

drs. J. de Boer
voorzitter

Aan de Monitoring Commissie Corporate Governance
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

p/a secretariaat@mccg.nl

Adres/Address

'Malietoren'

Bezuidenhoutseweg 12
Den Haag

Postadres/Postal Address

Postbus 93002

2509 AA Den Haag

Telefoon/Phone

070 349 03 79

Briefnummer
16/11.371/SD/Mge

Den Haag
27 september 2016

Betreft: Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards

Geachte leden van de Monitoring Commissie Corporate Governance,

VNO-NCW maakt graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards.

In april jl. werd de consultatie over de herziening van de Nederlandse corporate governance Code afgesloten. VNO-NCW is verheugd dat de Commissie zich heeft beperkt tot het aanpassen van het principe en de best practice bepalingen in de huidige Code over one tier boards.

VNO-NCW vindt wel dat de voorgestelde guidance op onderdelen meer recht kan doen aan het eigen karakter van de one tier bestuursstructuur dan nu het geval is.

VNO-NCW heeft het voorstel mede beoordeeld tegen de achtergrond van de mogelijkheid om een bestuursmodel met uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders te hanteren dat sinds 1 januari 2013 is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. De wetgever heeft expliciet gekozen voor een regeling waarin de one tier board alle bevoegdheden heeft. Een interne taakverdeling is mogelijk, maar de wetgever heeft expliciet aangegeven dat een aantal taken uitsluitend aan niet uitvoerende bestuurders kunnen worden toebedeeld: het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders. Het one tier bestuursmodel heeft daarmee een eigen karakter: de one tier board is een bestuur en niet een orgaan met bestuurders en commissarissen.

Hierna wordt op een aantal hoofdlijnen commentaar op de inhoud van de voorgestelde bepalingen en de guidance gegeven. In de bijlage bij deze brief wordt het commentaar nader uitgewerkt.

One tier board en vrijheid van inrichting

De wet en het principe en de best practice bepalingen in de huidige Code over de one tier board bieden vrijheid aan de one tier board om de governancestructuur zodanig in te richten dat deze voldoet aan de principes en best practice bepalingen. Dat dient ook in de herziene code het uitgangspunt te blijven. Dat is op een aantal punten in de voorgestelde best practice bepalingen en met name in de guidance niet het geval. VNO-NCW acht dat ongewenst en verzoekt om aanpassing op die punten.

Principe en best practice bepalingen

VNO-NCW kan zich vinden in de voorgestelde aanpassingen van het principe en van de meeste best practice bepalingen. Zij meent echter dat het toevoegen van een nieuwe best practice bepaling waarin de CEO wordt aangewezen als eerstverantwoordelijke bestuurder niet past bij de collegiale verantwoordelijkheid in een one tier board en dat de Code zich van bepalingen hierover dient te onthouden. Voorts meent VNO-NCW dat toegevoegd dient te worden dat in uitzonderingsgevallen het mogelijk is dat een voormalig CEO voorzitter van het bestuur kan worden, zoals bijvoorbeeld ook de UK Code hierin voorziet.

Guidance

In zijn algemeenheid is VNO-NCW er voorstander van in eerste instantie summier guidance op te stellen om ervaring op te doen met het sinds relatief kort in de wet verankerde one tier bestuursmodel, de aangepaste Code zoals die vermoedelijk met ingang van 2017 zal luiden, én het principe en de best practice bepalingen met betrekking tot de one tier board die in de aangepaste Code zullen worden opgenomen. Nadat eventuele uit de praktijk gebleken problemen/knelpunten zijn geïnventariseerd, kan - waar nodig- verdere guidance worden gegeven. Guidance is immers een adequaat instrument van de Commissie als zij bij de toepassing van de code onduidelijkheden constateert. Het vormt een leidraad van de Commissie die vervolgens als richtsnoer dient voor beursgenoteerde vennootschappen en hun aandeelhouders bij het hanteren van de Code. Guidance maakt echter geen deel uit van de codevoorschriften, zodat de beursgenoteerde vennootschappen hierover niet hoeven te rapporteren.

