

## 15 De Ondernemingsraad en de Raad van Commissarissen

*Peter Kasteleyn*

### *Inleiding*

De afgelopen jaren is er veel misgegaan in de top van organisaties. Denk bijvoorbeeld aan Amarantis, COA, DSB, Fortis, InHolland, KPMG, Meavita, Philadelphia, Rochdale, het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, Vestia, het VUMC, Woonzorg. In veel gevallen lijkt de governance niet goed gefunctioneerd te hebben. Governance staat voor het bestuur en toezicht van organisaties. Het toezicht in de vorm van een Raad van Commissarissen of raad van toezicht (hierna: RvC) moet een goed tegenwicht vormen tegen de CEO, het college of de raad van bestuur dan wel de directeur-bestuurder (hierna: bestuurder).

Dit artikel gaat nader in op de rol die de RvC binnen een onderneming heeft. Dit wordt afgezet tegen de ondernemingsraad (hierna: or). Hierbij komen de volgende vragen aan de orde:

- Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen or en RvC?
- Wat zijn praktijkervaringen met het functioneren van de or en RvC?
- Bij welke omstandigheden moeten or en RvC samenwerken?
- Op welke thema's kan overleg tussen or en RvC betrekking hebben?

### *Ondernemingsraad versus raad van commissarissen*

De or vindt zijn oorsprong in de Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR). Ondernemingen met meer dan 50 werknemers zijn verplicht een or in te stellen. In tegenstelling tot hetgeen sommige mensen denken, moet de or in het belang van de gehele organisatie handelen. Dus niet enkel het belang van de werknemer. De or vertegenwoordigt echter wel de werknemers. De WOR gaat over:

- de rechten en taken van de or (onder andere adviesrecht, instemmingsrecht en initiatiefrecht);
- de contacten tussen bestuurder en de or (overlegvergaderingen, recht op informatie en geheimhoudingsplicht van de or);
- de organisatie van het or-werk (beschikbare faciliteiten, inhuur van deskundigen, vergoedingen en achterbanraadpleging).

Behalve uit de WOR kunnen rechten en bevoegdheden van de or ook voortvloeien uit een cao, een ondernemingsovereenkomst of een convenant of reglement dat de onderneming heeft afgesloten.

De RvC houdt toezicht op het (behoorlijk) bestuur van de organisatie en beoordeelt dit in het kader van de risico's, de belanghebbenden bij de organisatie en de voorgestane strategie. In de structuurregeling (Burgerlijk Wetboek Boek 2) is wettelijk vastgelegd wat de taken en bevoegdheden van de RvC zijn. Binnen de structuurregeling zijn er drie verschillende regimes van toepassing, zoals in tabel 1 is toegelicht.

Tabel 1 Regimes RvC

	Volledig	Verzwakt	Vrijwillig
Voorwaarden	<ul style="list-style-type: none"> <li>- meer dan 100 werknemers</li> <li>- meer dan € 16 miljoen eigen vermogen</li> <li>- een or</li> </ul>	<p>Als volledig regime, maar er is sprake van:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- dochteronderneming waarbij moeder al aan verplichting RvC voldoet</li> <li>- internationale holding waarbij meerderheid werknemers buiten Nederland werkt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Organisatie valt niet onder de structuurregeling, maar wenst de regeling vrijwillig toe te passen.</li> <li>- Voorwaarde is or.</li> </ul>
Bevoegdheden	<ul style="list-style-type: none"> <li>- benoemen en ontslaan van bestuurders;</li> <li>- vaststellen van de jaarrekening;</li> <li>- belangrijke bestuursbesluiten.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- belangrijke bestuursbesluiten</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- benoemen en ontslaan van bestuurders;</li> <li>- vaststellen van de jaarrekening;</li> <li>- belangrijke bestuursbesluiten.</li> <li>- (afhankelijk van de concrete situatie)</li> </ul>

De belangrijkste bevoegdheden zijn dus afhankelijk van het regime dat van toepassing is. In alle gevallen vereisen belangrijke bestuursbesluiten goedkeuring van de RvC:

- uitgeven of inkopen van (certificaten) van aandelen;
- (her)financiering van de organisatie;
- fusies of overnames;
- belangrijke investeringen;
- voorstel tot wijziging van statuten;
- aanvraag van faillissement of surseance van betaling;
- reorganisatie;
- benoemen van de accountant.

