



Reactie consultatiedocument Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards

September 2016

Aan:
Monitoring Commissie Corporate Governance Code

Van:
Loyens & Loeff N.V.



1 Introductie

- 1.1 In vervolg op het consultatiedocument “Voorstel voor herziening” van 11 februari 2016 hebben we met veel interesse kennis genomen van het consultatiedocument “Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards” van 3 augustus 2016. We maken derhalve ook graag van de gelegenheid gebruik hierop te reageren.
- 1.2 Zoals opgemerkt in de inleiding van het consultatiedocument lijken vennootschappen in toenemende mate voor een monistisch bestuursmodel te kiezen. Gelet op de beperkte adressering van het monistisch bestuursmodel in de huidige Code is het de hoogste tijd meer aandacht te besteden aan dergelijke one tier vennootschappen.
- 1.3 Wij kunnen ons in beginsel vinden in de beslissing van de Commissie om voor one tier vennootschappen niet een geheel eigen Code vast te stellen. De redenering delen wij echter niet geheel. De Commissie heeft de indruk dat de wijze waarop de taakverdeling binnen one tier vennootschappen in de praktijk plaatsvindt te veel verschilt en op onderdelen nog onvoldoende uitgekristalliseerd is om een volledig op de one tier board toegeschreven Code te rechtvaardigen. Wij zijn echter van mening dat deze verschillen niet een reden kunnen zijn om niet een Code voor one tier vennootschappen op te stellen. De Code heeft immers als doel normen vast te stellen voor goede governance en deze normen zouden voor one tier vennootschappen niet anders moeten zijn dan voor two tier vennootschappen.
- 1.4 Zoals in zowel het “Voorstel voor herziening” als het “Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards” is opgemerkt, is het toepassen van de Code op one tier vennootschappen meer dan het vervangen van de termen bestuur en raad van commissarissen door uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. De Commissie acht het van belang one tier vennootschappen een duidelijker handvat te bieden voor de toepassing van de Code. Het nu voorliggende consultatiedocument voldoet ons inziens op onderstaande punten nog niet geheel.

2 Guidance

- 2.1 Uit het consultatiedocument volgt dat de Commissie voornemens is om verduidelijking van de toepassing van de Code door one tier vennootschappen onder meer te realiseren door in Guidance nadere richting te geven op welke wijze de normen in de Code kunnen worden toegepast waarbij voorts bijkomende governance vraagstukken worden geadresseerd. Aan het eind van de toelichting op pagina 6 van het consultatiedocument is weergegeven dat de diverse best prac-

tice bepalingen van 2.8 “nader worden toegelicht” aan de hand van de Guidance. Zo gezien, heeft de Guidance kennelijk dus de status van een toelichting c.q. een nadere toelichting.

- 2.2 Wij begrijpen dat de Guidance mogelijk in een separaat document beschikbaar zal worden gesteld. Aangezien de Guidance een toelichting op best practice bepalingen is, zouden wij er echter voorstander van zijn de toelichting en Guidance beide in de Code op te nemen, en wel in één toelichting op de relevante principe of best practice bepaling.

3 Principe

De principe bepaling 2.8 verwijst naar de rol en onafhankelijkheid van de niet uitvoerende bestuurders, terwijl in 2.8.6 ook wordt gesproken over de rol van de CEO. Het zou wenselijk zijn de principe bepaling uit te breiden met de uitvoerende bestuurders en hun rol in een monistisch bestuursmodel alsmede de onderlinge verhouding tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

4 Onafhankelijkheid

Op grond van 2.8.1 zijn de onafhankelijkheidsvereisten in de zin van 2.1.6 en 2.1.7 van toepassing op de niet uitvoerende bestuurders. Bij een analoge toepassing van 2.1.6 is vervolgens een niet uitvoerend bestuurder niet onafhankelijk, indien deze in de vijf jaar voorafgaand aan de benoeming bestuurder van de vennootschap is geweest. Aangezien hierbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen een bestuurder in een one tier of two tier vennootschap, zou in het eerste geval een niet uitvoerend bestuurder (kwalificeert immers als bestuurder) bij herbenoeming niet langer als onafhankelijk kwalificeren. Dit lijkt niet beoogd met deze bepaling, en kan met een verduidelijking in 2.1.6 verholpen worden.

5 Rol van de voorzitter

- 5.1 Een opmerking van redactionele aard betreft de bepalingen van 2.8.3 en 2.8.6, waarbij de eerste refereert aan “de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap” terwijl de laatste refereert aan “de dagelijkse gang van zaken binnen de met de vennootschap verbonden onderneming”. We zouden menen dat er geen materieel onderscheid tussen beide beoogd is en het dus beter zou zijn deze zinsneden gelijk te trekken, waarbij geïnspireerd op artikel 2:129 BW we zouden willen voorstellen te spreken over “de dagelijkse gang van zaken binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”.
- 5.2 De bepaling 2.8.2 maakt verder niet geheel duidelijk welke rol aan de voorzitter wordt toegekend, omdat “primair verantwoordelijk voor leiderschap” voor meer-

derlei uitleg vatbaar is. We zouden willen voorstellen dit verder te verduidelijken. Een dergelijke verduidelijking kan ons inziens langs de lijnen van de bepalingen 2.3.6 "Voorzitter raad van commissarissen", 2.4.2 "Aanspreekpunt voor functioneren van commissarissen en bestuur" en 2.4.3 "Vergadering raad van commissarissen".

