

*Drs. H. M. A. Koenders en Prof. Dr. P. Verburg*

## **Via vertrouwenscommissaris naar werknemerscommissaris?**

### **1. Waar gaat het eigenlijk om?**

De Raad van Commissarissen (RvC) heeft in het achter ons liggende decennium op velerlei wijze en in velerlei media in de aandacht gestaan. Niet alleen als gevolg van enkele spraakmakende déconfitures of van conflicten tussen ondernemingsraden (OR) en RvC, maar ook in verkiezingsprogramma's, publikaties van werkgevers- en werknemersorganisaties, rapporten en artikelen als resultaat van wetenschappelijk onderzoek zijn de taak, de taakopvattingen, het functioneren en de samenstelling van de RvC volop ter discussie gesteld. Een selectie uit de veelheid van publikaties is achter dit artikel opgenomen.

Een van de meest recente publikaties op dit gebied is het advies van de Sociaal-Economische Raad (SER) over de 'samenstelling van toezichthoudende organen van grote naamloze en besloten vennootschappen' (vastgesteld in de vergadering van de SER van 13 april 1984). De belangrijkste vraag die in de, op 20 juni 1978 aan de SER voorgelegde, adviesaanvraag aan de orde werd gesteld is of het stelsel van gecontroleerde coöptatie zoals dat in de structuurwet is geregeld, moet worden gehandhaafd of vervangen door een benoemingsstelsel volgens het zgn. 'drie maal één derde' model (zie onder paragraaf 3 hierna).

Daarnaast is nog een tweetal vragen aan de Raad voorgelegd.

In de eerste plaats werd gevraagd de ervaringen met de Structuurwet te evalueren.

Daarenboven werd aan de SER de vraag voorgelegd of het voor de structuurvennootschappen wenselijk geachte stelsel behoort te worden uitgebreid tot andere rechtspersonen die een onderneming in de zin van de Wet op de ondernemingsraden in stand houden zoals grotere coöperatieve verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen. Het advies van de SER is op enkele punten beperkter dan de in de adviesaanvraag opgenomen vraagstelling en op andere punten ruimer. De SER heeft afgezien van de gevraagde evaluatie als zelfstandig onderdeel van het advies, maar zich geconcentreerd op het vraagstuk van de samenstelling van de RvC, waarbij de naar voren komende standpunten uiteraard 'mede steunen op de waardeoordelen over de feitelijke werking van de Structuurwet (een belangrijke basis voor een inzicht in die feitelijke werking was voor de Raad het in 1979 door het Van der Heijden Instituut gepubliceerde verslag van een onderzoek 'De

benoeming van commissarissen bij structuurvennootschappen'). Ook heeft de SER in 1984 nog geen advies uitgebracht over de vraag of een wenselijk te achten stelsel ook op andere dan structuurvennootschappen van toepassing zou moeten zijn. Deze vraag, maar dan niet toegepast op non-profitorganisaties en op ondernemingen gedreven in de rechtsvorm van een vereniging of stichting, is inmiddels in een in april 1985 vastgesteld vervoladvies beantwoord in die zin dat ook grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen verplicht dienen te worden een commissariaat in te stellen.

De verruiming van de vraagstelling houdt in dat de SER zich niet alleen over de samenstelling van de RvC heeft beraden maar ook aan de taak en de bevoegdheden van dit college aandacht heeft gegeven. Ook heeft de SER zich niet willen binden aan het in de adviesaanvraag genoemde specifieke benoemingsmodel ( $3 \times 1/3$ ). Ook andere varianten van een stelsel waarbij zowel de factor kapitaal als de factor arbeid rechtstreeks leden van de RvC benoemen, zijn in de beschouwing betrokken.

Het hoofdthema van het advies is dus de vraag of het stelsel van gecontroleerde coöptatie dient te worden vervangen door een of ander benoemingsstelsel en zo ja door welk stelsel.

Dit artikel beperkt zich tot dit hoofdthema.

In paragraaf 2 zal in het kort de huidige situatie in Nederland worden weergegeven.

Paragraaf 3 geeft een korte beschrijving van de door de SER besproken uitgangspunten voor de keuze van een benoemingsstelsel, terwijl in paragraaf 4 in het kort de door de SER besproken varianten worden samengevat. Tenslotte zullen wij in paragraaf 5 een eigen standpuntbepaling weergeven.

## **2. De huidige situatie in Nederland**

Formeel gezien is de huidige situatie in Nederland met betrekking tot de benoeming van commissarissen vrij eenvoudig en duidelijk. Voor *structuurvennootschappen* gelden de bepalingen van de artikelen 158 en 268 boek 2 BW (voor resp. de NV en de BV), waarin - kort samengevat - wordt bepaald dat commissarissen worden benoemd door de Raad van Commissarissen zelf (coöptatiestelsel). Een uitzondering op deze regel is mogelijk:

- bij het geheel ontbreken van de RvC: in dit geval heeft de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) het benoemingsrecht;
- in het geval de statuten bepalen dat één of meer commissarissen van overheidswege worden benoemd (de procedure is dan overigens verder dezelfde als bij benoeming door de RvC).

Eenvoudigheidshalve gaan wij hierna uit van een benoeming door de RvC.

