



NOTITIE

Aan De Secretaris van de Commissie Corporate Governance
Van Mrs P.A.M. Witteveen en A.G. van Marwijk Kooy
Verzonden per e-mail
Inzake Commentaar concept-code
Datum 5 september 2003

Onderstaand treft u ons commentaar op delen van de concept-code (de "**Code**").

Wij beperken ons daarbij tot die onderdelen van de Code die ons (vanwege onze arbeidsrechtelijke expertise en ervaring met de positie van bestuurders) het meest in het oog sprongen.

Vooraf een enkele opmerking omtrent het met de Code, voorzover het de positie van bestuurders betreft, beoogde doel. Uit de Preambule en diverse commentaren ten tijde van en na het presenteren van de Code blijkt dat het gaat om een mix van

- herstellen van vertrouwen in het bestuur van (en toezicht op) ondernemingen die opereren op de financiële markten
- beteugelen van de "maatschappelijke discussie" omtrent de beloning van bestuurders
- het hebben van een goed functionerend systeem van *Corporate Governance* als zodanig
- in verband met een en ander: transparantie.

Wezenlijk is dan het antwoord op de vraag of de voorgestelde principes en *best practice* bepalingen ("**Bepaling(en)**") bijdragen aan het bereiken van het beoogde doel, of dat een minder vergaande oplossing het doel even dicht (of dicht(er)) bij brengt.

Ons commentaar vloeit met name voort uit deze vraag, en ons antwoord daarop.

Arbeidsrechtelijke positie

Ons commentaar betreft de gedachte dat de bestuurder als bedoeld in de Code (de "**Bestuurder**") niet langer als werknemer zou moeten worden beschouwd (Annex 1 onder 2), althans dat de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder bij ontslag heroverwogen zou moeten worden (idem). Daartoe zou de wet gewijzigd moeten worden.

Om iets te doen aan de ontslagvergoedingen voor bestuurders (blijkens de koppeling tussen Annex en Bepaling 1.2.10 zit daar kennelijk met name de pijn) is het naar ons oordeel in het geheel niet nodig om te tornen aan de arbeidsrechtelijke positie van de bestuurder. Dat blijkt uit onze opmerkingen betreffende maximale benoemingsduur en maximale vergoeding bij ontslag

hierna. Ter meer algemene toelichting van onze opvatting de volgende in onderling verband te beschouwen korte opmerkingen.

- Over de complicaties resulterend uit combinatie van de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke kant van de positie van de bestuurder is veel gezegd en geschreven (; dit is niet de plaats voor een samenvatting daarvan). De discussie is in wezen uitgekristalliseerd en de praktijk kan goed uit de voeten met die combinatie. Voor alle problemen en probleempjes is inmiddels wel een oplossing gevonden. Dat de resultante niet in alle opzichten ideaal is, en dat er casusposities zijn die tot forse meningsverschillen aanleiding geven, doet daaraan niet af. Welk systeem roept immers geen vragen op?
- Er moet veel voor terug komen wil het de moeite waard zijn het bereikte systematische evenwicht (wij doelen hier nadrukkelijk niet op de toepassing hiervan in de praktijk, zie hierna) rond de bestuurder en zijn arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke rechten en plichten overboord te gooien.
- Het arbeidsrecht is al complex genoeg. Uitzonderingssituaties moeten zo veel mogelijk voorkomen worden. Het ontbreken van preventieve ontslagbescherming voor bestuurders (ontslagvergunning vereiste niet toepasselijk) is een goed voorbeeld van een zinvolle uitzondering.
- De Code bepleit forse aanpassingen in de rechtspositie van een specifiek type werknemer, de bestuurder. Die specifieke werknemer is er echter maar één van vele. Aanpassing van de rechtspositie van die ene roept allerhande vragen op omtrent de diverse andere denkbare categorieën. De optelsom van al die categorieën vormt thans een bouwwerk. Het is een gegeven dat het loswrikken van een relevante hoeveelheid bouwstenen de stabiliteit van een bouwwerk als geheel kan bedreigen. Dat loswrikken behoeft dus een meer dan solide rechtvaardiging.
- Voor het karakter van de relatie tussen vennootschap en bestuurder bestaan in essentie maar twee alternatieve smaken: aanneming van werk en opdracht. Het eerste alternatief is niet aan de orde.
- Opdracht is echter evenmin een alternatief. Contractsvrijheid eigen aan opdracht kan tot allerhande uitwassen leiden. Overzichtelijker (toch een van de hoofddoelstellingen van de Code) wordt het allerminst. Dat is te meer zo waar de Code de mogelijkheid niet uitsluit om delen van het arbeidsrecht van toepassing te verklaren.
- Voornaamste kenmerk van opdracht is overigens zelfstandigheid, in de zin van afwezigheid van toezicht en leiding. Dat predikaat verdraagt zich slecht met de gedachte dat bestuurders juist iets meer (kort samengevat) "ingekapseld" zouden moeten worden. Daaraan doet niet af dat de bestuurder leiding moet geven aan ondernemende activiteiten, en dus in zoverre ondernemer moet zijn.
- Het recente voorstel voor een nieuw Antilliaans Boek 2 BW gaat ook uit van het ontbreken van een arbeidsovereenkomst (artikel 8 lid 5). De toelichting op dat voorstel illustreert ons

