

5 De commissaris in de coöperatieve sector

Door mr W.E. (Ina) Kuiper en mr S.J. (Salco-Jan) Spanjaard, LL.M.

Inleiding

In een uitgave over toezicht in verschillende sectoren van de maatschappij mag het onderwerp Toezicht in coöperatieve ondernemingen niet ontbreken. Hoewel *corporate governance* als stelsel van *checks and balances* voor iedere rechtspersoon van essentieel belang is, zijn er toch bijzondere elementen die het toezicht houden in de coöperatieve sector mede bepalen.

Hierna gaan wij eerst in op de aard en de interne organisatie van de coöperatie als vastgelegd in de wet. Vervolgens komt in deel II de gedragscode voor coöperatief ondernemerschap aan de orde en de bijzondere karakteristieken waarmee bij het opstellen van de code rekening gehouden is.

Deel I Aard en interne organisatie van de coöperatie

De coöperatie als rechtsvorm

Aanvankelijk, na de opkomst van het coöperatiewezen, met name in de landbouw halverwege de negentiende eeuw, maakte de coöperatie gebruik van de rechtspersoonsvorm 'vereniging'. Een tijdlang heeft de coöperatie als ondersoort van de vereniging gegolden. Normaal-typisch is een vereniging een ledenorganisatie. Een stichting, BV of NV is dat niet. Dit heeft zijn weerslag op de manier waarop de bevoegdheden tussen de samenwerkenden wordt verdeeld. Sinds 1 januari 1989 vormt de coöperatie een afzonderlijke soort rechtspersoon. Coöperaties hebben evenwel nog steeds een verenigingachtig karakter, hetgeen ook blijkt uit het feit dat diverse bepalingen uit het verenigingsrecht op de coöperatie van toepassing zijn.

Artikel 2:53 lid 1 BW bepaalt dat onder coöperatie dient te worden verstaan: een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging, die zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen.

De coöperatie vindt haar basis dus in het zakelijk verkeer met de leden waarvoor zij het bedrijf uitoefent of doet uitoefenen (bijv. door een dochtervennootschap). Prof. Dr. Jean Frijns, voormalig voorzitter van de *Monitoring Commissie Corporate Governance Code*, typeert de coöperatie als een (private) onderneming met één dominante aandeelhouder die tevens *stakeholder* is. Het belang van die *stakeholder* domineert zodanig dat je de coöperatie geen maatschappelijke onderneming kunt noemen. De winstdoelstelling wordt hier vervangen door een stakeholders-surplus. Het bestuur dient ervoor te waken dat economische mechanismen als de tucht van de markt voldoende tot hun recht kunnen komen om stagnatie en sub-efficiëntie te voorkomen. Dit vereist ruimte van het bestuur ten opzichte van de dominante *stakeholder*. De coöperatie heeft om die reden groot belang bij een goed *governance* kader¹.

De leden van een coöperatie zijn in principe gezamenlijk voor gelijke delen aansprakelijk voor het tekort bij ontbinding, tenzij de aansprakelijkheid statutair is uitgesloten (artikel 2:55 en 56 BW). De ledenaansprakelijkheid is een van de manieren waarop de coöperatie haar financiering mogelijk maakt. Te allen tijde hebben de leden stemrecht (artikel 2:38 BW).

¹ Prof. Dr. J. Frijns tijdens de NCR Coöperatiedag 2008, d.d. 4 december 2008.

De feitelijke inrichting van coöperaties verschilt van geval tot geval. Er zijn verschillende bestuursmodellen denkbaar. Verderop in dit artikel wordt hier nader op ingegaan. Bij sommige grotere coöperaties met veel leden wordt veelal gewerkt met een betrekkelijk kleine ledenraad, die de algemene vergadering vervangt.

Raad van commissarissen bij de coöperatie

Bij de statuten kan worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn. Deze dient dan te bestaan uit een of meer natuurlijke personen. De wet maakt onderscheid tussen een "gewone" coöperatie en een "grote" of structuurcoöperatie. Voor de "grote" coöperatie is een raad van commissarissen verplicht (het structuurregime, artikelen 2:63a e.v. BW).

Van een "grote" of structuurcoöperatie is - *grosso modo* - sprake als gedurende drie jaar bij het handelsregister is ingeschreven dat:

- (i) het eigen vermogen volgens de balans en de toelichting daarop ten minste EUR 16 miljoen (Stb. 2004/370) belooft,
- (ii) de coöperatie of een afhankelijke maatschappij krachtens wettelijke verplichting een ondernemingsraad heeft ingesteld, en
- (iii) bij de coöperatie en haar afhankelijke maatschappijen tezamen in de regel minstens 100 mensen in Nederland werkzaam zijn.

