



Sandwichcommissarissen

Auteur(s):

Moerland, P.W.

Hoogleraar Ondernemingsfinanciering en Corporate Governance aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Verschenen in:

ESB, 86e jaargang, nr. 4297, pagina 206, 2 maart 2001

Rubriek:**Trefwoord(en):**

corporate, governance

Het voorstel van de SER om familievennootschappen onder het verzwakte toezichtsregime te brengen, kent diverse bezwaren.

Onlangs heeft de Sociaal Economische Raad (SER) een gevraagd advies uitgebracht over de zogeheten structuurregeling in het kader van het ondernemingstoezicht ¹. Daarin wordt onder andere voorgesteld om familievennootschappen onder het verzwakte regime te brengen. Hieronder zal worden uiteengezet waarom dit geen goed idee is.

Structuurregime

De in 1971 ingevoerde structuurregeling is bedoeld voor 'grote' vennootschappen, waaronder wordt verstaan: ondernemingen van een zeker maatschappelijk gewicht. Voor dergelijke grote vennootschappen geldt toepassing van het structuurregime als verplichting. Kenmerk van dit regime is de verplichte instelling van een Raad van Commissarissen (RvC).

Het structuurregime kent twee modaliteiten: het volledige regime en het verzwakte regime. Onder het volledige regime bezit de RvC de volgende sleutelbevoegdheden:

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

Bij het verzwakte regime zijn de laatste twee sleutelbevoegdheden niet van toepassing.

Wat de sleutelbevoegdheden betreft, stelt de SER voor om voor alle vennootschappen onder de structuurregeling het goedkeuringsrecht inzake de jaarrekening terug te geven aan de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA). Datzelfde geldt voor het recht van benoeming en ontslag van commissarissen. Het systeem van coöptatie verdwijnt en dat is een goede zaak ².

Voorts doet de SER het voorstel om familievennootschappen niet langer onder het volledige regime te houden, maar om deze onder het verzwakte regime te brengen.

Uitgangspunten

De SER herbevestigt in zijn advies enkele belangrijke uitgangspunten, die ten grondslag liggen aan de structuurregeling. Als centrale doelstelling van de structuurregeling wordt aangemerkt

(blz. 32) "om de zeggenschap van werknemers te verankeren in de structuur van de 'grote' onderneming door hun invloed toe te kennen op de samenstelling van de RvC". Voorts onderschrijft de SER als belangrijk uitgangspunt, dat de RvC (blz. 58) "ten opzichte van het bestuur waarop hij toezicht houdt een sterke en onafhankelijke positie inneemt".

Uitzondering

Tegen de achtergrond van deze belangrijke uitgangspunten valt moeilijk in te zien waarom de SER met het voorstel komt om een extra uitzondering toe te voegen aan de reeds bestaande wettelijke uitzonderingen op de verplichte toepassing van het volledige structuurregime, te weten familievennootschappen. Deze vennootschappen mogen voortaan, indien ze onder de structuurregeling vallen, het verzwakte regime toepassen. Dat houdt in dat de bestuurders worden benoemd en ontslagen door de AVA en niet door de RvC, zoals onder het volledige structuurregime. De SER motiveert deze nieuwe uitzondering als volgt (blz. 73): *"Indien alle aandelen in een vennootschap in handen zijn van één natuurlijke persoon, dan wel van twee of meer samenwerkende natuurlijke personen, is de vennootschap in feite de incorporatie van het persoonlijk ondernemerschap van de aandeelhouder(s). In deze gevallen is bovendien veelal sprake van samenvallend van enig aandeelhouderschap en vervulling van de bestuursfunctie in de vennootschap. (...) De*

vennootschap (kan dan) worden geïdentificeerd met de persoon van de enig aandeelhouder."

Deze redengeving is voor aanvechting vatbaar. Immers, juist in geval van persoonlijk betrokken grootaandeelhouderschap bij een onderneming van een 'zeker maatschappelijk gewicht' (want daar hebben we het over!) dient de RvC een sterk en onafhankelijk toezicht-zonder mandaat en onafhankelijk van de bij de vennootschap betrokken deelbelangen - uit te kunnen oefenen. Dit klemt des te meer in die gevallen waar grootaandeelhouders tevens als bestuurder optreden. De RvC bevindt zich dan in het midden van een sandwich, waar hij boven en onder zich met dezelfde personen van doen heeft. In het ser-voorstel benoemen die personen (in hun hoedanigheid van grootaandeelhouder) niet alleen de commissarissen, maar ook zichzelf (als bestuurder). Dat maakt een RvC tandoel ingeval zich een verschil van inzicht met het bestuur voordoet ten aanzien van de nakoming van het ondernemingsbelang. Immers, de RvC kan een bestuurder niet heenzenden, ook al acht hij dat geboden, gelet op het belang van de onderneming (inclusief de belangen van de werknemers) en mede in het besef van zijn formele verantwoordelijkheid en juridische aansprakelijkheid als toezichthouder. Wat deze 'sandwich-commissarissen' resteert is om dan zelf op te stappen. Zo'n gang van zaken is uiterst onbevredigend en onwenselijk, juist bij ondernemingen van een 'zeker maatschappelijk gewicht'. In de 'sandwich-situatie' is er eerder een reden om de positie van de RvC te versterken dan te verzwakken.