In de wettelijk voorgeschreven benoemingsprocedure voor structuurvennootschappen hebben de AVA, de directie en de OR het recht kandidaten aan te bevelen. In geval van een vacature dient de RvC deze drie organen eerst de gelegenheid te geven kandidaten te noemen alvorens zelf een voordracht op te stellen.

Zodra de RvC een keuze heeft gemaakt uit de eventueel voorgestelde kandidaten en de eigen kandidaten, moet de benoemingsvoordracht worden voorgelegd aan de AVA en de OR, die het recht hebben bezwaar te maken tegen deze voorgenomen benoeming op grond van de overweging dat de betrokkene niet geschikt is voor die functie of dat na die benoeming de RvC niet naar behoren is samengesteld. Een vrij beperkte mogelijkheid dus. Als zulk een bezwaar wordt kenbaar gemaakt, kan de benoeming niet plaats vinden, tenzij de Sociaal-Economische Raad (SER) op verzoek van de RvC het bezwaar ongegrond heeft verklaard. Deze rol van de SER zal, op verzoek van de SER zelf, binnenkort door een wetwijziging overgaan op de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam.

Voor de *kleinere NV's en BV's* worden commissarissen (als tenminste de statuten een RvC voorschrijven), benoemd door de AVA. Artikel 143 boek 2 BW opent voor deze vennootschappen de mogelijkheid dat ten hoogste één derde deel van het aantal commissarissen wordt benoemd door anderen dan de AVA, hetgeen dan uiteraard in de statuten van de vennootschap moet worden geregeld. Voor zover ons bekend is een dergelijke regeling alleen van toepassing geweest bij Estel N.V.

*Werknemerscommissarissen* in de zin van door of namens de werknemers benoemde commissarissen, bestaan dus formeel in Nederland niet, hoewel dit instituut bij niet-structuurvennootschappen wel mogelijk zou zijn op grond van artikel 143 boek 2 BW.

Werknemerscommissarissen in de zin van commissarissen die in het bijzonder de belangen van de werknemers in de RvC behartigen, mogen in het geheel niet voorkomen omdat commissarissen de wettelijke plicht hebben de belangen van de vennootschap en van de daaraan verbonden onderneming als geheel te behartigen.

Toch komt de term werknemerscommissaris, of meer nog: vertrouwenscommissaris, in de praktijk wel voor. Daarmee wordt dan als regel bedoeld: de commissaris die (door RvC of AVA) is benoemd op voorstel van de OR, die dan gebruik heeft gemaakt van zijn wettelijk recht (bij structuurvennootschappen) of van zijn krachtens statuten of afspraken (bij andere vennootschappen) verkregen recht.

Beide termen zijn weinig gelukkig.

De term werknemerscommissaris kan de indruk wekken dat het om een door of namens de werknemers *benoemde* commissaris gaat. De term vertrouwenscommissaris kan de indruk wekken dat de op voorstel van de OR benoemde commissarissen wel en andere commissarissen niet het vertrouwen van de werknemers (c.q. de OR) genieten. Nu zal er zeker verschil zijn in de mate van vertrouwen dat verschillende commissarissen genieten, maar in alle gevallen waarin een door de directie, de AVA of de RVC zelf ingebrachte kandidatuur expliciet door de OR is ondersteund (vaak zelfs na min of meer uitvoerige kennismaking) zou de term vertrouwenscommissaris evenzeer op zijn plaats zijn.

Toch zullen wij de term *vertrouwenscommissaris* hier gebruiken voor de op voorstel van de OR benoemde commissaris en wel om de term *werknemers-*

*commissaris* te kunnen gebruiken voor de *door of namens de werknemers benoemde commissaris*. En ook omdat de term vertrouwenscommissaris al een zekere erkenning heeft gekregen door de oprichting van het 'Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen', waarin een aantal van deze commissarissen zich hebben aaneengesloten voor onderling overleg en beraad over de specifieke problemen van deze positie.

Wat is nu de omvang van het verschijnsel 'vertrouwenscommissaris'?

In SMO-boek 14 'Een andere staat voor het commissariaat' (Scheveningen 1980) komen enkele gegevens voor die zijn ontleend aan een onderzoek door het Van der Heijden Instituut (Nijmegen 1979) over de periode 1973-1977.

Daaruit blijkt dat in die periode bij 166 structuurvennootschappen met ongeveer 1085 commissarissen in 54 vennootschappen daarvan in totaal 78 door de OR voorgestelde commissarissen zijn benoemd. In 32,5% van de structuurvennootschappen kwam toen dus het instituut vertrouwenscommissaris voor, maar slechts 7,2% van alle commissarissen bij die 166 vennootschappen was vertrouwenscommissaris. Een onderzoek van Van Lent c.s. van de Interfaculteit Bedrijfskunde (Delft 1980) komt tot een percentage van 4 à 5% vertrouwenscommissarissen. Het register van het Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen bevat volgens gegevens uit 1984 ongeveer 60 namen. In de periode medio '82 tot mei '84 zijn vier bemiddelingspogingen gedaan door een OR in contact te brengen met een kandidaat, hetgeen ook tot vier benoemingen heeft geleid.

Bepaald nog geen indrukwekkende omvang van de directe invloed van de werknemers op de samenstelling van de Raad van Commissarissen. Het is echter heel goed mogelijk - en zelfs waarschijnlijk - dat de invloed van de OR de facto verder gaat. Zo zal in een aantal gevallen de OR graag afzien van het aanbevelingsrecht omdat zij de redelijke verwachting hebben dat een zittende commissaris in wie de OR op grond van de ervaringen vertrouwen heeft, voor herbenoeming zal worden voorgedragen. Er zijn ons gevallen bekend waarin de OR zulks ook expliciet heeft laten weten.