Daarnaast kennen governance codes nadere bepalingen over hoe het bestuur en toezicht vorm moet krijgen. Een belangrijke code is de code van de Commissie Tabaksblat die uitgewerkt is in diverse sectorspecifieke codes en regelingen. De governance codes gaan bijvoorbeeld over:

- de naleving en handhaving van de code;
- het bestuur: taak en werkwijze, beloningsbeleid, voorkoming belangenverstremming;
- de RvC: waarborgen voor onafhankelijkheid, beloningsbeleid, noodzakelijkheid en deskundigheid en de samenstelling van de RvC;
- de (algemene vergadering van) aandeelhouders: bevoegdheden en verantwoordelijkheden;
- de verslaglegging: het functioneren van de externe accountant en transparantie naar stakeholders.

**Commissarissen niet direct aansprakelijk bij faillissement**

De bestuurder van Vialle heeft te laat gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel. Als de onderneming later failliet gaat, stelt de curator de bestuurder in beginsel aansprakelijk wegens wanbestuur. Maar geldt deze aansprakelijkheid onverkort voor de commissarissen?

Eind 2011 heeft de Rechtbank uitspraak gedaan waarin de curator van de faillissementen eist dat de commissarissen het tekort in de faillissementen betalen. De curator meent dat de commissarissen niet behoorlijk hebben toegezien op de nakoming van de publicatieplicht.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de RvC niet verplicht is regelmatig te inspecteren of er sprake is van het voeren van een boekhouding en te controleren of de jaarrekening is gedeponereerd. De RvC had geen aanwijzingen dat er niet voldaan werd aan de boekhoudplicht. De rechtbank merkt op dat de aandacht en begeleiding die de RvC heeft gegeven mogelijk kan worden aangemerkt als onvoldoende competent, maar niet als onbehoorlijk. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator ook af.

Tabel 2 geeft een overzicht van de belangrijke kenmerken van en verschillen tussen or en RvC.

Tabel 2 Kenmerken or en RvC

	Ondernemingsraad	Raad van commissarissen
Afstand tot werkvloer	OR bestaat uit medewerkers van de organisatie op verschillende niveaus in de organisatie. Regelmatig vinden achterbanraadplegingen plaats.	RvC komt enkele vergaderingen per jaar bij elkaar. Het contact met personeel van de organisatie is relatief beperkt.
Behartigt belang	Handelt in belang van gehele onderneming, inclusief werknemersbelang.	Handelt in belang van gehele onderneming, inclusief werknemersbelang.

DE ONDERNEMINGSRAAD EN DE RAAD VAN COMMISSARISSEN

	Ondernemingsraad	Raad van commissarissen
Beschikbare tijd	OR-leden worden (gedeeltelijk) vrijgesteld voor werkzaamheden in de or (een lid van de or besteedt minimaal 5 uur per maand aan de functie in de or).	Afhankelijk van de hoeveelheid tijd die de commissarissen willen en kunnen vrijmaken (gemiddeld besteedt een commissaris 13 uur per maand aan één RvC-functie).
Informatievoorziening	OR heeft vaak eigen informatiebronnen en weet veel over de organisatie.	In eerste instantie is RvC afhankelijk van de informatie die de bestuurder verstrekt. Daarnaast ook kennis uit overlegvergadering or, de accountant, de controller or, en de publiciteit.
Kennis- en ervaringsniveau	Is afhankelijk van de samenstelling van de or, maar veelal is kennis praktisch van aard met een goede kennis van de geluiden uit de organisatie.	Dankzij brede samenstelling van de RvC is er veel kennis aanwezig. RvC-leden zijn vaak ook bij andere organisaties betrokken. RvC-leden worden vaak op HBO+ niveau geworven.
Kritisch vermogen	Is afhankelijk van de samenstelling van de or. Cultureel bestaat or vaak uit medewerkers die van huis uit kritisch zijn.	Is afhankelijk van de samenstelling van de RvC. Inhoudelijk over het algemeen kritische instelling. Cultureel vaak veel overeenstemming met bestuurder.
Onafhankelijkheid	OR is een democratisch gekozen orgaan. or-leden kennen wettelijk extra bescherming.	In beginsel onafhankelijk. Benoeming door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders. In gevallen waar het toezicht niet goed functioneert, ziet men nog wel eens vriendjespolitiek en een old-boys netwerk.
Positie	OR is orgaan binnen de onderneming.	RvC is orgaan binnen de onderneming.  RvC-leden kunnen mogelijk persoonlijk aansprakelijk gesteld worden bij wanbestuur (zie kader).

