



## Naar uniform ondernemingstoezicht

**Auteur(s):**

Moerland, P.W.

Hoogleraar Ondernemingsfinanciering en Corporate Governance aan de Katholieke Universiteit Brabant.

**Verschenen in:**

ESB, 85e jaargang, nr. 4260, pagina 502, 16 juni 2000

**Rubriek:**

Bedrijfskatern

**Trefwoord(en):**

corporate, governance

*Nederland kent twee regimes van ondernemingstoezicht. Bepleit wordt om over te schakelen op een uniform stelsel, waarin beter aan drie basisvoorwaarden voor goed toezicht - onafhankelijkheid, professionaliteit en verantwoording - kan worden voldaan.*

**De regering heeft aan de Sociaal-Economische Raad gevraagd om advies uit te brengen over het functioneren en de toekomst van de structuurregeling. Deze regeling is in 1971 wettelijk van kracht geworden en beoogt het toezicht bij grote vennootschappen te versterken en de werknemers gelijke rechten te geven als de aandeelhouders ten aanzien van de raad van commissarissen. De regering heeft in haar adviesaanvraag aan de SER uitdrukkelijk verzocht om de thans geldende toepassingscriteria voor de structuurregeling tegen het licht te houden.**

In dit artikel worden overwegingen die destijds golden bij de keuze van die criteria, onderworpen aan een nadere analyse. In aansluiting daarop worden voorstellen gedaan met betrekking tot het stelsel van ondernemingstoezicht in ons land.

### Twee regimes van toezicht

We kennen in Nederland twee verschillende regimes van ondernemingstoezicht, namelijk het gewone regime en het structuurregime. Het gewone regime berust niet op een wettelijke verplichting, maar staat ter vrije keuze van vennootschappen (en andere rechtsvormen, waaronder coöperaties) die niet onder het verplichte structuurregime vallen. Die vennootschappen mogen een raad van commissarissen instellen, waarvan de leden in beginsel worden benoemd door de aandeelhoudersvergadering. Het structuurregime is wettelijk van toepassing als gedurende drie aaneengesloten jaren aan de volgende drie eisen cumulatief is voldaan:

- » het geplaatste kapitaal vermeerderd met de reserves van de vennootschap bedraagt minimaal 25 miljoen gulden;
- » de vennootschap heeft krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad ingesteld;
- » bij de vennootschap zijn in de regel tenminste honderd werknemers in Nederland werkzaam.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan geldt toepassing van het structuurregime als verplichting. Het is ook mogelijk dat een vennootschap op vrijwillige basis het structuurregime in haar statuten opneemt. Er moet dan wel een verplichte ondernemingsraad zijn. Voorts is een aantal situaties in de wet geregeld waarin het structuurregime wordt uitgesloten of beperkt wordt toegepast.

Kenmerk van het structuurregime is de verplichte instelling van een raad van commissarissen. Deze raad benoemt haar leden zelf, het zogenoemde coöptatiesysteem.

De raad van commissarissen heeft onder het structuurregime een drietal sleutelbevoegdheden:

- » benoeming en ontslag van bestuurders;
- » vaststelling van de jaarrekening;
- » goedkeuring van een aantal ingrijpende bestuursbesluiten.

Het gewone regime en het (volledige) structuurregime verschillen op de punten coöptatie en sleutelbevoegdheden. Hierna wordt voorgesteld om deze twee punten op zodanige wijze aan te passen, dat in feite met één regime van ondernemingstoezicht kan worden volstaan. Dat voorstel behelst afschaffing van coöptatie in het structuurregime en toebedeling van de sleutelbevoegdheden aan commissarissen (ook) bij gewone vennootschappen.

### Achtergronden

Zoals aangegeven is toepassing van de structuurregeling verplicht, indien aan een bepaald kapitaalvereiste en aan een vereiste ten aanzien van het aantal in Nederland werkzame personen is voldaan.