Benoeming en samenstelling raad van commissarissen

Bij "gewone" (dus niet-structuur-)coöperaties worden commissarissen uit de leden benoemd door de algemene vergadering. De leden kunnen dan ook kandidaten voordragen. De statuten kunnen bepalen dat commissarissen (en bestuurders) ook buiten de leden kunnen worden benoemd. In de praktijk is een raad van commissarissen die grotendeels bestaat uit leden en daarnaast uit enkele zogenoemde externe leden, een veel voorkomend verschijnsel. Tevens kunnen bij "gewone" coöperaties de statuten bepalen dat ook andere personen dan de leden een aantal commissarissen (minder dan de helft) kan benoemen. Op die manier kan een bepaalde mate van onafhankelijkheid of specifieke deskundigheid van de toezichthouder worden bereikt.

Bij "grote" coöperaties bestaat de raad van commissarissen uit ten minste drie leden. De kandidaten worden voorgedragen door de zittende raad van commissarissen en benoemd door de algemene vergadering, voor zover de benoeming niet is gebeurd bij de akte van oprichting of voordat de coöperatie ging voldoen aan de kwalificaties van "grote coöperatie". De algemene vergadering, de ondernemingsraad en het bestuur hebben het recht aan de raad van commissarissen personen aan te bevelen. In principe dient de algemene vergadering de door de raad van commissarissen voorgedragen persoon te benoemen, tenzij de ondernemingsraad tijdig bezwaar maakt. Bij een "grote" coöperatie kunnen personen in dienst daarvan of in dienst van een afhankelijke maatschappij geen commissaris zijn. Dit geldt evenzeer voor bestuurders en personen in dienst van een werknemersorganisatie die pleegt betrokken te zijn bij de vaststelling van arbeidsvoorwaarden van deze personen.

Schorsing en ontslag van commissarissen

De commissaris die is benoemd in een "gewone" coöperatie kan, ook als hij voor een bepaalde tijd is benoemd, te allen tijde door het orgaan dat hem heeft benoemd worden geschorst of ontslagen (artikel 2:37 lid 6 BW).

Commissarissen van structuurcoöperaties mogen in beginsel maximaal vier jaar in functie blijven. Zij kunnen slechts worden geschorst door de raad van commissarissen en slechts ontslagen door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam wegens verwaarlozing van hun taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving van de commissaris redelijkerwijs niet van de coöperatie kan worden verlangd.

Taken en bevoegdheden van de raad van commissarissen

De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de coöperatie en de daarmee verbonden onderneming. De raad staat het bestuur met raad ter zijde. De wet bepaalt voorts, dat bij de vervulling van hun taak de commissarissen zich moeten richten naar het belang van de coöperatie en de daarmee verbonden onderneming. Als een coöperatie eenmaal een raad van commissarissen heeft, kan de invloed van die raad groot zijn. Artikel 57 lid 3 BW bepaalt namelijk dat de raad bevoegd is om iedere door de algemene vergadering benoemde bestuurder te allen tijde te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Wel kan deze schorsing te allen tijde door de algemene vergadering worden opgeheven. Voorts is de raad van commissaris aangewezen om de coöperatie te vertegenwoordigen in het geval de coöperatie enerzijds en een of meer bestuurders anderzijds tegenstrijdige belangen hebben, tenzij de statuten anders bepalen. Van een zodanig tegenstrijdig belang wordt overigens geacht geen sprake te zijn bij het sluiten of wijzigen van overeenkomsten zoals deze met alle leden in gelijke omstandigheden worden gesloten. In het geval van tegenstrijdig belang, ook in geval een of meer commissarissen zelf een tegenstrijdig belang hebben met de coöperatie, kan de algemene vergadering een of meer personen aanwijzen om de coöperatie te vertegenwoordigen (artikel 2:47 BW). De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en bevoegdheden van de raad en zijn leden bevatten.

Bezoldiging van commissarissen

Tenzij de statuten anders bepalen, kan de algemene vergadering aan de commissarissen als zodanig een bezoldiging toekennen. De algemene vergadering kan de hoogte van de bezoldiging in beginsel zelf bepalen.

Verhouding tot het bestuur van de coöperatie

Het bestuur is verplicht de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen.

Bij een structuurcoöperatie heeft het bestuur voor een groot aantal besluiten de voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen nodig (artikel 2:63j BW). Het betreft onder meer de uitgifte van schuldbrieven ten laste van de coöperatie, het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon of vennootschap indien deze van ingrijpende betekenis is voor de coöperatie. Ook het nemen van een deelneming van ten minste een vierde van het eigen vermogen, of het doen van investeringen van zo'n omvang, en het doen van een voorstel tot het wijzigen van de statuten of ontbinding vereisen voorafgaande goedkeuring.