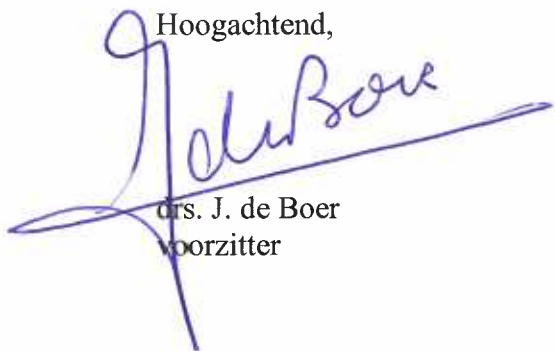
VNO-NCW meent verder dat de voorgestelde guidance dat voor bepaalde opgesomde besluiten van uitvoerende bestuurders de goedkeuring van niet-uitvoerende bestuurders vereist is, niet strookt met het eigen karakter van de one tier board. Wettelijk uitgangspunt is dat de bestuurstaak is toebedeeld aan de gehele one tier board: uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders tezamen. Verder biedt de wet een aantal mogelijke “technieken”, zoals interne taakverdeling en delegatie van besluitvorming. Het voorstel doorkruist deze wettelijke regeling en past/vult die in feite aan. VNO-NCW meent dat

dat ongewenst is en is van mening dat de betreffende paragraaf dient te worden geschrapt.

Tot slot vindt VNO-NCW dat de voorgestelde guidance dat *overall* waar in de Code gesproken wordt van de toezichthoudende rol van de commissarissen, niet-uitvoerende bestuurder dient te worden gelezen, onvoldoende rekening houdt met het eigen karakter van een one tier board. Dat wringt met name in de bepalingen over het formuleren van strategie en visie gericht op lange termijn waarde creatie. Het toezicht van de niet-uitvoerende bestuurders betreft hier slechts de uitvoering van de strategie niet het opstellen ervan. Daarvoor is de gehele board, uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk. VNO-NCW meent dat dat in de guidance tot uitdrukking dient te worden gebracht.

VNO-NCW is uiteraard graag bereid haar commentaar nader mondeling toe te lichten.

Hoogachtend,



drs. J. de Boer
voorzitter

Bijlage bij commentaar VNO-NCW op Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards*Gedetailleerd commentaar***Best practice bepalingen**

- *Best practice bepaling 2.8.3 bepaalt:*
De voorzitter van het bestuur is niet tevens belast, noch belast geweest met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap en is onafhankelijk in de zin van best practice bepalingen 2.1.6 en 2.1.7.

Het eerste gedeelte van de zin (tot “en is onafhankelijk”) is gelijk aan best practice bepaling III.8.1 van de huidige Code. Sinds het opstellen van de huidige Code is artikel 129a opgenomen in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Daarin is de taakverdeling van de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders vastgelegd. Lid 1 van dat artikel bepaalt onder meer: “Het voorzitterschap van het bestuur ...kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld.” VNO-NCW meent dat de woorden “niet tevens belast” derhalve kunnen worden geschrapt.

De terminologie die wordt gehanteerd (belast met de dagelijkse gang van zaken) stamt uit de huidige Code. Nu het nieuwe principe 2.8 (en ook artikel 2: 129a BW) de terminologie uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders hanteert, lijkt het beter daar bij aan te sluiten.

VNO-NCW stelt de volgende tekst voor:

“De voorzitter van het bestuur is geen uitvoerende bestuurder geweest van de vennootschap etc”

VNO-NCW merkt nog op dat in de UK Code in Code Provision A.3.1 de mogelijkheid is opgenomen dat in uitzonderingsgevallen een CEO voorzitter van het bestuur kan worden. In dat geval moeten de voornaamste aandeelhouders daarover worden geconsulteerd. Zij verzoekt een dergelijke bepaling ook in de Nederlandse Code op te nemen.

UK Code

A.3.1. The chairman should on appointment meet the independence criteria set out in B.1.1 below. A chief executive should not go on to be chairman of the same company. If exceptionally a board decides that a chief executive should become chairman, the board should consult major shareholders in advance and should set out its reasons to shareholders at the time of the appointment and in the next annual report.

- *Best practice bepaling 2.8.6 bepaalt:*
Onder de uitvoerende bestuurders wordt een eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder aangewezen (CEO). Deze uitvoerende bestuurder geeft leiding aan de dagelijkse gang van zaken binnen de met de vennootschap verbonden onderneming. De voorzitter heeft regelmatig overleg met de eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder.

Het aanwijzen van een eerstverantwoordelijke bestuurder uit de uitvoerende bestuurders kan nog als praktisch worden bestempeld om het overleg met de voorzitter (niet-uitvoerende) te kunnen structureren. Volgens de bepaling geeft deze “CEO” echter leiding aan de dagelijkse gang van zaken binnen de onderneming van de vennootschap. Dit betekent dat, als er meerdere executives zijn, de CEO bij de leiding van de dagelijkse gang van zaken ook aan die andere executives leiding geeft. De gedachte dat executive bestuurders leiding zouden moeten aanvaarden van een andere executive bestuurder staat op gespannen voet met de ratio van artikel 2:129 lid 2, laatste volzin BW: de ene bestuurder moet de andere bestuurder(s) niet kunnen overheersen. Dit overheersen/leidinggeven past ook slecht bij de collectieve verantwoordelijkheid binnen het bestuur. VNO-NCW meent daarom dat de Code zich van het onderwerp moet onthouden. Dat in de praktijk de CEO op basis van zijn natuurlijk gezag een belangrijke stem in het kapittel heeft wil nog niet zeggen dat de Code dit tot best practice moet verheffen.