Ook komt het meermalen voor dat informeel overleg tussen RvC en OR over mogelijke kandidaten leidt tot suggesties van de zijde van de OR die door de RvC worden overgenomen of tot een volledige overeenstemming over een door anderen genoemde kandidaat, zonder dat formeel sprake is van een aanbeveling van de zijde van de OR. De daadwerkelijke omvang van dergelijke situaties is ons echter niet bekend.

Bij een en ander dient dan wel te worden bedacht dat de informele invloed in sterke mate afhankelijk is van de kwaliteit van de informele verhoudingen. Het valt dan ook niet te verwonderen dat mogelijkheden zijn onderzocht om tot een andere *formele* regeling voor de benoeming van commissarissen te komen.

De paragrafen 3 en 4 gaan hier nader op in aan de hand van het eerder genoemde SER-advies uit 1984.

### **3. Uitgangspunten van de SER voor benoeming tot commissaris**

De SER formuleert een viertal uitgangspunten in zijn advies:

- de onafhankelijke positie van commissarissen;
- de 'eenheid' van de RvC;
- de spreiding van deskundigheden en de maatschappelijke verbreding van de samenstelling van de RvC;
- het vertrouwen in de RvC en zijn leden.

#### *De onafhankelijke positie van commissarissen*

De SER hecht grote waarde aan het beginsel dat de RvC zich richt op de belangen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming als geheel. Bij hun oordeels- en besluitvorming mag geen enkel deelbelang bij voorbaat van doorslaggevende betekenis zijn. Dit houdt in dat ingeval er sprake is van onderling strijdige deelbelangen elk van die belangen door elke individuele commissaris zonder partijdigheid en vooringenomenheid voor het volle gewicht in de weegschaal moet worden gelegd. Derhalve is een onafhankelijke en zelfstandige opstelling van de commissarissen tegenover alle betrokken belangen vereist.

#### *De 'eenheid' van de RvC*

Dit uitgangspunt houdt in dat de RvC als groep van personen gezamenlijk dient te waken over de belangen van de vennootschap. Deze gezamenlijke verantwoordelijkheid vereist dat tussen hen een geest van samenwerking en collegialiteit bestaat en dat zij het zoveel mogelijk trachten eens te worden in geval van (soms moeilijke) beslissingen. De SER erkent dat binnen de RvC er niet altijd eenheid van opvatting behoeft te bestaan. De eenheidsgedachte beoogt wel dat in goede harmonie wordt samengewerkt en wordt gestreefd naar overbrugging van eventuele meningsverschillen.

#### *De spreiding van deskundigheden en de maatschappelijke verbreding van de RvC*

Gegeven de aard van de betrokken ondernemingen acht de SER het gewenst dat in de RvC een behoorlijke en zo efficiënt mogelijke spreiding van deskundigheden aanwezig is. De raad dient 'naar behoren' te zijn samengesteld. Mochten OR en/of AVA van mening zijn dat bij een voorgenomen benoeming aan dit beginsel niet is voldaan, dan kunnen deze organen gebruik maken van het hun bij wet toegekende bezwaarrecht. Daarnaast dient de RvC zo te zijn samengesteld dat zijn leden een gevarieerde maatschappelijke achtergrond hebben, d.w.z. uit een brede kring afkomstig zijn.

#### *Het vertrouwen in de RvC en zijn leden*

Een laatste uitgangspunt van de SER is dat AVA en OR het vertrouwen moeten kunnen hebben dat de RvC zich steeds zal inzetten om zijn taak - de behartiging van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming - naar beste vermogen zal vervullen en daarbij op evenwichtige wijze ook acht zal slaan op de belangen van respectievelijk aandeelhouders en werknemers.

De SER onderkent dat er een zekere spanning bestaat tussen deze uitgangspunten, met name tussen aan de ene kant de onafhankelijkheid van een commissaris en in dat kader de eenheidsgedachte en aan de andere kant het vertrouwen in de RvC en zijn leden. Deze spanning kan zich met name manifesteren in de contacten tussen commissarissen en de ondernemingsraad.

#### **4. De door de SER besproken varianten**

Omtrent de uitgangspunten voor de benoeming tot commissaris waren de meningen binnen de SER eensluidend, omtrent de te bespreken benoemingsstelsels was dit echter geenszins het geval. Met name de werkgeversvertegenwoordigers waren voorstander van handhaving van het coöptatiestelsel, terwijl met name de werknemersvertegenwoordigers opteeden voor het stelsel van rechtstreekse benoeming. Enkele onafhankelijke deskundigen binnen de raad stelden een tussenoplossing voor, waarin naar hun mening de voornaamste elementen van beide andere systemen zijn verenigd.

##### *Het stelsel van gecontroleerde coöptatie*

De SER stelt in zijn advies enkele wijzigingen voor ten aanzien van de huidige regeling.

