



## Vertrouwen is goed, controle is beter

**Auteur(s):**

Mehring, E.

*De auteur is Rechtsadvocaat en advocaat bij Van Doorne Amsterdam. Met dank aan R. Bloemendal voor haar ondersteuning.*

[mehring@van-doorne.com](mailto:mehring@van-doorne.com)

**Verschenen in:**

ESB, 87e jaargang, nr. 4387, pagina D20, 5 december 2002

**Rubriek:**

Dossier: Duitsland

**Trefwoord(en):**

corporate, governance

*De Duitse wetgeving op het gebied van ondernemingsleiding is de afgelopen jaren in rap tempo strenger en veeleisender geworden. Een beter alternatief dan het Nederlandse uitgangspunt van vertrouwen tussen onderneming en wetgever?*

**Zoals vele begrippen uit het Angelsaksische rechtssysteem kreeg ook het begrip corporate governance in Duitsland pas recentelijk bekendheid. Enkele grote faillissementen alsmede de verdere internationalisering van de aandelenmarkt, niet in de laatste plaats als gevolg van de Duitse hereniging, hebben in de eerste helft van de jaren negentig een discussie in gang gezet over de vraag of het Duitse systeem van ondernemingsleiding nog aan de eisen van de tijd voldoet.**

**Hoe werkt het?**

Het Duitse systeem, vastgelegd in het 'Aktien-gesetz' <sup>1</sup>, is een zogeheten 'two-tier' stelsel, waarbij de raad van commissarissen toezicht houdt op de directie. De directieleden worden door de raad van commissarissen voor maximaal vijf jaar benoemd, met verlengingsmogelijkheid voor wederom maximaal vijf jaar.

De leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, voor zover de leden van de raad van commissarissen niet op grond van bijzondere regelingen in de statuten door speciale groepen van aandeelhouders kunnen worden benoemd of op grond van Duitse medezeggenschapswetgeving door andere organen worden gekozen. Een coöptatiemogelijkheid, zoals in het Nederlandse systeem van structuurvennootschappen, kent het Duitse systeem niet. De raad van commissarissen houdt in beginsel alleen toezicht en is niet bevoegd maatregelen te nemen die tot de bevoegdheid van de directie behoren. Wel is de raad van commissarissen bevoegd, en sinds kort verplicht, bepaalde besluiten van de directie aan zijn goedkeuring te onderwerpen. In het kader van de verplichting toezicht te houden is volgens recente jurisprudentie de raad van commissarissen ook gehouden te onderzoeken of schadeclaims tegen directieleden bestaan en deze dan ook door te zetten. De toezichtverplichting van de raad van commissarissen correspondeert met de verplichting van de directie de raad van commissarissen te informeren.

**KonTraG**

Omdat het toezichtstelsel voornoemd klaarblijkelijk niet voldoende functioneerde, heeft de Duitse wetgever in 1998 de Wet ter controle en transparantie op het gebied van ondernemingen (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)) in werking doen treden. Uit de toelichting daarop blijkt dat deze wet beoogt te reageren op "Schwächen und Verhaltensfehlsteuerungen" in het controlesysteem van naamloze vennootschappen. Met KonTraG worden verschillende andere wetten aangepast, met name het Aktiengesetz, het wetboek van koophandel en een aantal wetten inzake samenwerking tussen directie, raad van commissarissen en accountants.

De wet verplicht de directie in het jaarverslag niet alleen over de gang van zaken te berichten maar ook in te gaan op risico's voor toekomstige ontwikkeling. De meest belangrijke wijziging in dit kader houdt in dat de directie verplicht is een controlesysteem te introduceren teneinde ontwikkelingen die het voortbestaan van de vennootschap in gevaar kunnen brengen (bijvoorbeeld riskante derivatenhandel) vroegtijdig te erkennen. In verband met deze nieuwe verplichting zijn de taken van de accountant uitgebreid. Deze is thans verplicht ook te onderzoeken of de risico's voor de toekomstige ontwikkeling in het jaarverslag juist zijn weergegeven. Uit deze formulering valt geen eigen verplichting van de accountant naar onderzoek van eventuele risico's af te leiden maar wel de verplichting om te controleren of de middelen die door de directie bij de risico-controle gebruikt zijn, geschikt zijn voor het herkennen van deze risico's. Ook dient de accountant te controleren of de beschrijving van die risico's door de directie juist is. De accountant krijgt hiermee een grotere verantwoordelijkheid en loopt derhalve een groter risico.