Ook de UK Code kent een dergelijke bepaling niet. Daar wordt in main principle A.2 bepaald:

Division of Responsibilities

There should be a clear division of responsibilities at the head of the company between the running of the board and the executive responsibility for the running of the company's business. No one individual should have unfettered powers of decision.

en

in Code Provision A.2.1:

The roles of chairman and chief executive should not be exercised by the same individual. The division of responsibilities between the chairman and chief executive should be clearly established, set out in writing and agreed by the board.

Indien er hierover al iets bepaald dient te worden, meent VNO-NCW dat beter bij de UK Code bepaling kan worden aangesloten.

Guidance

In zijn algemeenheid is VNO-NCW er voorstander van in eerste instantie summiere guidance op te stellen om eerst ervaring op te doen met het sinds relatief kort in de wet verankerde one tier bestuursmodel, de aangepaste Code zoals die vermoedelijk met ingang van 2017 zal luiden, én het principe en de best practice bepalingen met betrekking tot de one tier board die in de aangepaste Code zullen worden opgenomen. Nadat eventuele uit de praktijk gebleken problemen/knelpunten zijn geïnventariseerd, kan - waar nodig-verdere guidance worden gegeven. Guidance is immers een adequaat instrument van de Commissie als zij bij de toepassing van de Code onduidelijkheden constateert. Het vormt een leidraad van de Commissie voor beursgenoteerde vennootschappen en hun aandeelhouders bij het hanteren van de Code. Guidance maakt echter geen deel uit van de codevoorschriften, zodat de beursgenoteerde vennootschappen hierover niet hoeven te rapporteren. Van diezelfde gedachte gingen ook uit: het besluit tot instelling van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code in 2004¹ en de guidance die de toenmalige monitoring

¹ Stscrt 2004, nr 241, toelichting op artikel 5: “De Monitoring Commissie brengt ten minste jaarlijks verslag uit aan de Minister van Financiën, de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken over haar bevindingen. Onderdeel daarvan is de visie van de Monitoring Commissie op de toereikendheid van de code aan de maatschappelijke en internationale corporate governance standaarden en praktijken. Constateert de Commissie onduidelijkheid over de

commissie 2012 gaf over de toepasbaarheid² van de Code op niet-uitvoerende bestuurders ging ook van die gedachte uit. VNO-NCW meent dat die benadering tot nu toe goed heeft gewerkt en ook nu weer zou dienen te worden gevolgd.

Pagina 7 onder 1.

- *Pagina 7 onder 1.1 Taken niet uitvoerende bestuurders*
 - *Toezicht: De taak om toezicht te houden ligt volgens de wet bij de niet uitvoerende bestuurders. Dit betekent dat overal waar in de Code een toezichthoudende rol aan de raad van commissarissen is toebedeeld, hier niet uitvoerende bestuurder kan worden gelezen.*

VNO-NCW meent dat de voorgestelde – gecursiveerde - tekst voorbij gaat aan het eigen karakter van het one tier bestuursmodel. Niet alle bepalingen lenen zich voor een één op één toepassing in een one tier board. Dat betreft de volgende bepalingen:

Principe 1.1 Lange termijn waardecreatie

Het bestuur is verantwoordelijk voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en richt zich op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur formuleert en implementeert een strategie gericht op lange termijn waardecreatie, die afhankelijk van de marktdynamiek voortdurend om korte termijn aanpassing kan vragen. De raad van commissarissen houdt hier toezicht op.

In een monistisch systeem is het de gehele board die de strategie bespreekt en vaststelt. De niet uitvoerende bestuurders houden toezicht op de uitvoering van de strategie door de executives.

Best practice bepaling 1.1.2 Rol raad van commissarissen

Het bestuur betreft de raad van commissarissen in een tijdig stadium bij het formuleren van de visie op en de strategie ter realisatie van lange termijn waardecreatie. Het bestuur legt de strategie en de toelichting daarop ter goedkeuring voor aan de raad van commissarissen.