De eerste wijziging betreft de interpretatie van de bezwaargrond ten aanzien van een voorgenomen benoeming van een commissaris op grond van diens ongeschiktheid ter vervulling van de taak van commissaris. De SER meent dat een redelijke interpretatie hiervan meebrengt dat ook als bezwaar toelaatbaar is dat een kandidaat niet geschikt is voor een commissariaat bij de betrokken vennootschap en verwerpt een enge uitleg dat enkel toelaatbaar is het bezwaar dat de kandidaat ongeschikt moet zijn voor welke commissarisfunctie dan ook. Voorts stelt de SER voor de door de wetgever bedoelde fasering in de benoemingsprocedure (zie onder punt 2 hiervoor) expliciet in de wet tot uitdrukking te brengen. De AVA en de OR moeten voldoende gelegenheid krijgen om gebruik te maken van het recht van aanbeveling van een kandidaat om daarmee invloed uit te oefenen op de besluitvormende instantie (de RvC). Dit dient te geschieden voordat de RvC, de AVA en de OR in kennis stelt van een voorgenomen benoeming. Deze instanties dienen in overleg hiertoe een voorziening te treffen, waarin desgewenst concrete termijnen worden vastgelegd.

##### *Het benoemingsstelsel*

In de adviesaanvraag werd de SER de vraag voorgelegd of het wellicht gewenst zou zijn het huidige systeem te wijzigen in een benoemingsstelsel, waarin AVA en OR elk één derde deel van de RvC benoemen en deze twee derde delen tezamen het nog ontbrekende deel. De SER heeft naast dit model van het benoemingssysteem nog een drietal varianten aan de orde gesteld, waarin onder meer het voorstel voor de vijfde Europese richtlijn en ook in het buitenland geldende regelingen - met name die in Duitsland - zijn betrokken.

Het advies is uitgewerkt voor een stelsel volgens de formule  $2x + y$ , dat

inhoudt dat de aandeelhouders en de werknemers (dan wel de OR) elk een gelijk aantal commissarissen benoemen en dat deze commissarissen vervolgens één of meer y-commissarissen coöpteren, waarbij y kleiner is dan of gelijk is aan x.

Aan de RvC, de AVA en de OR dient naar de mening van de SER het recht van bezwaar te worden toegekend, met dien verstande dat dit recht door AVA en OR wordt uitgeoefend ten aanzien van elkaars kandidaten. De SER is verdeeld over het toekennen van het bezwaarrecht aan het bestuur.

Indien bezwaar is gemaakt tegen een voorgenomen benoeming door een orgaan dan wordt deze geblokkeerd. Het desbetreffende orgaan kan tegen het bezwaar beroep aantekenen bij de Ondernemingskamer. De SER stelt voorts dat een bepaling inzake vooroverleg wenselijk is. Deze bepaling dient in te houden dat de OR en de AVA (c.q. aandeelhouderscommissie) geen benoemingsbesluit nemen dan nadat vooroverleg is gevoerd met (vertegenwoordigers van) de RvC en het bestuur alsmede van de AVA c.q. aandeelhouderscommissie resp. de OR.

#### *Het stelsel van de bindende voordracht*

Dit stelsel komt tegemoet aan de naar het inzicht van de voorstanders van dit stelsel, gerechtvaardigde wensen van de voorstanders van het benoemingssysteem. Tevens combineert het stelsel de belangrijkste elementen van het coöptatie- en het benoemingssysteem, waardoor het in hun ogen meer aanvaardbaar is.

Het bestaande recht van de AVA, de OR en het bestuur om commissarissen aan te bevelen, dient bindend te worden gemaakt zodat de RvC daarvan niet mag afwijken. Wel blijft de RvC de benoemende instantie. Deze gang van zaken zal volgens de voorstellers op weinig problemen stuiten als het vooroverleg verplicht wordt gesteld. Aldus wordt het bezwaar tegen het coöptatiestelsel weggenomen dat de RvC uiteindelijk zijn eigen inzichten over de meest geschikte kandidaat kan laten prevaleren. In dit stelsel komt de RvC wel het bezwaarrecht toe, waarover de daartoe aangewezen instantie op verzoek van OR of AVA een uitspraak moet doen.

## **5. Beoordeling van de stelsels door de SER**

### *Handhaving coöptatiestelsel*

De voorstanders van handhaving van het coöptatiestelsel zijn van mening dat dit stelsel globaal gezien beter beantwoordt aan de gemeenschappelijke uitgangspunten.

De onafhankelijke positie van commissarissen is beter gewaarborgd in dit stelsel, terwijl het ook wat betreft de 'eenheid' van de RvC zekere voordelen heeft. Rechtstreekse benoeming kan namelijk de tendentie inhouden dat benoemden zich min of meer gebonden achten aan de meningen van het benoemende orgaan. Zeker in geval van een op handen zijnde herbenoeming kan deze overweging een rol spelen. Spreiding van deskundigheden zal binnen dit stelsel in de praktijk wellicht beter en efficiënter kunnen plaatsvinden. Het vertrouwen in de RvC is terug te voeren op het recht van voordracht, het kennisgeven van de voorgenomen benoeming en het recht

van bezwaar. Wordt een voorgedragen commissaris in de RvC benoemd, dan zal deze op het moment van benoeming zeker het vertrouwen genieten van het voordragende orgaan.