	Ondernemingsraad	Raad van commissarissen
Vertegenwoordiging	Werknemers van de organisatie.	Algemene vergadering van Aandeelhouders van de organisatie.

*Functioneren ondernemingsraad en raad van commissarissen in de praktijk*

Met enige regelmaat wordt het functioneren van or-en en RvC's onderzocht. De belangrijkste conclusie is dat er geen algemene conclusies te trekken zijn. Er zijn zeer succesvolle en goed opererende or-en zowel als RvC's en ook erg slecht functionerende raden. Het succes hangt in belangrijke mate samen met de invulling van de leden van or en RvC en het kritisch vermogen. Hierna worden toch enige algemene indrukken en tendensen benoemd.

De meeste onderzoeken naar or-en geven aan dat or-en ruime wettelijke bevoegdheden kennen, maar dat hiervan in de praktijk niet in de volle breedte gebruik gemaakt wordt. Dit geldt uiteraard in ieder geval voor organisaties die wettelijk een or moeten instellen, maar dit niet doen. Als er wel sprake is van een or, wordt het adviesrecht meestal serieus genomen. Adviesaanvragen komen van de hand van de bestuurder, hoewel vaak op een (te) laat tijdstip. Aan deze adviesaanvragen hebben or-en vaak hun handen vol, samen met de behandeling van de verplichte onderwerpen (jaarverslag, begroting, e.d.). Een veel gehoorde klacht van or-leden is een gebrek aan tijd. Van het initiatiefrecht of het recht van voordracht van een commissaris wordt dan ook vaak maar beperkt gebruik gemaakt.

Het functioneren van RvC's ligt al vele jaren onder een vergrootglas. Ondanks de steeds scherper wordende wet- en regelgeving, corporate governance codes en aansprakelijkheid zijn er nog regelmatig incidenten die het nieuws halen. Bestuurders vertonen soms zonnekoningengedrag en worden niet voldoende gecorrigeerd door hun toezichthouders. Daarbij is de RvC grotendeels afhankelijk van de informatievoorziening van de bestuurder en komt het nog steeds voor dat bij de samenstelling van de RvC meer naar vriendjes en gelijkgestemden (old-boys network) wordt gezocht dan naar de beste kandidaat op basis van duidelijke functieprofielen. Desondanks kan gesteld worden dat uit diverse onderzoeken blijkt dat de ontwikkelde governance codes serieus genomen worden. Vooruitgang wordt met name geboekt bij thema's als maximale zittingstermijnen, gebruikmaking van profielschetsen, de instandhouding van specifieke commissies en de publieke verantwoording van de RvC in het jaarverslag.

In het overleg tussen or en RvC zijn de ervaringen gemengd te noemen (zie voorbeeld in kader). Hoewel ook hier vooruitgang geboekt wordt, komen contacten tussen or en RvC niet altijd natuurlijk tot stand. Sommige or-en zijn niet bekend met de (wettelijke) mogelijkheden of denken dat de RvC op een te grote afstand en hoog niveau functioneert. Bovendien wil de or onbevooroordeeld over de onderneming kunnen adviseren. Vanuit sommige RvC's bestaat het beeld dat contacten met een or niet wenselijk zijn, omdat er slechts een relatie zou zijn met de bestuurder van de onderneming. Daarnaast menen sommige RvC's dat zij het algemeen belang van

de onderneming dienen en de or slechts het belang van het personeel.