De raad van commissarissen heeft in dit systeem een rol gekregen zodanig dat het thans de raad van commissarissen en niet meer de directie is die de opdracht aan de accountant geeft en daarmee ook aard en omvang van het controlewerk bepaalt. Hierdoor wordt de onafhankelijkheid tussen de directie en de accountant onderstreept en wordt de raad van commissarissen een hulpmiddel voor de uitoefening van zijn controlefunctie gegeven <sup>2</sup>. Het is ook de raad van commissarissen aan wie de accountant rapporteert; de raad tekent de accountantsverklaring.

In het verleden waren het vaak oud-bestuurders, collega's of bankiers die deel uitmaakten van de raad (dit laatste vaak in verband met de nogal sterke positie, die Duitse banken als aandeelhouders hebben). Thans wordt beoogd dat de raad van commissarissen door professionele deskundigen wordt gevormd, die zo onafhankelijk mogelijk opereren. De eerste stap in deze richting is het totale aantal commissariaten dat een persoon mag bekleden, te beperken. Wie al in tien of meer andere raden van commissarissen zetelt, mag volgens de KonTraG in beginsel niet lid worden van een elfde raad van commissarissen (buitenlandse vennootschappen tellen niet mee)<sup>3</sup>. Een voorzitterspositie in een raad van commissarissen telt in dit opzicht dubbel.

Om de controle te intensiveren, is vastgelegd dat een raad van commissarissen vaker zal vergaderen, namelijk ten minste een keer per kalenderkwartaal. Tot slot heeft de KonTraG de mogelijkheden om schadeclaims tegen leden van het bestuur en de raad van commissarissen in te dienen, uitgebreid.

### *Het effect*

De wetswijzigingen hebben ertoe geleid dat in vele ondernemingen oude gewoontes en gebruiken zijn

veranderd zo niet geheel afgeschaft. Met name de verplichting dat de accountant aan de vergadering ter bespreking van het jaarverslag door de raad van commissarissen dient deel te nemen en de raad van commissarissen over de resultaten van zijn onderzoek dient te berichten, heeft het besef dat de functie van commissaris geen vriendendienst maar een taak met grote verantwoordelijkheid is, sterk doen toenemen.

### **Kodex**

De Duitse wetgever heeft het hier niet bij gelaten. In 2001 is een regeringscommissie in het leven geroepen met als opdracht concrete aanbevelingen te doen, hoe het Duitse corporate governance-systeem aan de steeds sneller veranderende economische en technologische omstandigheden aangepast kon worden. Deze commissie, onder leiding van de Frankfurter hoogleraar Baums, heeft medio 2001 rapport uitgebracht<sup>4</sup>. Dit rapport bevat nieuwe ideeën, bijvoorbeeld met betrekking tot de implementatie van modere communicatiemiddelen in het Aktienrecht, zoals aandeelhoudersvergaderingen via het internet. Na het verschijnen van het rapport is in september 2001 door de minister van justitie een verdere commissie ingesteld die tot opdracht had een 'code of best practice' op te stellen. Deze commissie, onder leiding van de voorzitter van de raad van commissarissen van Thyssen Krupp, Cromme, heeft in februari 2002 de 'Deutsche Corporate Governance Kodex' gepubliceerd<sup>5</sup>. Deze bepaalt dat de directie en de raad van commissarissen de strategie van de onderneming met elkaar moeten afstemmen. De code bepaalt tevens de omvang en de manier van informatieverschaffing door de directie aan de raad van commissarissen. Voorts legt de Kodex vast dat de directie en de raad van commissarissen verplicht zijn regels van behoorlijk bestuur na te leven en dat de directie en de raad van commissarissen aansprakelijk kunnen zijn indien ze de zorgvuldigheid die een behoorlijk bestuurder betaamt, niet in acht nemen. In het jaarverslag zou hierover gerapporteerd dienen te worden. De onderneming zou moeten aangeven waarom zij bepaalde elementen in de Kodex niet accepteert.