inziens dat het contractuele regime rond de bestuurder bij doorvoering van de voorgestelde wijziging op zijn best van de (veronderstellenderwijs aanwezige) regen in de drup geraakt; echt droog wordt het zeker niet. Die toelichting betoogt: "*Het vijfde lid beoogt de ingewikkelde discussie over de verhouding tussen de de rechtspersonenrechtelijke (vennootschapsrechtelijke) en de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders, zoals deze in Nederland wordt gevoerd, te vereenvoudigen. De bepaling verbindt niet dat betrokken partijen in hun overeenkomst bepaalde of alle privaatrechtelijke bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing verklaren. Voor de rechter kunnen daarnaast de bepalingen aangaande opdracht een bron van inspiratie zijn. Opgemerkt mag ook worden dat de bepaling niet verbindt dat de bestuurder in dienst is van een andere rechtspersoon, van een groepsmaatschappij bijvoorbeeld.*"

- Op een *sui generis* relatie zit de rechtspraktijk niet te wachten. Zoals uit het bovenstaande blijkt lost dat ook niets op.
- Rechters en andere beoordelaars van arbeidsconflicten (zoals arbiters en advocaten) zijn in het algemeen goed in staat specifieke omstandigheden van individuele gevallen op waarde te schatten. Daartoe behoort de hoedanigheid "bestuurder" van sommige werknemers.

Wij menen derhalve dat de toepasselijkheid van het arbeidsrecht, zoals thans in literatuur en jurisprudentie uitgekristalliseerd, gehandhaafd kan blijven.

Maximering ontslagvergoeding

Achterliggende gedachte van het onderhavige voorstel (Bepaling I.2.10) is kennelijk dat bestuurders bij gedwongen vertrek in het algemeen te veel geld mee krijgen, althans dat de schijn daarvan bestaat. Daaraan moet (op goed zichtbare wijze) paal en perk gesteld worden, zo lijkt de Commissie te zeggen. Mede redengevend is kennelijk de notie dat het salaris van een bestuurder zowiezo al een risico-premie bevat.

Wij menen dat maximering niet nodig en dus ook niet verstandig is. De oplossing van het probleem ligt denken wij ergens anders. Opnieuw enkele korte opmerkingen ter adstructie.