In de combinatie or-RvC zien wij dat in ongeveer  $\frac{2}{3}$  van de organisaties een commissaris benoemd is op voordracht van de or. En in die gevallen wordt de toegevoegde waarde van deze voordracht ook ervaren. Hierna wordt nader ingegaan op de samenwerking tussen or en RvC.

*Overleg ondernemingsraad en raad van commissarissen*

Hoewel or-en en RvC's verschillende bevoegdheden en verantwoordelijkheden kennen, zijn er diverse omstandigheden waarin zij samen (kunnen) optrekken. Een aantal bevoegdheden in de samenwerking tussen or en RvC vloeien voort uit wet- en regelgeving. Verder kunnen bevoegdheden samenhangen met geldende reglementen of statuten. De volgende samenwerking tussen or en RvC is wettelijk verankerd:

1. **Commissaris bij overlegvergaderingen**

Commissarissen hebben een verschijningsplicht in de overlegvergadering met or en bestuurder bij:

- het halfjaarlijks overleg over de algemene gang van zaken in de onderneming;
- vergaderingen waarin een voorgenomen adviesplichtig besluit wordt besproken;
- bij vergadering met betrekking tot de benoeming of ontslag van een bestuurder (bij structuurvennootschap).

De or kan van de verschijningsplicht afzien en de RvC mag bepalen welke commissaris namens de RvC naar de vergadering gaat. De commissarissen kunnen ook (onverplicht) bij een overlegvergadering worden uitgenodigd, bijvoorbeeld als deskundige over een bepaald thema. Incidenteel komt het voor dat de or de adviseur van de bestuurder of de RvC raadpleegt bij een belangrijk voorgenomen besluit. Het is altijd aan te bevelen (ook) een eigen adviseur in de hand te nemen, want de deskundige dient een partijbelang.

2. **Overleg met commissaris in de eigen or-vergadering**

De commissarissen kunnen (onverplicht) op uitnodiging van de or bij een eigen or-vergadering aanwezig zijn, zonder dat de bestuurder daarbij aanwezig is. Als er een financiële commissie in de or bestaat, komt het nog wel eens voor dat deze overlegt met de audit commissie van de RvC over financieel-economische thema's.

3. **Benoeming leden RvC**

Als de onderneming een structuurvennootschap betreft, heeft de or een versterkt recht van aanbeveling van maximaal een derde van de leden van de RvC. Hierover is overleg tussen RvC en or van belang, bijvoorbeeld over de profielschets van de commissaris en de wijze waarop de 'werknemerscommissaris' met de or samenwerkt.

4. **Opzeggen vertrouwen in RvC door or**

Bij een structuurvennootschap kan de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AvA) het vertrouwen in de RvC of commissaris opzeggen. Hiertoe wendt hij zich met redenen omkleed tot de Ondernemingskamer (OK). Ook de or kan het vertrouwen in de RvC opzeggen.

Als de or al dan niet door een versterkt recht van aanbeveling in staat is één of meer-

dere commissarissen voor te dragen wil dit niet op voorhand zeggen dat deze commissaris in opdracht van de or werkt. Deze commissaris is onafhankelijk (dat wil zeggen: 'zonder last of ruggespraak'). Er kan wel een natuurlijke samenwerking ontstaan tussen een dergelijke commissaris en de or, bijvoorbeeld:

- de commissaris is aanwezig bij overlegvergaderingen;
- informele contacten en de afstemming standpunten;
- aanwezig bij or-vergaderingen of or-cursussen;
- onderlinge evaluatie van het functioneren en de samenwerking.

