou moeten vervullen. Indien uiteindelijk door bestuur en RvC toch geopteerd zou worden voor een exco waarin de statutaire bestuurders zitting nemen, dan zal de RvC een belangrijke en doorslaggevende invloed moeten hebben bij de vaststelling van de governance van het exco.⁹² Daarbij zal de RvC bijzondere aandacht moeten hebben voor:

- (i) de samenstelling van het exco;
- (ii) de bevoegdheden van het exco;
- (iii) de besluitvorming binnen het exco;
- (iv) het toezicht op het bestuur.

4.5 *De samenstelling van het exco*

De taakstelling van het exco zal in belangrijke mate bepalend zijn voor de samenstelling van dit gremium. Wanneer ervan uitgegaan wordt dat het exco met de algehele leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming belast wordt, ligt het voor de hand een breed en gevarieerd scala van hogere leidinggevendenden in dit gremium op te nemen dat (samen met de statutaire bestuurders) in staat is alle facetten van het bestuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming op verantwoorde, deskundige en professionele wijze uit te oefenen. Het ligt voor de hand dat het bestuur primair verantwoordelijk is voor de keuze van dergelijke hogere leidinggevendenden. De RvC zal met name moeten beoordelen of de voorgedragen kandidaten redelijkerwijze geacht moeten worden over voldoende deskundigheid en vaardigheden te beschikken en of de (voorgestelde) samenstelling van het exco evenwichtig is. Daarnaast zal de RvC erop moeten toezien dat alle statutaire bestuurders, en niet slechts enkelen of uitsluitend de CEO, deel uitmaken van het exco.

4.6 *De bevoegdheden van het exco*

De specifieke bevoegdheden van het exco zullen duidelijk gedefinieerd en vastgelegd moeten worden in het exco-reglement.⁹³ Uit het exco-reglement en de daarin opgenomen beschrijving dient verder duidelijk te worden welke bevoegdheden aan het exco toevallen en welke bevoegdheden bij het (statutaire) bestuur liggen. Het zal duidelijk zijn dat de bevoegdheden die verband houden met het vennootschappelijk bestuur per definitie door het statutaire bestuur zullen moeten worden uitgeoefend. Hierbij gaat het om besluiten in de zin van Boek 2 BW zoals het bijeenroepen van de algemene vergadering, het agenderen van onderwerpen voor de algemene vergadering, de vaststelling van dividend en de winstreservering en het opmaken van de jaarrekening.⁹⁴ De RvC zal met name oog moeten hebben voor de taakafbakening tussen het exco en het (statutaire) bestuur.

4.7 *De besluitvorming binnen het exco*

Een gevoelig punt is de omstandigheid dat binnen het exco de beraadslaging en de besluitvorming op bestuurlijk niveau door statutaire bestuurders gedeeld wordt met andere, niet-statutaire functionarissen, met het daaruit voortvloeiende gedeeltelijke verlies van bestuursmacht van statutaire bestuurders.⁹⁵ Juist hierom zal de RvC intensief betrokken moeten zijn bij de structurering van de beraadslaging en besluitvorming binnen het exco en erop moeten toezien dat de statutaire bestuurders binnen de geledingen van het exco voldoende greep behouden op hun wettelijke bestuurstaak op grond van artikel 2:129 BW. Dit zou in de praktijk moeten betekenen dat de statutaire bestuurders intensief betrokken zijn bij het proces van beraadslaging en besluitvorming binnen het exco en bij iedere wezenlijke stap in dit proces apart bijeenkomen. Onder wezenlijke stap zou ik in dit kader willen verstaan iedere conclusie of ieder (deel)besluit dat op zich genomen een onomkeerbaar gevolg heeft voor het verdere verloop van het besluitvormingsproces. Hierbij kan gedacht worden aan belangrijke conclusies die door het exco over een bepaald onderwerp tijdens de beraadslaging getrokken worden, zoals ten aanzien van de strategische doelstellingen of de financiële haalbaarheid van een project. Een ander voorbeeld is een besluit van het exco tijdens de verdere besluitvorming op een bepaald deelterrein, zoals de wijze van financiering van een project of de selectie van de strategische partners voor een project. Ten aanzien van dergelijke conclusies of (deel)besluiten van het exco zullen de statutaire bestuurders zich apart moeten beraden en indien nodig zullen de statutaire bestuurders in de eerstvolgende exco-vergadering blij moeten geven van hun opvattingen. Als laatste stap zullen de statutaire bestuurders separaat moeten beraadslagen over de finale uitkomst van het besluitvormingsproces van het exco en hierover vervolgens een besluit moeten nemen. Het verdient aanbeveling de rol van de statutaire bestuurders in het

91 Het inbedden van een exco in een one-tier board structuur stuit op minder complicaties dan het geval is bij inbedding van een exco in een two tier-board structuur. Zie hiertoe par. 2.3.