De voorstanders van het coöptatiestelsel zijn voorts van mening dat er als zodanig in concreto maar weinig bezwaren bij het systeem naar voren zijn gebracht, van welke bezwaren bij een kritische beschouwing bovendien niet veel overblijft. Zij achten de voordelen die aan het benoemingsstelsel worden toegeschreven, onvoldoende gegrond en menen dat aan een dergelijk systeem zeer wezenlijke nadelen zijn verbonden. Een van deze wezenlijke nadelen kan naar voren treden indien zich conflictsituaties voordoen. Bij volledig onafhankelijke opstelling van de gekozen commissaris kan een afwijkende opstelling zijn achterban frustreren; conformeert hij zich aan de wensen van het benoemende orgaan, dan blijft van zijn onafhankelijkheid weinig over. Het toevoegen van het recht van bezwaar heft de nadelen niet op. Het maakt het benoemingsstelsel slechts gecompliceerder en, in geval van conflictsituaties, tijdrovender.

### *Rechtstreekse benoeming*

Dit stelsel is in de ogen van de voorstanders vanuit een oogpunt van medezeggenschap en medeverantwoordelijkheid van werknemers ten aanzien van de samenstelling en het functioneren van de RvC fundamenteel te verkiezen.

Het stelsel verplicht de OR geschikte kandidaten aan te trekken, terwijl de OR alleen commissarissen benoemt die zijn vertrouwen genieten. Het systeem als zodanig levert een bijdrage tot het vertrouwen in de RvC als geheel. Ten aanzien van de uitgangspunten stellen de voorstanders het volgende.

- a. In het benoemingsstelsel zijn voldoende garanties opgenomen om de onafhankelijkheid te waarborgen: de instructienorm neergelegd in artikel 140 lid 2 Boek 2 BW, het feit dat het benoemende orgaan niet een rechtstreeks ontslag- of schorsingsrecht heeft ten aanzien van een door hem benoemde commissaris en de omstandigheid dat in dit stelsel eveneens het bezwaarrecht geldt.
- b. In het verlengde hiervan is eveneens de 'eenheid' van de RvC voldoende gegarandeerd.
- c. Het vertrouwensdilemma dat de voorstanders van het coöptatiestelsel naar voren brachten is onjuist gesteld, ongenuanceerd en generaliserend. Het risico van mandatarissen is slechts theoretisch aanwezig. Het vertrouwen in de RvC kwam al in het voorgaande ter sprake. De grotere verantwoordelijkheid die de AVA en de OR in dit stelsel krijgen ten aanzien van benoemingen en dus voor de uiteindelijke samenstelling en voor het functioneren van de RvC als college, bewerkstelligt een groter vertrouwen in de RvC dan in het coöptatiestelsel het geval is.
- d. Tevens garandeert het benoemingsstelsel, dat zowel AVA als OR in ieder geval een duidelijk vertrouwen kunnen stellen in de capaciteiten en de persoon van een aantal commissarissen.
- e. De maatschappelijke verbreding van de samenstelling van de RvC zal sneller kunnen verlopen in dit stelsel dan onder coöptatiesysteem. Wel is het gewenst dat thans in het maatschappelijke leven veelvuldig voor-



komende belemmeringen van de combinatie van de vervulling van een commissariaat met de uitoefening van tal van functies, worden opgeheven.

### *Bindende voordracht*

De voorstanders van dit stelsel gaan eveneens uit van de formule  $2x + y$ , zodat aandeelhouders en OR elk voor een gelijk deel het bindende aanbevelingsrecht kunnen uitoefenen. Het stelsel zou daarmee beter aansluiten bij de huidige praktijk en het verzwakt het tegen het benoemingssysteem geopperde bezwaar dat commissarissen zich wellicht minder onafhankelijk zullen opstellen en voornamelijk oog zullen hebben voor bepaalde deelbelangen.

AVA en OR benoemen immers niet rechtstreeks, terwijl een formele band met de groep waaruit de voordracht afkomstig is, ontbreekt. Bovendien betekent dit systeem een verbetering van het bestaande coöptatiestelsel, doordat het aandeelhouders en werknemers meer betreft in, en derhalve verantwoordelijk maakt voor, de desbetreffende commissarissenbenoeming(en).

De mening van de voorstanders van het stelsel van de bindende voordracht is dat tussen beide hoofdsystemen veel minder grote verschillen bestaan dan wordt gesuggereerd en dat dit systeem deze verschillen kan verzachten of overbruggen.

De voorstanders van het coöptatiesysteem staan afwijzend tegenover dit stelsel. De facto is het een stelsel van rechtstreekse benoeming, dus geen echte tussenoplossing. Het verdoezelt naar hun mening alleen optisch de verschillen tussen beide hoofdsystemen enigszins. De voorstanders van het benoemingsstelsel prefereren deze tussenoplossing boven het coöptatiestelsel, maar houden vast aan hun voorkeur voor het door hen bepleite stelsel.

## **6. Quo Vadis?**

Hoe nu verder? De standpunten van werkgevers en werknemers liggen ver uiteen. De regering lijkt niet van plan te zijn op korte termijn belangrijke veranderingen in de wettelijke regeling door te voeren. Het ontwerp van de vijfde-EG-richtlijn zal - als dit ontwerp een definitieve richtlijn wordt - de regering ook niet tot drastische veranderingen verplichten omdat het stelsel van gecontroleerde coöptatie volgens dat ontwerp tot de toegestane mogelijkheden blijft behoren. Hoewel wij een belangrijk deel van de argumentatie voor een benoemingsstelsel onderschrijven, lijkt het ons niet verstandig een dergelijk stelsel via een wettelijke regeling over de gehele linie in korte tijd in te voeren.