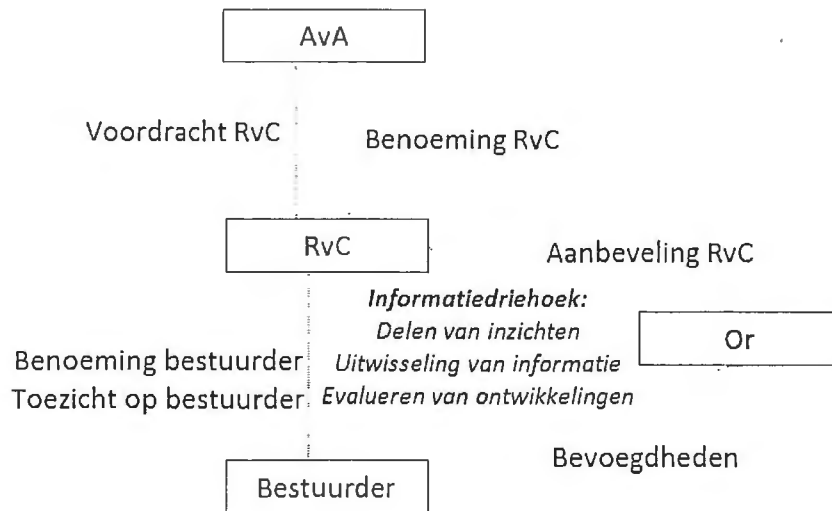
#### Statuten dwingen werknemerscommissaris af

In de meeste gevallen bepalen statuten dat de or een voordracht mag doen voor een ('eigen') commissaris. Er zijn omstandigheden denkbaar dat de AvA de commissaris niet passend vindt, waarna de or een nieuwe kandidaat kan aandragen. In de statuten van NRC Media is echter opgenomen dat de werknemerscommissaris wordt benoemd door de Ondernemingsraad. Een 'foutje' volgens de eigenaar en RvC. De relatie tussen commissaris ('vechtcommissaris) en RvC was op voorhand beschadigd.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam heeft de bezwaren van de eigenaar en de Raad van Commissarissen van NRC Media tegen de benoeming van de commissaris door de or verworpen. De Raad van Commissarissen moet de door de or benoemde commissaris informatie verschaffen en aan vergaderingen laten deelnemen.

#### *Thema's overleg or en RvC*

De bestuurder is degene die een relatie onderhoudt met de or én met de RvC. De onderlinge uitwisseling van informatie is voor bestuurder, or en RvC van belang, zoals tot uitdrukking komt in de informatiedriehoek in figuur 1.



Figuur 1 Relatie bestuurder-or-RvC

**OR boos over bonus voor de top**

De Centrale or van Wegener is boos over de bonus die de topbestuurders hebben ontvangen. Niet alleen vindt de or dat de argumenten onjuist zijn ("anders kunnen wij niet de juiste mensen aantrekken"), maar het is ook in strijd met het beleid van Wegener. De afspraak met vakbonden was dat er geen winstuitkering zou zijn voor personeel evenmin als er bonussen zouden worden uitgekeerd. De or heeft geen machtsmiddelen de bonus terug te draaien, maar spreekt de RvC en de bestuurder aan.

In de overleggen tussen or en RvC kunnen de volgende thema's aan de orde komen:

**I. Visie op de organisatie**

De samenhang tussen de taken en bevoegdheden van or en RvC ligt vaak op het vlak van organisatieontwikkeling, financiën en strategie. De uitwerking van de visie en inzichten komt tot uitdrukking in bijvoorbeeld:

- de omgeving waarin de organisatie opereert;
- financieel perspectief van de organisatie;
- het belonings- en bonusbeleid;
- 'tone at the top';
- maatschappelijk verantwoord ondernemen;
- diversiteit en werkgelegenheid.

De visies hoeven niet altijd dezelfde te zijn, maar het is nuttig als or en RvC elkaars standpunten kennen. In de overlegvergadering waarbij ook de bestuurder aanwezig is, kan dit worden besproken.