92 De governance van het exco zal vastgelegd moeten worden in het exco-reglement. Het exco-reglement zou naar mijn mening goedkeuring behoeven van de RvC.

93 Zie verder par. 2.2, waarin een overzicht is opgenomen van de verschillende aspecten van het ondernemingsbestuur die aan het exco toebedeeld kunnen worden.

94 Zie hierover Dumoulin 2017, p. 367.

95 Zie par. 2.3.

besluitvormingsproces van het exco uitdrukkelijk in het exco-reglement vast te leggen.

4.8 *Het toezicht op het bestuur*

Naast het toezicht op het bestuur zal de RvC toezicht moeten houden op de rol van de statutaire bestuurders binnen het exco. Met het oog hierop zal het bestuur de RvC regelmatig op de hoogte moeten stellen van de inhoud en het verloop van de exco-vergaderingen en meer in het bijzonder van de inhoud van de (separate) vergaderingen van de statutaire bestuurders in de context van het exco.⁹⁶ Voor zover dat op grond van de wet of de statuten van de vennootschap vereist is, zal het bestuur de in de context van het exco door de statutaire bestuurders genomen besluiten aan de RvC ter goedkeuring moeten voorleggen.⁹⁷ Voor een specifieke toezichtsrol van de RvC op het exco (buiten het toezicht van de RvC op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming) is naar ik meen geen aanleiding.⁹⁸ De reden hiervoor is dat het exco ondergeschikt is aan de statutaire bestuurders en de besluiten van het exco zich vertalen in besluiten van het (statutaire) bestuur.⁹⁹ Dat laat onverlet dat de RvC in het kader van zijn toezichtstaak op verzoek van het bestuur contact kan onderhouden met (bepaalde leden van) het exco voor het inwinnen van specifieke informatie. Het belang van de in BPR 2.1.3 opgenomen verplichting voor het bestuur om verantwoording af te leggen over de wijze waarop het contact tussen de RvC en het exco is vormgegeven acht ik dan ook gering. Van groter belang is de wijze waarop het contact tussen bestuur en RvC is vormgegeven in de situatie dat de vennootschap een exco toepast waar de statutaire bestuurders deel van uitmaken.

4.9 *Structurele wijzigingen binnen het exco*

Het gaat hier voornamelijk om wijzigingen van de bevoegdheden van het exco en om wijzigingen in de samenstelling van het exco. Hierover zal het bestuur de RvC in kennis moeten stellen en de RvC daarbij moeten informeren over de achtergronden en beweegredenen. Nu dergelijke wijzigingen geacht moeten worden belangrijke gevolgen te hebben voor de rol en het functioneren van het exco binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming acht ik het zinvol dat besluiten van deze strekking onderworpen

zijn aan goedkeuring van de RvC.¹⁰⁰ Hetzelfde zal moeten gelden voor het voornemen van het bestuur tot beëindiging van de exco-structuur.

4.10 *De vennootschap heeft een exco ingesteld*

In de situatie dat de vennootschap al reeds beschikt over een exco zal het toezicht van de RvC zich moeten richten op de governance van het exco. Hetgeen hierover in het kader van het voornemen tot het instellen van een exco werd opgemerkt is van dienovereenkomstige toepassing. Daarnaast moet worden toegevoegd dat de RvC zich in een dergelijke situatie assertief zal moeten opstellen, wanneer de exco-structuur zonder bemoeienis van de RvC tot stand zou zijn gekomen en deze structuur duidelijk niet in overeenstemming zou blijken te zijn met redelijke governance eisen.¹⁰¹

5. **Conclusies**

Vanuit operationeel oogpunt biedt het exco voor beursgenoteerde vennootschappen ontegenzeggelijk voordelen. Zo kan een exco bijdragen aan verbreding van het draagvlak voor te nemen besluiten en aan een efficiënte implementatie van eenmaal op bestuursniveau genomen besluiten. In juridisch opzicht is het exco een enigszins weerbarstig bestuursmodel, onder meer vanwege het hybridische karakter van de besluitvorming en het daarmee verband houdende verlies van bestuursmacht van het bestuur. De oorzaak van deze juridische complicaties betreft niet zozeer de in het Nederlandse vennootschapsrecht verankerde bestuursautonomie en het daarmee verband houdende verbod van delegatie van de bestuurstaak, als wel de omstandigheid dat het Nederlandse vennootschapsrecht, dit in tegenstelling tot andere Europese rechtssystemen, niet bekend is met een *monitoring board* die zelf geen feitelijke bestuursrol vervult.