- Het behoeft geen betoog dat de omstandigheden waaronder en redenen waarom bestuurders ontslagen worden (althans: dat desbetreffende voornemens bestaan) sterk verschillen. Dat is eens te meer het geval voor de omstandigheden van de betrokken bestuurder (dienstjaren als bestuurder en daaraan voorafgaand; leeftijd; aangetrokken als "reddende engel", etc).
- Bij die mix laat zich een *hard and fast rule* moeilijk denken. Anders gezegd: er zullen veel situaties zijn waarin de vennootschap de onderhavige Bepaling niet toepast, en dus moet uitleggen. Het is zeer de vraag of dat lukt, ondermeer omdat de (relatieve) buitenwereld niet alle nuances van de specifieke situatie zal onderkennen. Het kind gaat dan mee met het badwater. Niet minder, maar meer ophef over de afvloeiing is het resultaat. Oorzaak is dan de onwerkbaar norm (maximaal één vast jaarsalaris), niet het specifieke van het geval.

- De pijn zit hem ons inziens meer in de zeer in zwang geraakte *golden parachute* (ofwel gefixeerde schadeloosstelling bij ontslag) in de arbeidsovereenkomst. Dat is een goed voorbeeld van intransparante handjeklap vooraf, waarbij velen begrijpelijkerwijs vraagtekens plaatsen. Waarom de bestuurder wel en de gewone werknemer niet? Vanwege zijn onderhandelingspositie bij aantreden? Een andere steekhoudende ratio is er niet echt (; de beoogde helderheid bij ontslag is dat in elk geval niet, want discussie komt er toch).
- Hierbij moet bedacht worden dat hetgeen wordt bedongen haast per definitie meer is dan hetgeen waarop de bestuurder zonder regeling normaliter aanspraak zou kunnen maken; vanwaar anders het contractueel beding. Probleem is vooral dat met dat meerdere tevens de basis is gelegd voor kritiek op de regeling als het zover komt.
- Het zou verstandig zijn als Bepaling in de Code op te nemen dat dergelijke afspraken niet worden gemaakt. Dat verplaatst dan de discussie omtrent een eventuele ontslagvergoeding naar het moment waarop alle omstandigheden van het geval bekend zijn, en zo hoort het ook. In verband hiermee moeten ook Bepalingen I.2.13 en 17 gewijzigd worden.
- Hierbij hoort een Bepaling er op neer komend dat de remuneratie van de bestuurder niet geacht wordt (ook niet indirect) enige risicopremie terzake mogelijk ontslag te bevatten. De beloning is dan waarvoor zij bedoeld is: voor de te verrichten arbeid. En de discussie omtrent een eventuele ontslagvergoeding kan dan zuiverder gevoerd worden.
- Ons inziens bestaat er geen bezwaar tegen, anders dan de Commissie kennelijk meent, de Kantonrechtersformule als vertrekpunt te nemen bij het beantwoorden van de vraag welke vergoeding als het komt tot ontslag op zijn plaats is. Dat geldt ons inziens blijkens het voorgaande niet alleen bij berekeningen leidend tot een vergoeding van één vast jaarsalaris of minder, maar ook daarboven. Met name kan de C-factor in stelling worden gebracht (en meer precies het element risicosfeer) om redelijke resultaten te bereiken. Dat bestuurders in het algemeen niet economisch zwak zijn is een element dat in dat kader kan worden meegewogen.
- Wij signaleren tenslotte dat de diverse bepalingen omtrent Remuneratiecommissie en publicatie op zich al een ordenend effect op de ontslagpraktijk rond bestuurders zullen hebben.

Wij concluderen dat de maximering gemist kan worden. Wij bevelen in plaats daarvan juist bedoelde twee Bepalingen aan. Daarmee en met naleving daarvan kan onvrede als ook gisteren nog ontstond rond Ahold wellicht voorkomen worden. Met name de vooraf afgesproken *golden parachute* is in die kwestie ogenschijnlijk een steen des aanstoets. Desondanks: is het op voorhand overeenkomen van een *golden parachute* en/of verdiscontering van een risicopremie werkelijk onvermijdelijk dan kan dat opgelost worden binnen het kader van de "*comply or explain*" methodiek van de Code.