2. **Adviesaanvraag**  
Adviesaanvragen met betrekking tot reorganisaties, fusies of overnames hebben vaak ingrijpende gevolgen. Het is goed als or en RvC hierover met elkaar kunnen spreken in of buiten de overlegvergadering.
3. **Aanpassing van statuten en reglementen**  
De mogelijkheid bestaat dat statuten veranderd worden of de reglementen van de or en de RvC wijzigen, bijvoorbeeld vanwege een fusie of overname. Een fusie of overname betekent vaak ook dat de samenstelling van de or en de RvC zal veranderen. Op dergelijke momenten kunnen or en RvC met elkaar optrekken, zeker als de or de bevoegdheid heeft een lid van de RvC voor te dragen.
4. **Profielchets en benoeming RvC-leden en bestuurder**  
Behoudens de wettelijke bevoegdheden tot het recht van versterkte aanbeveling van leden van de RvC, is het nuttig als de or betrokken wordt bij de opstelling en uitwerking van de profielchets voor een nieuw lid van de RvC. Dit betekent immers dat op dat moment al goed kan worden getoetst of commissarissen duidelijk verschillende achtergronden hebben. De or heeft in beginsel geen rol bij de benoeming van de bestuurder, maar kan er wel invloed op hebben door vooraf mee te werken aan de profielchets en mogelijk ook verdere wensen en ideeën met de RvC te bespreken.
5. **Zelfevaluatie RvC/or**  
De meeste RvC's bespreken minimaal één keer per jaar het eigen functioneren. Het ligt natuurlijk niet voor de hand dat de or bij dit overleg aanwezig is, maar het kan wel helpen als de or ervoor zorgt dat tijdens de zelfevaluatie de vraag aan de orde komt of het contact met de or goed verloopt. Hiertoe kan ook de or zijn beoordeling van deze relatie aan de RvC kenbaar maken. Omgekeerd zien wij dat steeds meer or-en het eigen functioneren periodiek evalueren. Daarin zou ook aandacht geschonken moeten worden aan de relatie met de RvC en de feedback die van de RvC wordt ontvangen.
6. **Bevindingen management letter van de accountant**  
De accountant rapporteert zijn belangrijkste bevindingen aan de opdrachtgever, de RvC. Hierin staat vaak nuttige informatie over de risico's bij de onderneming (bijvoorbeeld op het gebied van automatisering, fiscaliteit en de inrichting van de beheersingsmaatregelen). Voor de or is het nuttige en relevante informatie waarop hij aanspraak kan maken op grond van de WOR. Een bespreking van de bevindingen en de te nemen maatregelen met bestuurder en RvC kan tot een beter begrip van de organisatie bij de or leiden.
7. **Integriteitskwesties**  
Als de or aanleiding heeft de integriteit van de bestuurder ernstig in twijfel te trekken, kan de or direct in contact treden met de RvC. Gezamenlijk kunnen zij optrekken in een nader onderzoek en mogelijke schorsing en ontslagprocedure van de bestuurder. Dit zal uiteraard een thema zijn dat buiten de gebaande overlegstructuur om gaat.

De gevolgen van een overname

Een buitenlandse onderneming wil een Nederlandse onderneming overnemen. De or zoekt contact met de eigen RvC en de RvC van de overnemende partij. De RvC's zijn blij met de inbreng van de or en nemen de zorgen en aandachtspunten die hij overbrengt serieus. Tevens worden goede afspraken gemaakt over de (bovenwettelijke) bevoegdheden van de or na de overname.

De afstemming tussen or en RvC moet de organisatie verder helpen. Door in een vroegtijdig stadium af te stemmen zullen besluitvormingsprocessen sneller en beter doorlopen worden. Bovendien helpt het bij de realisatie van betere check-and-balances tussen bestuurder, RvC en or. Overigens blijft dit ook voor de or balanceren: tussen onafhankelijkheid en betrokkenheid, tussen kritisch en meedenkend, tussen proactief en reactief, tussen 'ja' en 'nee' zeggen, tussen RvC en bestuurder. Bovendien vergt het een professionaliteit die mogelijk moet worden versterkt met gerichte cursussen of de ondersteuning door een externe deskundige. Uiteindelijk moet een samenwerking tussen RvC en or (mede) helpen debacles te voorkomen waarmee diverse organisaties te maken hebben gehad, zoals ook in de inleiding beschreven is.

OR en RvC trekken samen op

Bij MSD-Organon in Oss heeft de bestuurder een ingrijpende reorganisatie afgekondigd, waarschijnlijk mede op instigatie van het Amerikaanse moederbedrijf.

De RvC wijst het massaontslag af en stelt vast dat het niet in het belang van de onderneming is.

De or is naar de Ondernemingskamer gegaan om het besluit aan te vechten.