Welke waren destijds de overwegingen om met een kapitaalvereiste te komen? De commissie-Verdam (en datzelfde geldt voor de ser) heeft zich bij de gedachteswisseling voorafgaande aan de advisering inzake de structuurregeling doelbewust beperkt tot de open nv's met ter beurze genoteerde aandelen en daarmee vergelijkbare grote, besloten nv's. Men dacht daarbij vooral aan "vennootschappen met een relatief sterk gespreid aandelenbezit, waarbij de zeggenschap van de aandeelhouders gewoonlijk aanzienlijk is ingekrompen. Een inkrimping (...) die in evenredige mate gepaard is gegaan met een afbrokkeling van de persoonlijke betrokkenheid van de individuele aandeelhouder bij de door deze vennootschappen gedreven, grote ondernemingen. Door die ontwikkeling is een groot verschil ontstaan tussen de formele positie van de aandeelhouders en de gegroeide praktijk, althans - hierop zij nogmaals de nadruk gelegd - in de open en daarmee vergelijkbare grote, besloten nv's met een relatief sterk gespreid aandelenbezit" <sup>1</sup>.

Voorts heeft men destijds overwogen dat de sterke spreiding van het aandelenbezit bij grote ondernemingen heeft geleid tot een versterking van de autonomie van de ondernemingsleiding. In toenemende mate werden bestuurders aangesteld die als manager en niet in vermogensrechtelijke zin aan de onderneming waren gebonden. Die ontwikkeling had, aldus de SER, ook een verschuiving in de functie van de raad van commissarissen tot gevolg. De commissarissen "treden in grote ondernemingen niet langer op als mandatarissen van de aandeelhouders, maar beogen veeleer één van de waarborgen te zijn tot goed bestuur van de onderneming als geheel" <sup>2</sup>.

Uit de destijds aangevoerde overwegingen om te komen tot de structuurregeling had men als toepassingsgebied kennelijk op het oog: (1) grote vennootschappen met (2) een sterk gespreid aandelenbezit, waarbij (3) zich een scheiding tussen leiding en eigendom had voltrokken. Bij zulke vennootschappen, zo was de redenering, waren geen 'betrokken' aandeelhouders, was de macht feitelijk in handen van het bestuur, en daar moest wat aan gebeuren.

Opmerkelijk is nu dat de gekozen toepassingsvereisten voor de structuurregeling niet geheel aansluiten op de hierboven weergegeven, destijds gehanteerde argumentatie. Immers, het gekozen kapitaalvereiste is uitsluitend een groottecriterium en slaat geen acht op de twee andere kenmerken, te weten sterk gespreid aandelenbezit en de scheiding tussen leiding en eigendom. Daardoor is de structuurregeling niet alleen verplicht van toepassing op de vennootschappen, zoals men die in de argumentatie kennelijk heeft bedoeld, maar ook op andere vennootschappen, die weliswaar aan het groottecriterium voldoen maar waarbij geen sprake is van (sterk) gespreid aandelenbezit en een (sterke) scheiding van leiding en eigendom. De keuze voor het groottecriterium als kapitaalvereiste berust dan logischerwijze op één van de volgende twee overwegingen:

» de verzameling van vennootschappen die aan het groottecriterium voldoen valt samen met de verzameling van vennootschappen die een (sterk) gespreid aandelenbezit en een scheiding van leiding en eigendom kennen;

» met name het groottecriterium wordt van belang geacht en niet zozeer de kenmerken van de aandeelhoudersstructuur van de vennootschap.

Uit empirisch onderzoek blijkt dat de eerste premisse niet juist is. Er zijn immers vele grote vennootschappen met een geconcentreerd aandelenbezit en er zijn evenzeer kleine vennootschappen met een gespreid aandelenbezit.

Huldiging van de tweede overweging doet evenwel de vraag opkomen, waarom een kapitaalvereiste als groottecriterium is gesteld in aanvulling op het aantal in Nederland werkzame werknemers als groottecriterium.

Al met al lijkt de toenmalige onderbouwing en gepleegde keuze van de toepassingscriteria voor de structuurregeling niet geheel consistent. Zou men het kapitaalvereiste schrappen, dan kandideren zich uiteraard meer vennootschappen voor verplichte toepassing van de structuurregeling dan thans het geval is. Zou men bepaalde eisen ten aanzien van de aandeelhoudersstructuur (spreiding, scheiding) willen toevoegen, dan verzwaart dat de toepassingscondities en zullen dus minder vennootschappen in aanmerking komen voor verplichte toepassing van de structuurregeling dan thans het geval is. Hieronder wordt voorgesteld het vraagstuk van de toepassingscriteria aan een meer fundamentele beschouwing te onderwerpen.