De Kodex stelt dat erop toegezien moet worden dat de raad van commissarissen uit leden bestaat die over zakelijke kennis en ervaring voor een behoorlijke taakvervulling beschikken en daarnaast voldoende onafhankelijk zijn. In dit kader is bijvoorbeeld geregeld dat slechts twee vroegere bestuursleden lid van een raad van commissarissen mogen zijn en dat een commissaris niet bij een concurrerende onderneming als directeur, adviseur of anderszins betrokken is.

### **Integratie van wet en code**

Als meest recente ontwikkeling op het gebied van corporate governance is de invoering per eind juli 2002 van het 'Gesetz zur weiteren Reform des Aktiens- und Bilanzrechts, zur Transparenz und Publizität' (afgekort TransPuG) te noemen. Deze wet regelt een verdere ineenvlechting van het Aktiengesetz en Kodex. Ondernemingen zijn nu bijvoorbeeld verplicht aan te geven waarom zij regels uit de Kodex niet volgen.

Of door deze wettelijke regeling de kritiek op de Kodex (die zonder iedere grondwettelijke legitimatie tot stand is gekomen) afneemt, valt nog te bezien. De in het recente verleden rasante ontwikkeling maakt echter ook duidelijk dat de weg naar een in de eu algemeen geldende regeling een lange is, ook al worden bepaalde best practices algemeen aanvaard<sup>6</sup>.

### **Conclusie**

De nieuwe Duitse regulering legt een groot verschil tussen Duitse en Nederlandse regelgeving bloot: Nederland werkt liever met convenanten of aanbevelingen, Duitsland probeert de dingen bij wet te regelen. Nederland vertrouwt er op dat de ondernemingen de aanbevelingen van de commissie-Peters wel zullen gaan volgen. Mij dunkt dat ter voorkoming van onbehoorlijk bestuur wettelijke regels noodzakelijk zijn. Aanbevelingen geven domweg te veel speelruimte. Of, zoals Lenin het zei: "Vertrouwen is goed, controle is beter".

---

### **Dossier Duitsland**

D.J. Bruinsma: [Buren](#)

C.W.A.M. van Paridon: [Herenigd en versterkt](#)

M. Schramm: [Matigen loont niet, individualiseren wel](#)

S. Brakman, J.H. Garretsen: [Wordt de economische Muur geslecht?](#)

H.A.M. van Lieshout: [Duale stelsel is Tantaluskwelling](#)

A.H. Kleinknecht: ['Made in Germany':ieder nadeel heb z'n voordeel](#)

R. Inklaar, J. Sleifer, B. van Ark: [Innovatie en productiviteit](#)

W.H.J. Hassink: [Hartz en Donner: efficiënte onderhandelingen?](#)

F.A.G. den Butter: [De man van twee miljoen](#)

E.W. Mehring: [Vertrouwen is goed, controle is beter](#)

E.M. Valke: [Arbeidsmarkt cruciaal](#)

J.J.A. Eggelte: [Stroomopwaarts het Rijnland in](#)

A.L. Bovenberg: [Werk aan de winkel voor nieuw kabinet](#)

H. Maarse: [Tussen wachtlijst en waslijst](#)

K.G. Okma: [Duitse zorg op een kruispunt-hoezo?](#)

A.Bocker, D. Thranhardt: [\(Waarom\) integreert Duitsland beter?](#)

W. Jonkhoff: [Land van de rijzende zon?](#)

---

1 Wet van 6.9.65 Bundesgesetzblatt I, pag. 1089 met aanpassingen.

2 De onafhankelijkheid wordt ook gewaarborgd doordat accountant die binnen tien jaar zes keer de verklaring in de jaarstukken van een zelfde onderneming hebben getekend, geen accountant van diezelfde onderneming meer mogen zijn.

3 De later te noemen Kodex-wetgeving stelt deze hoeveelheid op maximaal vijf vast.

4 Th. Baums, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Verlag dr Otto Schmidt, Keulen, 2001.

5 ZIP-Dokumentation, 2002, blz. 452 e.v., [www.rws-verlag.de](http://www.rws-verlag.de). Bedoelde commissie blijft bestaan en zal de ontwikkeling van de corporate governance in Duitsland blijven volgen en minimaal een keer per jaar nagaan of aanpassing van de Kodex noodzakelijk is.

6 Zie het Financieele Dagblad, 5 november 2002.