Verhouding tot de algemene vergadering

Tenzij de statuten de commissarissen stemrecht toekennen, hebben commissarissen in de algemene vergadering slechts raadgevende stem (artikel 2:57 lid 6 BW). De algemene vergadering bestaande uit de leden van de coöperatie kan dus ook besluiten nemen die afwijken van de visie van de commissarissen.

Verschillende (toezichts)modellen

De bestuurlijke inrichting van coöperatieve ondernemingen is in de praktijk niet eenduidig. Er bestaan zeer uiteenlopende modellen. In het traditionele model heeft de raad van commissarissen slechts de taken en bevoegdheden die de wetgever heeft opgedragen. Er is een algemene ledenvergadering of een ledenraad, een directie, en voorts een gekozen statutair bestuur en raad van commissarissen. Er is voor wat betreft toezicht sprake van een drietrapsraket: de raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur en het bestuur houdt toezicht op de directie. Dit wordt in de praktijk echter soms als lastig ervaren voor de directie die in dit model feitelijk te maken heeft met twee toezichthoudende gremia.

Een ander wat meer eigentijds model is de structuur waarbij het bestuur van de coöperatie niet uit leden bestaat maar uit fulltime professionals, een raad van commissarissen die in meerderheid uit leden bestaat en die verdergaande bevoegdheden heeft dan die de wet minimaal voorschrijft, en een ledenraad die de bevoegdheid heeft besluiten

vooraf te toetsen. Dit model biedt de mogelijkheid tot het maken van een professionaliseringsslag, het versmallen van de top, het ondervangen van het gevaar van dubbel toezicht en het verzekeren van ledendominantie. Dit laatste kan worden gerealiseerd door een actieve ledenraad en door een raad van commissarissen met leden die actiever zijn dan gebruikelijk.

Er zijn ook veel coöperaties die hun bedrijfsactiviteiten verrichten vanuit een dochtervennootschap die vervolgens als holding functioneert van kleindochters. Er is dan veelal een ledenraad, een niet-statutaire directie (die zich bezig houdt met beleidsvoorbereiding en –uitvoering) en een gekozen raad van bestuur (die zich bezighoudt met beleidsbepaling) op het niveau van de coöperatie. Daaronder op het niveau van de dochtervennootschap fungeert dan een raad van commissarissen, een statutaire directie en een algemene vergadering van aandeelhouders. In sommige gevallen zijn de leden van de raad van bestuur van de coöperatie tevens commissaris bij de holding.

Deel II Gedragscode voor coöperatief ondernemerschap

De NCR-code voor coöperatief ondernemerschap

In juli 2005 is door de Nationale Coöperatieve Raad voor land- en tuinbouw (NCR) gezamenlijk met haar leden een code voor coöperatief ondernemerschap ingesteld (hierna de 'NCR-code').

De Code Tabaksblat diende als voorbeeld en veel bepalingen zijn eruit overgenomen (maar sommige juist ook niet). De NCR-code kent geen dwingend karakter en kent niet de regel 'pas-toe-of-leg-uit'.

De NCR-code is bedoeld als hulpmiddel bij discussies over bestuurlijke vernieuwing in coöperatief Nederland. De bijzondere maatschappelijke aandacht voor bestuurlijke inrichting van ondernemingen vindt zijn oorzaak in wantrouwen, aldus de NCR op haar website. Allerlei schandalen hebben geleid tot het maatschappelijke oordeel dat commissarissen kennelijk onvoldoende toezicht uitoefenen. Dit wantrouwen dat wel bestaat in vennootschapsland, maar niet in coöperatieland, heeft onder meer geresulteerd in de Code Tabaksblat, aldus de NCR.

De aanleiding voor het opstellen van de NCR-code was dus bepaald anders dan die voor de Code Tabaksblat. De NCR concludeerde dat schandalen in de coöperatieve sector waren uitgebleven en er veel vertrouwen bestaat in de leiding van coöperatieve ondernemingen en het toezicht daarop. De NCR-code werd echter toch noodzakelijk geacht omdat veel coöperaties bezig waren hun bestuursstructuur te herzien met als doel professionalisering van bestuur, verbetering van toezicht en betrokkenheid van de achterban. Ondanks de vele verschillen, qua inhoud van lidmaatschap en bestuurlijke inrichting, hebben coöperaties toch veel kenmerken gemeenschappelijk. In de volgende paragraaf worden deze nader beschouwd.