De kans op een te grote discontinuïteit in de samenstelling van de raden en daarmee de kans op geringere doelmatigheid en effectiviteit in het functioneren, lijkt ons daarvoor te groot. Ook is het maar de vraag of aandeelhouders en ondernemingsraden in staat zullen blijken te zijn in een relatief korte tijd bekwame, echt eigen kandidaten te vinden.

Tegenover de in het SER-advies besproken modellen willen wij dan ook een

ander stellen, dat wij zouden willen aanduiden met de term *groeimodel*. Wij gaan daarbij uit van een groei naar het  $2x + y$  systeem. Alleen voor de weg daartoe bepleiten wij niet een wettelijke regeling als *uitgangspunt* voor de invoering daarvan, maar als *bevestiging van een ontwikkeling*.

Maar er zullen dan wel maatregelen moeten worden genomen om die ontwikkeling te bevorderen.

Wij noemen hierbij een viertal mogelijke maatregelen, te weten:

- intensivering van de voorlichting aan ondernemingsraden;
- meer onderzoek naar het functioneren van het samenspel tussen RvC en OR;
- een duidelijker en meer op de stimulering van het overleg gerichte wettelijke regeling van de benoemingsprocedure;
- een verruiming van het bezwaarrecht van AVA en OR.

De *intensivering van de voorlichting aan ondernemingsraden* zou het initiatief moeten zijn van opleidingsinstituten voor ondernemingsraadsleden en van tijdschriften en andere voorlichtingspublicaties. Deze voorlichting zou gericht moeten zijn op de mogelijkheden tot en het belang dat verbonden is aan het gebruik maken van de aanbevelingsmogelijkheden en van procedure-afspraken met de RvC over benoemingszaken. Het is onze indruk (meer dan een indruk is het vooralsnog niet) dat er nogal wat ondernemingsraden zijn die te weinig belang hieraan hechten, al dan niet op grond van een ervaring 'dat het toch niets uithaalt om van het aanbevelingsrecht gebruik te maken' of omdat men opziet tegen het werk dat is verbonden aan het zoeken van een geschikte kandidaat, ondanks het bestaan van kandidatenregisters (zoals dat van ATIM in Utrecht en van een aantal adviesbureaus). De voorlichting zou dus vooral de activiteit en de vasthoudendheid van de ondernemingsraden zelf moeten verhogen.

Het *onderzoek naar het functioneren van het samenspel tussen RvC en OR* zou onder meer de volgende aspecten kunnen omvatten:

- de mate waarin door gerechtigden (AVA, OR, directie) gebruik wordt gemaakt van het aanbevelingsrecht, de mate waarin aanbevelingen worden opgevolgd en de argumenten voor het niet opvolgen van de aanbevelingen;
- de mate waarin informeel overleg leidt tot profielbeschrijvingen voor commissarissen en invloed heeft op de keuze van personen zonder dat van een formeel gebruik van het aanbevelingsrecht sprake is;
- de mate waarin voordrachten van de RvC door de OR expliciet worden ondersteund;
- de intensiteit van het overleg tussen OR en commissarissen en de intensiteit van de betrokkenheid van afzonderlijke commissarissen daarin.

Publicatie van dergelijke onderzoeksgegevens kan zowel voor RvC als voor OR richtinggevend zijn voor de eigen opstelling in de ontwikkeling.

Een *duidelijker en op de stimulering van het overleg gerichte wettelijke regeling van de benoemingsprocedure* kan verschillende elementen bevatten.

In de eerste plaats zal (zoals ook de SER heeft betoogd) de onduidelijkheid in de wet over de *fasering van de raadplegingsprocedure* - namelijk de vraag of de fase: gelegenheid om kandidaten te noemen in de tijd gescheiden moet zijn van de fase waarin de RvC de voor te dragen kandidaat noemt - moeten worden weggenomen. Weliswaar stelt men zich in de literatuur vrij algemeen op het standpunt dat die scheiding er moet zijn, maar bij discussies in de praktijk wordt nogal eens een beroep op die onduidelijkheid gedaan. Ook naar onze mening ten onrechte. Deze duidelijkheid is met name van belang omdat bij een juiste spreiding in de tijd de OR meer gelegenheid heeft (ook met de RvC) te overleggen over de kandidatuur en minder snel de indruk hoeft te hebben dat 'het toch allemaal al is bekookstooft'.

Vervolgens kan men denken aan een wettelijke regeling, waarbij het benoemingsmodel volgens het *2x + y systeem* niet bindend wordt voorgeschreven maar wel wordt *mogelijk gemaakt*. In latere discussies over eventueel verdergaande regelingen ten aanzien van het benoemingsstelsel kan dan gebruik worden gemaakt van ervaringen in Nederland.

Men kan zich afvragen in hoeverre van een dergelijke mogelijkheid gebruik zal worden gemaakt. Daarbij kan worden verwezen naar het uiterst minimale gebruik - en dan nog in een zeer bijzondere situatie - dat is gemaakt van de wettelijke mogelijkheid om in een gewone BV hoogstens een derde van het aantal commissarissen te doen benoemen door anderen dan de AVA. Daartegenover kan men stellen dat er nu ook al een aantal vennootschappen is, waarin meer dan één commissaris (in een enkel geval zelfs meer dan een derde van het totale aantal commissarissen) op voorstel van de ondernemingsraad is benoemd. In zulke gevallen zou het mogelijk moeten zijn nadere afspraken met AVA en OR te maken over de verdeling van het benoemingsrecht.