### *Minder macht of meer controle?*

Zoals reeds werd aangegeven berust het (volledige) structuurregime op een tweetal karakteristieke pijlers, te weten het coöptatiesysteem en sleutelbevoegdheden. Door de cumulatie van deze twee pijlers bestaat bij velen de opvatting dat de commissarissen te veel macht hebben en bovendien nauwelijks controleerbaar zijn. De cumulatie van (te) veel macht en onvoldoende controle kan in beginsel langs twee routes worden aangevat, namelijk door het verminderen van de macht of door het vergroten van de controle. Ik heb er eerder voor gepleit om de controle op het toezicht aan te scherpen door het afschaffen van het systeem van coöptatie <sup>3</sup>. Soms wordt ook wel gesuggereerd om juist de macht te verminderen door aantasting van de sleutelbevoegdheden. Het gaat hier om een vrij fundamentele keuze. De onderbouwing van de hier gevolgde lijn ligt in de volgende overwegingen.

Gegeven onze structuur, waarin het bestuur en toezicht organiek zijn gescheiden, is het niet onlogisch dat bestuurders door de raad van commissarissen worden benoemd en ontslagen. Zo goed als de raad van commissarissen hun functioneren beoordeelt en hun beloning vaststelt. Commissarissen verkeren in een optimale positie om zulks te doen met kennis van zaken, de vereiste professionaliteit en prudente omgang van vertrouwelijkheid. Uiteraard zal de raad van commissarissen zich hebben te verantwoorden voor de wijze waarop men zich van deze taak heeft gekweten. De raad dient hierop aanspreekbaar en afrekenbaar te zijn. Ook de goedkeuring van ingrijpende bestuursbesluiten is een sleutelbevoegdheid die mijns inziens bij de raad van commissarissen thuishoort. Deze is immers, anders dan de aandeelhoudersvergadering, opgesteld om het totale belang van de onderneming in zijn afwegingen te betrekken. De aandeelhoudersvergadering zal commissarissen beoordelen op de wijze waarop met het aandeelhoudersbelang rekening is gehouden bij de behartiging van het ondernemingsbelang. Indien de aandeelhoudersvergadering van opvatting is dat zulks in onvoldoende mate is geschied, kan de raad van commissarissen om uitleg worden gevraagd. Mocht deze raad er uiteindelijk niet in slagen de aandeelhoudersvergadering te overtuigen van een goede vervulling van zijn taak, dan zal hij niet langer het volledige vertrouwen van de aandeelhoudersvergadering genieten. Bij gebreke daarvan kan de aandeelhoudersvergadering, indien deze over een regulier ontslagrecht beschikt, zelf besluiten tot heenzending van commissarissen. Zo hoort het ook te gaan in een sluitend systeem van effectieve controle.

Door de destijds gekozen toepassingsvereisten voor de structuurregeling is deze niet alleen van toepassing op de vennootschappen, zoals men die in de argumentatie heeft bedoeld, maar ook op vennootschappen, waarbij geen sprake is van gespreid aandelenbezit en van een scheiding van leiding en eigendom. Een intrigerende zinsnede in het in 1969 uitgebrachte advies van de SER is hierboven reeds geciteerd. Het betreft de waarneming dat commissarissen in grote ondernemingen niet langer optreden "als mandatarissen van de aandeelhouders". Dit punt hangt samen met het onderscheid tussen het aandeelhoudersbelang en het ondernemingsbelang. Heden ten dage geldt als norm dat de raad van commissarissen - ongeacht de grootte van de vennootschap en ongeacht de aandeelhoudersstructuur - fungeert "onder mandaat en onafhankelijk van bij de vennootschap betrokken deelbelangen", aldus de commissie-Peters<sup>4</sup>. Volgens deze commissie gaat het hierbij dus om een universeel functioneringsvereiste, niet alleen bij vennootschappen met een gespreid aandelenbezit maar ook - of misschien: des te meer - bij vennootschappen met geconcentreerd aandelenbezit. Bij vennootschappen met een directeur-groootaandeelhouder zou het toe- zicht op het bestuur mogelijk niet adequaat geschieden ingeval commissarissen aan een mandaat van de groootaandeelhouder (tevens bestuurder) zouden zijn gehouden. De combinatie van leiding en eigendom maakt het vereiste van een onafhankelijke raad van commissarissen des te noodzakelijker.