De gang van zaken rond de beloning van de heer Moberg bij Ahold toont eens te meer aan dat oplossingen wenselijk zijn. De problematiek is echter niet het resultaat van weeffouten in de rechtspositie en/of rechtsbescherming van de bestuurder.

Maximering benoeming 4 jaar

Deze Bepaling (I.1.1.) is opmerkelijk. Dit is vooral zo als de context daarvan (vergelijk de speech van uw Voorzitter van 1 juli jl.; de Code zelf zwijgt hierover) geen andere is dan het terugdringen van de omvang van ontslagvergoedingen. Ook kan het echter zijn dat het de Commissie vooral gaat om het vergroten van de *accountability* van de bestuurder. Plaatsing van de Bepaling in onderdeel I.1 van de code ondersteunt die gedachte. Daarvan gaan wij dan ook uit. Ook nemen wij aan dat de maximering niet alleen op de positie als bestuurder ziet, maar ook op de contractuele relatie. Tenslotte: wij nemen ten aanzien van de voorgestelde duur van vier jaar aan dat aansluiting is gezocht bij de benoemingssystematiek van commissarissen bij grote vennootschappen.

De eerste vraag is natuurlijk of deze Bepaling zin heeft. Het antwoord op die vraag is niet juridisch van aard. Wij volstaan dan ook met een enkele opmerking. Vier jaar is een relatief korte periode. Vergelijkingen met de politieke arena dringen zich op. Niet ongebruikelijk is de gedachte dat het eerste en vierde jaar niet de meest produktieve zijn. Kennismaking/inwerken en de strijd om herverkiezing zijn voor die jaren kenmerkend. Dan resteren twee jaren om aan de lange termijn continuïteit van de onderneming te werken. Dat is weinig rendement op een in het algemeen forse investering.

Op zich lijkt het echter het overwegen waard na enige jaren een zwaar beoordelingsmoment te hebben, zwaarder dan in de andere jaren wellicht. Commissarissen zouden op dat moment zich expliciet moeten uitlaten over voortzetting voor meerdere jaren van de relatie met de bestuurder. Voor een dergelijke aanpak is echter niet nodig de bestuurder uit het arbeidsrecht te halen, zoals blijkt Annex 1 nummer 1 de bedoeling is. Beoordelingsafspraken als hier bedoeld kunnen heel goed gemaakt worden binnen het kader van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Overigens staat het arbeidsrecht (ook) niet in de weg aan een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van vier jaar of meer (, uitgaande van een extern geworven bestuurder). De eventuele wenselijkheid in de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de mogelijkheid van tussentijdse opzegging op te nemen laten wij onbesproken. Pas bij verlenging - met één dag of bijvoorbeeld wederom vier jaar, dat maakt niet uit - ontstaat de door de Commissie kennelijk onwenselijk geachte arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dat lijkt alsnog perspectieven te bieden voor de opdracht-constructie. Die lijken ons echter nogal twijfelachtig, nu een rechter bij een langdurige opdracht als de onderhavige snel geneigd zal zijn een arbeidsovereenkomst aan te

nemen, althans de desbetreffende principes (analogisch) toe te passen. Ook dan blijkt de voorgestelde heretikettering van de bestuurder zinloos.

Concluderend: wij achten de kennelijke gedachte achter de onderhavige Bepaling zinvol, maar de uitwerking onjuist. De Bepaling zou gewijzigd moeten worden om de periode van benoeming vrij te laten, maar wel een fundamentele beoordeling na (bijvoorbeeld) vier jaar als norm te nemen. Rechtspositionele herbezinning is in elk geval niet nodig om de door de Commissie beoogde doelen te bereiken, ook niet als Bepaling I.1.1. in stand zou blijven.

Variabele beloning

Op dit aspect gaan wij niet in, alhoewel het hoort bij de hierboven besproken materie. De kanttekeningen die wij hier zouden kunnen maken zijn immers niet juridisch van aard, en wij willen ons houden aan de in aanhef dezes genoemde beperking.

Hoogachtend,

Paul A.M. Witteveen

Albert G. van Marwijk Kooy