Zie het voorgaande commentaar bij principe 1.1.

toepassing van één of meerdere codevoorschriften, dan kan de Commissie ook daarop haar visie geven. Die visie maakt geen deel uit van de codevoorschriften, zodat de beursgenoteerde vennootschappen formeel niet behoeven te reageren in het jaarverslag. De visie kan echter als richtsnoer dienen voor beursgenoteerde vennootschappen en hun aandeelhouders.”

² Rapport Monitoring Commissie december 2012, pagina 12:

“De Code en non-executive directors: De Commissie heeft besloten de toepasbaarheid van de Corporate Governance Code op non-executive directors te verduidelijken. De bepalingen die zien op commissarissen dienen direct te worden toegepast op non-executive directors in een one-tier board, onverminderd de overige verantwoordelijkheden die deze non-executives hebben. Zo moet bijvoorbeeld de ‘letter of the Chairman’ voldoen aan de vereisten die aan het verslag van de raad van commissarissen worden gesteld. Het kan voorkomen dat het voor een onderneming niet mogelijk is om de vereisten in de Code die zien op commissarissen één op één toe te passen op een non-executive director. Hiervoor geldt daarom ook onverkort het ‘pas toe of leg uit’-principe. Het moet hierbij gaan om ondernemingsspecifieke uitleg die aangeeft waarom niet aan vereisten kan worden voldaan. Dat er sprake van een one-tier structuur is, is onvoldoende uitleg en zal worden gezien als niet-naleving van de Code”

VNO-NCW stelt voor om aan het slot van de volzin na “kan worden gelezen” toe te voegen:

“, tenzij zich dat niet verdraagt met de aard van de one tier bestuursstructuur.”

Ter vermijding van mogelijke misverstanden stelt zij tevens voor het slot van de volzin, “hier niet uitvoerende bestuurder kan worden gelezen” als volgt te herformuleren:

“hier kan worden gelezen niet uitvoerende bestuurder.”

- *Commissies* - In concept-best practice bepaling 2.8.4 is bepaald dat de commissies uitsluitend uit niet uitvoerende bestuurders bestaan. Hieruit vloeit voort dat taken en verantwoordelijkheden die in de Code zijn toegeschreven aan commissies, bij vennootschappen met een one tier board automatisch aan niet uitvoerende bestuurders toekomen.

Als commissies uitsluitend uit niet uitvoerende bestuurders bestaan, lijkt het logisch dat die taken aan die niet uitvoerende bestuurders toekomen. VNO-NCW vraagt zich af welke verduidelijking de tekst probeert te geven.

- *Pagina 8 onder 2. Goedkeuring door meerderheid niet uitvoerende bestuurders*
Het voorstel schrijft voor bepaalde bestuursbesluiten de goedkeuring van de niet uitvoerende bestuurders voor. Het beroep op de regeling van artikel 2:164a BW is niet overtuigend, omdat deze regeling (1) specifiek ziet op het structuurregime en niet geldt voor het gewone regime: zo geldt met betrekking tot de door de artikelen 2:312 lid 4 en 2:334f lid 4 BW vereiste goedkeuringen van de raad van commissarissen niet, dat deze in het monistisch bestuursmodel moet worden gegeven door de meerderheid van de ‘niet uitvoerende bestuurders, (2) is ingegeven door de specifieke kenmerken van het structuurregime (de opmerking “vanuit een onafhankelijke positie” in Kamerstukken II, 31 763 nr. 12 onder “Toelichting” moet worden opgevat als “met een zwaarder wegende stem van de op aanbeveling van de ondernemingsraad benoemde niet uitvoerende bestuurders”) en (3) geen onderdeel uitmaakte van het oorspronkelijke wetsvoorstel, maar daar pas aan het einde van de behandeling in de Tweede Kamer aan is toegevoegd (zie eerdergenoemd kamerstuk). Er is dus geen aanleiding voor de Commissie om aansluiting te zoeken bij de regeling van artikel 2:164a BW.

VNO-NCW meent dat het uiterst ongewenst is om langs deze weg het duale systeem in het monistisch systeem te verweven. De wetgever heeft expliciet gekozen voor een regeling waarin de board alle bevoegdheden heeft, ongeacht de interne taakverdeling. De wetgever heeft in artikel 2: 129a BW daarbij drie duidelijke uitzonderingen gemaakt: het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders. Die drie onderwerpen zijn uitgezonderd van besluitvorming door de uitvoerende bestuurders. Op deze duidelijke regeling moet in de Code geen, willekeurige, invulling worden gegeven. Het behoort niet tot de bevoegdheden van de Commissie om de wet op dergelijke cruciale onderdelen aan te passen. VNO-NCW meent dat deze paragraaf 2 dient te worden geschrapt.