Raad van advies

Een RvC moet, als het er echt op aankomt, het bestuur kunnen ontslaan. Wanneer dat niet kan, komt de sleutelbevoegdheid inzake goedkeuring van ingrijpende bestuursbesluiten evenzeer in de lucht te hangen. Als men echter zo iets juist nastreeft, transformeer de RvC dan in een Raad van Advies. Of denk eens na over een monistische opzet, waarbij bestuurders en commissarissen allen worden benoemd door de AVA en zitting nemen in één orgaan met een ongedeelde verantwoordelijkheid. De SER verwerpt echter het monistische systeem in zijn advies, en bepleit handhaving van het duale stelsel, waarbij bestuur en toezicht in afzonderlijke organen zijn ondergebracht. Daar hoort naar mijn opvatting de volgende stelregel bij: aandeelhouders benoemen (en ontslaan) commissarissen en commissarissen benoemen (en ontslaan) bestuurders. Dit is een logische formule die recht doet aan een evenwichtige opzet van 'checks and balances'.

Niet-beursgenoteerd

Behoudens deze fundamentele kritiek op het ser-voorstel inzake familievennootschappen is er nog het volgende aspect. Recent onderzoek heeft uitgewezen dat er in ons land naar schatting zo'n vierhonderd structuurvennootschappen zijn ³. Daarvan staan er ruim driehonderd geheel los van de beurs. Daarvan is vermoedelijk een groot deel in familiehanden, waarbij één of enkele natuurlijke personen als enig aandeelhouder, respectievelijk als grootaandeelhouders optreden. Door nu conform het SER-voorstel op deze vennootschappen het verzwakte regime te gaan toepassen, zal in de praktijk de verzwakte modaliteit verreweg het meest voorkomen. Het zal de regel worden, in plaats van de uitzondering. Dat versterkt de praktische relevantie van de weergegeven kritiek.

Gewone toezichtsregime

Behalve het volledige structuurregime en het verzwakte structuurregime kennen we ook nog het gewone regime. Dit regime berust niet op een wettelijke verplichting, maar staat ter vrije keuze van vennootschappen die niet onder het verplichte structuurregime vallen. Die vennootschappen mogen een RvC instellen, waarvan de leden worden benoemd door de AVA. Geen van de genoemde sleutelbevoegdheden berust uit hoofde van de wet bij de RvC. Voorts speelt de Ondernemingsraad (OR) geen wettelijke rol ten aanzien van de samenstelling van de RvC.

Eenvoud en transparantie

In feite kent ons land een uiterst complex bestel van ondernemingstoezicht met drie uiteenlopende regimes en met diverse uitzonderingsbepalingen. Daarmee ontbreekt de gewenste mate van transparantie, een van de sleutelbegrippen voor een adequate corporate governance.

Het verdient aanbeveling om het Nederlandse bestel van ondernemingstoezicht drastisch te saneren en te vereenvoudigen. Aangezien de basisvoorwaarden voor goed toezicht - onafhankelijkheid, deskundigheid, transparantie en verantwoording - een universeel karakter dragen, lijkt er geen principiële reden voorhanden te zijn om het structuurregime als wettelijk voorgeschreven structuur en het gewone regime naast elkaar te laten voortbestaan. Te overwegen is om over te schakelen op een helder en eenduidig regime van ondernemingstoezicht, dat in beginsel geldt voor alle ondernemingen waar toezicht aan de orde is. Daarbij is het van belang om een aantal sleutelbevoegdheden op een goede wijze te alloceren. Voorts zou in alle gevallen waar toezicht aan de orde is de OR gerechtigd moeten zijn om invloed uit te oefenen ten aanzien van de samenstelling van de RvC.

Beter regime

Op hoofdlijnen zou zo'n bestel van ondernemingstoezicht er als volgt uit kunnen zien. Commissarissen worden benoemd en ontslagen door de AVA. De OR komt in alle gevallen het recht van aanbeveling en van bezwaar toe bij de benoeming van commissarissen. Aan de RvC komen in alle gevallen de volgende sleutelbevoegdheden toe: benoeming en ontslag van bestuurders en de goedkeuring van ingrijpende bestuursbesluiten. De vaststelling van de jaarrekening komt in alle gevallen toe aan de AVA (zoals in het SER-voorstel). De zeggenschapsrechten van kapitaalverschaffers moeten meer in overeenstemming met de kapitaalrechten worden gebracht.

Dit is het basisregime, dat als uniforme wettelijke grondslag zou kunnen dienen. In de geest van een desbetreffende SER-aanbeveling dient de wet de mogelijkheid te bevatten dat op basis van overeenstemming tussen RvC, AVA en OR kan worden afgeweken van het wettelijke basisregime.

De wetgever moet niet 'alles' willen regelen, maar volstaan met het vastleggen van uniforme basiscondities, met daarbij enige speelruimte voor specifieke invulling door individuele ondernemingen

1 *Ontwerpadvies over het functioneren en de toekomst van de structuurregeling*, Sociaal-Economische Raad, Den Haag, 5 januari 2001.

2 Zie P.W. Moerland, [Coöptatie op de helling](#), *ESB*, 19 mei 2000, blz. 417-420 en P.W. Moerland en J.F.M. Peters, [Commissarissen zonder coöptatie](#), *ESB*, 27 oktober 2000, blz. 852-853.

3 H.J.M.N. Honée en L. Timmerman, Rapport inzake de toepassing van de structuurregeling; zeggenschapsverhoudingen in Nederlandse beursvennootschappen, Tilburg/Groningen, 2000.