De coöperatieve factor bij het opstellen van de NCR-code

Bijzondere karakteristieken van de coöperatie waarmee bij het opstellen van de NCR-code rekening is gehouden zijn onder meer de volgende:

- (i) de leden van een coöperatie zijn veel nauwer bij de coöperatie betrokken dan aandeelhouders bij een vennootschap. Aandelen in een beursvennootschap worden gemakkelijk vervreemd, terwijl de leden hun coöperatie zien als een verlengstuk van hun eigen onderneming;
- (ii) de coöperatie is er voor de leden, terwijl althans in de continentale opvatting, niet gezegd kan worden dat de vennootschap er is voor de aandeelhouders (*stakeholders*-model versus *shareholders*-model);
- (iii) bij de coöperatie speelt de zogenoemde ledendominantie een grote rol inhoudende dat de ledenbelangen zwaarder behoren te wegen dan de belangen van de onderneming van de coöperatie zelf (hetgeen er toe heeft geleid dat slechts het verzwakte structuurregime op grote coöperaties van toepassing is verklaard);
- (iv) de leden sluiten langlopende contracten met de coöperatie voor de levering of afname van grondstoffen, producten of diensten. Zij zijn mede daardoor minder gericht op de korte termijn;

- (v) qua bestuurlijke inrichting: de mogelijkheid (c.q. het gevaar) van dubbel toezicht. Dit is aan de orde waar het uit de leden gekozen bestuur niet zelf bestuurt maar delegeert aan een niet-statutaire directeur. Het bestuur houdt dan toezicht op de directie en de raad van commissarissen houdt toezicht op het 'bestuur';
- (vi) qua financiering: doordat de coöperatie een aandelenkapitaal ontbeert kan de financiering bijzondere aandachtspunten of moeilijkheden opleveren.

Het voorgaande leidt er onder meer toe dat de NCR-code is afgestemd op de coöperatieve onderneming als een democratische rechtsvorm: ondernemen met en voor een achterban.

Het eerste deel gaat over coöperatief ondernemerschap en bevat diverse bepalingen over interne risicobeheersing- en controlesystemen en vermijden van belangenverstrengeling. De raad van commissarissen heeft op deze punten in de NCR-code het laatste woord.

De bezoldiging van bestuurders en commissarissen wordt in de NCR-code zeer summier geregeld. Opvallend is de afwezigheid van regels met betrekking tot de openbaarheid van (top)inkomens. In NCR-verband werd geconcludeerd dat op deze punten geen behoefte bestaat aan regelingen die verder gaan dan de wet.

De NCR-code bevat in het tweede deel diverse bepalingen over ledenbetrokkenheid. De wens is zoveel mogelijk leden te betrekken bij besluitvorming en een volwaardige rol te laten spelen in het systeem van *checks and balances*. De algemene vergadering verleent zowel bestuur als raad van commissarissen decharge. Van essentieel belang is dan ook een efficiënte informatie-voorziening en interne communicatie binnen de coöperatie.

Het derde – en meest uitgebreide – deel gaat over het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken in de coöperatie. Met betrekking tot het toezicht stelt de NCR-code expliciet dat commissarissen na hun benoeming een introductieprogramma volgen om thuis te raken in financiële, juridische en specifiek coöperatieve zaken. Bepalingen over maatschappelijk verantwoord ondernemen ontbreken in de NCR-code nadat werd geconstateerd dat de opvattingen onder de NCR-leden over wat daaronder moet worden verstaan, ver uiteenlopen.

Tot slot

Tot op heden zijn er geen grote schandalen in de Nederlandse coöperatieve sector geweest en is er aldus geen aanleiding geweest te concluderen dat bestuur en toezicht ondoorzichtig en onvoldoende zijn. Coöperaties lijken geen last te hebben van hebzuchtige of impulsieve aandeelhouders en /of bestuurders die voornamelijk op eigen voordeel uit zijn op de korte termijn. Toch geldt ook voor coöperaties dat zij kritisch moeten zijn op eigen functioneren en de professionaliteit daarvan. Verbeterpunten in de coöperatieve sector zijn gelegen in de betrokkenheid van leden, voldoende bestuurlijke ruimte ten opzichte van de dominante *stakeholder* (de leden), behoorlijk risicomanagement dat de economische mechanismen voldoende in acht neemt, bestuurlijke zuiverheid door een kritische houding en het vermijden van verstrengeling van bestuursfuncties, goede samenwerking tussen alle geledingen van de coöperatie en haar onderneming, en *last but not least*, professioneel onafhankelijk toezicht. De NCR-code kan daarbij een nuttig hulpmiddel zijn. Van groot belang blijven daarnaast op maat gesneden statuten en reglementen en een – bijvoorbeeld tweejaarlijkse – juridische toets om te zien of dit aspect van de organisatie van de betreffende coöperatie nog wel *up-to-date* is.

Rotterdam, maart 2010