Het toepassen van een exco brengt een ingrijpende wijziging teweeg van de bestuursstructuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Het toezicht van de RvC strekt zich uit tot de bestuurlijke organisatie van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, dit met inbegrip van de continuïteit van een deskundig en goed functionerend bestuur. Gezien het belang van een deugdelijke bestuurlijke organisatie voor het besluitvormingsproces binnen de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming zou de RvC een leidende rol moeten vervullen bij een door het bestuur geïnitieerd proces tot invoering van een exco waar het bestuur deel van uitmaakt. De in de Corporate Governance Code ten aanzien van het exco opgenomen best practice rule (BPR 2.1.3) die het toezicht van de RvC goeddeels beperkt tot de dynamiek en de verhouding

96 Zie hiertoe par. 4.7.

97 Een door de statutaire bestuurders genomen besluit tot instemming met een bij meerderheid genomen besluit van alle exco-leden wordt aan het statutaire bestuur toegerekend. Zie par. 2.3. Dit moet naar ik meen in beginsel eveneens gelden voor alle overige door de statutaire bestuurders binnen de context van het exco genomen besluiten.

98 Als voorbeeld van toezicht op het exco in het kader van het toezicht van de RvC op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming kan gedacht worden aan de situatie dat er structurele onenigheid ontstaat binnen het exco over het te voeren ondernemingsbeleid hetgeen de statutaire bestuurders ertoe brengt om buiten het exco om in de hoedanigheid van statutair bestuur te besluiten.

99 Voor wat het punt van de ondergeschiktheid van het exco betreft kan verwezen worden naar Dumoulin, die stelt dat het bestuur het exco beheerst. Zie hiertoe noot 31.

100 Hierbij kan aangesloten worden bij Honée die zich een voorstander toont van een duidelijke rol van commissarissen bij benoeming en ontslag van exco-leden, welke rol naar de mening van Honée in het verlengde ligt van de rol die de RvC heeft bij het toezicht op een goed functionerend bestuur en daarmee verband houdende opvolgingsvraagstukken. Zie verder noot 83.

101 Zie in dit verband de in par. 4.4 e.v. genoemde governance eisen.

tussen bestuur en exco is niet volledig in lijn met de wettelijke taakstelling van de RvC en moet overigens geacht worden de RvC niet voldoende in staat te stellen om adequaat toezicht uit te oefenen op het bestuur.

De RvC zal intensief overleg moeten voeren met het bestuur indien deze het voornemen heeft het exco-model toe te passen. In dat overleg zal onder meer de noodzaak tot invoering van het exco-model aan de orde moeten komen. Verder zal de RvC het bestuur in overweging moeten geven of de gewenste verbeteringen op bestuurlijk-organisatorisch terrein niet tot stand gebracht kunnen worden binnen het klassieke bestuursmodel door middel van een breed samengestelde raad van bestuur. Indien het bestuur toch een voorkeur zou houden voor het exco-model, dan zal de RvC intensief betrokken moeten zijn bij het ontwerpen van de governance van het exco. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de governance aldus is ingericht dat het bestuur intensief betrokken is bij de beraadslaging en besluitvorming van het exco en dat hij separaat beraadslaagt en zo nodig besluit over iedere wezenlijke stap in het besluitvormingsproces van het exco. Van het verloop van dit proces zal de RvC door het bestuur op de hoogte gehouden moeten worden. De governance van het exco zou vastgelegd moeten worden in het exco-reglement dat goedkeuring behoeft van de RvC.

Tot slot geldt ook voor de vennootschap die het exco-model toepast dat het bestuur de centrale gesprekspartner en het aanspreekpunt voor de RvC is. Dat laat onverlet dat de RvC op verzoek van het bestuur of op eigen initiatief met het exco of met individuele leden van het exco contacten kan onderhouden in het kader van de uitoefening van zijn toezichtstaak. Van de RvC mag verwacht worden dat hij bereid is te horen naar wat het exco of zijn leden hem te zeggen hebben. Maar dat is nog iets anders dan ernaar te luisteren, laat staan ernaar te handelen.