Ook zou het aanbeveling verdienen als zou worden voorgeschreven dat voorafgaand overleg tussen RvC en OR over een *commissarissenprofiel* nodig is.

Een *verruiming van het bezwaarrecht* zou de neiging bij de OR om zich in te spannen een aanvaardbare kandidaat te zoeken, kunnen verhogen. Een verplicht overleg over en het verplicht opstellen van een commissarissenprofiel zou wellicht kunnen leiden tot een toetsing van ingebrachte bezwaren aan zulk een profiel.

Artikel 158 en 268 Boek 2 BW geven de SER de taak de bezwaren van de ondernemingsraad te toetsen als de RvC zich daartoe tot de SER wendt. De SER heeft hierover in een uitspraak (26 november 1982) over de bezwaren van de ondernemingsraad Amsterdam van Mobil Oil tegen een commissarisbenoeming gezegd dat de in deze artikelen aan de SER opgedragen taak eist dat de SER de bezwaren van de ondernemingsraad inhoudelijk toetst en niet slechts marginaal. 'De tekst van deze wettelijke bepaling biedt geen aanknopingspunt voor een andere opvatting', aldus de SER.

Boukema (OR-informatie, maart 1983, blz. 40 e.v.) betoogt daarentegen dat

‘de aard en de strekking van de wet wel degelijk aanknopingspunten voor een andere opvatting bevat’. Het gaat er, aldus Boukema, immers niet om of de SER vertrouwen heeft in de voorgedragen commissaris, maar of de werknemers respectievelijk de aandeelhouders vertrouwen in hem hebben. Marginaal toetsen zou moeten inhouden de beoordeling of een OR haar bevoegdheid om een bepaalde commissarisbenoeming te blokkeren, kenmerkend onredelijk of onbillijk uitoefent.

Anderzijds memoreert Boukema ook een passage uit de kamerstukken, waaruit de SER wellicht zou kunnen hebben geconcludeerd dat zij haar oordeel in de plaats zou moeten stellen van dat van de ondernemingsraden. Deze passage betreft de argumentatie van de regering van het feit dat de beoordeling van de bezwaren tegen een commissariskeuze aan de SER werd opgedragen en niet aan de Ondernemingskamer. De samenstelling van de SER biedt voor de beoordeling van de geschiktheid van de persoon of van de juistheid van de samenstelling van de raad van commissarissen, meer waarborgen voor een deskundige behandeling dan de Ondernemingskamer. Dit was, kort samengevat, het door Boukema geciteerde standpunt van de regering.

Maar na deze discussie is er wel wat veranderd, zij het niet als gevolg daarvan. Op grond van het eerder genoemde interim-advies zal de behandeling van de verzoekschriften naar aanleiding van bezwaren tegen commissarisbenoemingen in de toekomst door de Ondernemingskamer worden verricht, als het desbetreffende wetsontwerp door de Staten-Generaal wordt aanvaard.

Afgezien van de vraag of de destijds gegeven argumentatie om de voorkeur te geven aan behandeling door de SER boven die door de Ondernemingskamer, juist is, valt het toch op dat de SER in zijn voorstel en de regering in haar wetsvoorstel geen aanleiding hebben gevonden de formulering van de bezwaargronden te verruimen (SER-advies 1984, blz. 62).

De SER spreekt wel van een ‘geobjectiveerd gebrek aan vertrouwen’: er moeten concreet vaststelbare feiten worden aangevoerd. Volgens de SER kan aan de huidige tekst van de wet al wel een bezwaar op grond van zo’n geobjectiveerd gebrek aan vertrouwen worden ontleend en is in die zin verruiming van de wettelijke bezwaarmogelijkheden niet nodig. Een commissaris van wie op grond van concreet vaststelbare feiten door een objectief oordelend college kan worden vastgesteld dat hij niet het vertrouwen geniet (kan genieten) van de OR of de aandeelhouders, is niet geschikt voor die commissarisplaats. Maar dat dient dan wel - zo is het SER-standpunt - volledig en niet slechts marginaal te worden getoetst.

Maar gebrek aan vertrouwen is nu eenmaal niet altijd een zuiver objectieve zaak. Wij zijn het daarom met Boukema wel eens dat een dergelijke interpretatie van de wet tot een uitholling van het bezwaarrecht leidt. Als nu blijkbaar zo’n interpretatie mogelijk is en de formulering destijds niet is bedoeld als een ‘wisseltruc’, zoals Boukema het noemt, dan is er alle aanleiding ook dit mogelijke misverstand uit de wet te halen. Dit zou

kunnen gebeuren door naar analogie van art. 26 lid 4 van de Wet op de Ondernemingsraden een beroep tegen een bezwaar van de OR (of aandeelhouders) op grond van de ongeschiktheid van de kandidaat of het niet naar behoren samengesteld zijn van de raad van commissarissen, *alleen kan worden ingesteld ter zake dat de OR (of de aandeelhouders) bij de beoordeling van de voordracht niet in redelijkheid tot zijn bezwaar had kunnen komen*. Daarmee wordt o.i. in voldoende mate aangegeven dat hier sprake moet zijn van een marginale toetsing om misbruik van het bezwaarrecht door OR of aandeelhouders te voorkomen en zijn wij dichterbij de oorspronkelijke bedoeling van het bezwaarrecht.