De kern van elke raad van commissarissen is bij voorkeur samengesteld uit personen die ervaring hebben met ondernemingsstrategie, fusies en overnames, internationaal zaken doen, risicobeoordeling, enzovoort. Tevens behoren meer specifieke deskundigheden en een brede maatschappelijke ervaring en oriëntatie in elke raad van commissarissen aanwezig te zijn.

De toezichthouders beoordelen het beleid van de onderneming niet alleen in termen van aandeelhouderswaarde, maar evenzeer in een bredere maatschappelijke context. Veel ondernemingen zijn zich in toenemende mate bewust van hun meervoudige verantwoordelijkheid. Behalve met het creëren van waarde ten behoeve van de aandeelhouders zijn ze tegelijkertijd bezig met hun overige normen en waarden. Zij worden op hun gedrag en prestaties beoordeeld en afgerekend, niet alleen door beleggers, maar ook door de samenleving in ruimere zin.

Ook bij vennootschappen met 'betrokken' groootaandeelhouders kan inzake ingrijpende besluiten de toets op het ondernemingsbelang een nuttige functie vervullen.

### **Eén regime**

Het gewone regime en het (volledige) structuurregime verschillen onder andere op de punten coöptatie en sleutelbevoegdheden. Indien het coöptatiesysteem bij het structuurregime zou worden afgeschaft en indien alle raden van commissarissen, ook die onder het gewone regime, over de hierboven aangeduide sleutelbevoegdheden zouden beschikken, komt in feite het onderscheid tussen de beide regimes goeddeels te vervallen. Zo bekeken krijgt het debat over de toepassingscriteria van de structuurregeling een meer fundamenteel karakter. Structuurvennootschappen schuiven bij afschaffing van de coöptatie op naar gewone vennootschappen en gewone vennootschappen schuiven bij toebedeling van sleutelbevoegdheden aan de raad van commissarissen op naar structuurvennootschappen. Er ontstaat een nieuw uniform regime dat ergens in ligt tussen het gewone regime en het structuurregime<sup>5</sup>. De sterke punten van het structuurregime blijven behouden en de zwakke punten worden opgeheven. De raad van commissarissen is toegerust met een grote dosis formele macht. Het is daarom van groot belang dat deze naar behoren is samengesteld, op basis van kwaliteit en onafhankelijkheid. Door het afschaffen van coöptatie wordt bovendien de afrekenbaarheid vergroot. Aldus kan aan drie basisvoorwaarden voor goed toezicht - onafhankelijkheid, professionaliteit en verantwoording - worden voldaan, onafhankelijk van de vraag of de onderneming in kwestie al dan niet 'betrokken' aandeelhouders heeft. Alle belangrijke ondernemingsbesluiten worden onderworpen aan een onafhankelijke en deskundige toets op hun bijdrage aan het ondernemingsbelang binnen een uniform systeem van ondernemingstoezicht. Dat is niet alleen beter dan in het huidige gecompliceerde bestel maar ook aanzienlijk simpeler en overzichtelijker

---

1 Aldus het *Advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht van de SER*, 1969, blz.12.

2 *Advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht van de SER*, 1969, blz. 17.

3 Zie P.W. Moerland, Coöptatie op de helling >850417, *ESB*, 19 mei 2000, blz. 417-420.

4 Rapport van de commissie-Peters, *Corporate governance in Nederland: de veertig aanbevelingen*, Kluwer, Deventer, 1997, blz. 11.

5 Dan resteert nog wel de vraag voor welke ondernemingen het hebben van een raad van commissarissen als wettelijke verplichting zou moeten gelden en voor welke ondernemingen zulks optioneel zou kunnen zijn.