### **Slotopmerkingen**

In de vorige paragraaf hebben wij enige suggesties genoemd om de mogelijke invloed van werknemers op commissarissenbenoemingen te verruimen, zonder deze overigens geheel in detail uit te werken.

De bedoeling van dit artikel moet in de eerste plaats worden gezien als een poging om de stilte die rond het SER-advies dreigt te ontstaan te doorbreken en de discussie over dit onderwerp gaande te houden. Daarom is ook alleen aandacht besteed aan de benoemingsprocedures. Over de relatie RvC-OR in het algemeen zou uiteraard nog veel uitvoeriger te spreken zijn, maar dan komen veel aspecten aan de orde die buiten de benoemingsprocedure vallen en daarmee buiten het bestek van dit artikel.

## Literatuur

- Albeda, W., Beter contact OR-RvC, in: *OR-Informatie*, december 1980.
- Boukema, C. A., Wonder blijkt wisseltruc, in: *OR-Informatie*, maart 1983, blz. 40-42.
- Brenninkmeijer, A. M., Samenstelling van de Raad van Commissarissen, in: *Praktijkboek Commissarissen*, I.A.4, Deventer, augustus 1984.
- Burg, V. A. M. van der, Invoering van werknemerscommissarissen bij de structuurvennootschap, in: *TVVS*, 1981 nr. 10.
- Geersing, B., Verdeeld ontwerpadvies over RvC, in: *OR-Informatie*, november 1983.
- Geersing, B., Vertrouwens-commissarissen, Nog niet erg vertrouwd, in: *OR-Informatie*, juni 1980.
- Geersing, B., Zwakke verdediging coöptatie-systeem, in: *OR-Informatie*, januari 1984.
- Glasz, J. R., Het formuleren van profiel, kennis en vaardigheden, in: *Praktijkboek Commissarissen*, I.A.3, Deventer, augustus 1984.
- Honée, H. J. M. N., *De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 9, 1979.
- Knaapen, A. L. M., Benoeming van Commissarissen, in: *Praktijkboek Commissarissen*, I.A.6, Deventer, 1982.
- Knaapen, A. L. M., Ervaring met de structuurwet, in: *Gids voor Personeelbeleid, Arbeidsvraagstukken, Sociale verzekering*, 2.09.1980.
- Knaapen, A. L. M. en P. H. Kempen, Het zoeken en werven van kandidaten, in: *Praktijkboek Commissarissen*, I.A.5, Deventer 1982.
- Kuip, R., Een protocol voor commissarissen, in: *Personeelswerk*, mei 1982.
- Lent, R. van en R. Niezen, *Ondernemingsraad en Raad van Commissarissen*, Alphen aan den Rijn, 1980.
- Luijk, H., De taken en bevoegdheden van de Raad van Commissarissen en de Ondernemingsraad, in: *TVVS*, 1980, nr. 8.
- Luijk, H., Wat is de toekomst van de Raad van Commissarissen in Nederland?, in: *TVVS/Ondernemingsrecht*, 1979, nr. 10.
- OR-Informatie*, Vertrouwenscommissarissen, juni 1980.
- Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen, *De commissaris in dialoog met het OR- en Kamerlid*, najaarsconferentie 20.11.1980.
- Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen, *De Raad van Commissarissen en de nieuwe wet op de OR*, z.j.
- Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen, *Een andere staat voor het commissariaat?*, SMO-boek 14, Scheveningen 1980.
- Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen, *De maatschappelijke verantwoordelijkheid van commissarissen en ondernemingen*, voorjaar 1983.
- Praktijkboek Commissarissen*, losbladige bundel, Kluwer, Deventer 1982.
- Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, Voorstel voor een vijfde richtlijn, Nr. C 131/49, 13.12.1972.
- Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, Gewijzigd voorstel voor een vijfde richtlijn, Nr. C 240, 9.09.1983.
- Rood, M. G., *Wet op de Ondernemingsraden*, losbladige bundel, Gouda Quint, Arnhem 1982.
- Ruppert, M. en A. Smolders, Relatie OR-RvC bij de KLM, in: *OR-Informatie*, februari 1982.
- SER, *Advies raden van commissarissen structuurvennootschappen*, 84/06, Publikatie nr. 6, 13 april 1984.
- SER, *Verslag Raadsvergadering 16/03/84 en 13/04/84*.
- Slagter, W. J., c.s., *De raad van commissarissen in de onderneming van morgen*, Prof. Mr. B. M. Telderstichting, Geschrift 38, december 1980.
- Smolders, A., Overlegorgaan Vertrouwenscommissarissen. Afgezant of doorgeefluik, in: *OR-Informatie*, mei 1982.
- Sonneveld, F., De kritische commissaris, in: *OR-Informatie*, november 1980.
- Stapel, C., *De commissaris 'nieuwe stijl' op zoek naar identiteit*, Deventer 1978.
- Stichting Advies- en Trainingsinstituut voor medezeggenschap ATIM, *Register vertrouwens-commissarissen*, Driebergen, maart 1982.
- Ijsselmuiden, Th. S., De OR kan wanbeleid voorkomen, in: *OR-Informatie*, oktober 1984.