6 Niet uitvoerende bestuurders verslag

- 6.1 Op grond van bepaling 2.8.5 leggen niet uitvoerende bestuurders verantwoording af over het uitgeoefende toezicht in het afgelopen boekjaar over een aantal daarin genoemde onderwerpen. Anders dan in de corresponderende bepaling voor de two tier vennootschappen, bepaling 2.3.11, wordt geen invulling gegeven aan de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd.
- 6.2 Wij menen dat, zonder in detail aan te geven in welke vorm de verantwoording wordt gepubliceerd, een verduidelijking dat het verslag bij of met de jaarstukken wordt gepubliceerd wenselijk is.

7 Eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder / CEO

- 7.1 Hoewel barbarismen zoveel mogelijk vermeden moeten worden, komt het gebruik van de vertaling ("eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder") van de term CEO in bepaling 2.8.6 wat kunstmatig over, en heeft de Commissie ook derhalve gemeend de toevoeging "(CEO)" te moeten maken. Het verdient wellicht overweging enkel gebruik te maken van deze Engelse term, om ook wat dit betreft aan te sluiten bij het gebruik in de praktijk.
- 7.2 Ten aanzien van de rol van de "eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder (CEO)" is bepaling 2.8.6 summier. De flexibiliteit omtrent de invulling van de rol van de CEO die op deze wijze wordt behouden ervaren wij als gewenst. We zouden echter willen voorstellen dat, indien er meerdere uitvoerende bestuurders met afzonderlijke functies zijn benoemd (te denken valt aan een CFO naast de CEO) een duidelijke schriftelijke afbakening van de taken wordt opgesteld. Overigens zou een bepaling van gelijke strekking ook gepast lijken ten aanzien van een vennootschap met een dualistisch bestuursmodel.

8 Uitwerking eerste consultatiedocument

- 8.1 In het eerste consultatiedocument worden aan de raad van commissarissen verschillende verantwoordelijkheden en taken toebedeeld, waaronder in 1.6 "Benoeming en beoordeling functioneren externe accountant", 2.3.2 "instellen commissies" en 3.4.1 "remuneratierapport". Hoewel voor enkele bepalingen voor de hand liggend, is niet (uitdrukkelijk) bepaald dat deze verantwoordelijk-

heden en taken bij een monistisch bestuursmodel toekomen aan het bestuur of de niet uitvoerende bestuurders. Verduidelijking op dit punt zou gewenst zijn. In dit verband verwijzen we ook naar onze opmerking in paragraaf 1.4 hierboven.

- 8.2 Voorts maakt bepaling 2.1.3 van het consultatiedocument voor two tier vennootschappen, over de executive committee, een expliciete verwijzing naar de checks and balances die onderdeel uitmaken van het dualistisch bestuursmodel. Aangezien wij menen dat niet uitvoerende bestuurders, als leden van hetzelfde orgaan waar ook uitvoerende bestuurders met executive taken deel van uitmaken, in een one tier vennootschap geacht worden nog nauwer betrokken te zijn bij het executive committee dan commissarissen, is ook hier verduidelijking omtrent toepassing voor one tier vennootschappen gewenst.

9 Goedkeuring door meerderheid niet uitvoerende bestuurders

- 9.1 In de Guidance wordt een paragraaf gewijd aan goedkeuring door een meerderheid van niet uitvoerende bestuurders. Deze paragraaf behoeft ons inziens verduidelijking aangezien de inhoud voor verschillende lezingen vatbaar lijkt.
- 9.2 Met de zinsnede “Voor bepaalde onderdelen ... (*enzovoorts*), dat de besluitvorming bij de niet uitvoerende bestuurders wordt gelegd in plaats van bij het voltallig bestuur” lijkt de Commissie bedoeld te hebben dat deze besluiten overeenkomstig het bepaalde in 2:129a lid 3 BW genomen kunnen worden door alleen de niet uitvoerende bestuurders. De daarop volgende zin “Voor die gevallen kan voor een regeling worden gekozen die vergelijkbaar is met artikel 164a BW, namelijk dat het desbetreffende besluit de goedkeuring behoeft van de meerderheid van de niet uitvoerende bestuurders” sluit hier echter niet op aan. Verduidelijking is hier gewenst.
- 9.3 Verder lezen wij deze paragraaf zo dat wordt voorgesteld het betreffende bestuursbesluit te nemen, ter keuze van de vennootschap, buiten aanwezigheid van de uitvoerende bestuurders, en derhalve als een zelfstandig bestuursbesluit en niet als goedkeuring van een separaat onderliggend bestuursbesluit. Voor de genoemde onderwerpen zouden de uitvoerende bestuurders derhalve buitenspel worden gezet, terwijl ingeval van een dualistisch bestuursmodel de bestuurders bij een aantal van de genoemde onderwerpen juist het initiatief hebben met dien verstande dat goedkeuring van de raad van commissarissen nodig is. Hoewel voor de niet uitvoerende bestuurders vanuit hun toezichthoudende taak een invulling van hun rol bij genoemde besluiten gezocht moet worden, komt het ons niet logisch voor dat de uitvoerende bestuurders hun betrokkenheid geheel zouden verliezen.

Ter verduidelijking een voorbeeld ten aanzien van het eerstgenoemde onderwerp, de goedkeuring van de strategie van de vennootschap. Zoals opgemerkt in het consultatiedocument voor two tier vennootschappen ligt de primaire verantwoordelijkheid voor de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming bij het bestuur, en komt de raad van commissarissen in dit verband een afgeleide verantwoordelijkheid toe toezicht te houden op de wijze waarop het bestuur de lange termijn waardecreatie bij het handelen vooropstelt. De Commissie verlangt in dit verband dat het bestuur een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap vaststelt, welke vertaald dient te worden in een strategie, waarin het bestuur concreet aangeeft op welke wijze de visie kan worden gerealiseerd. In het kader van zijn toezichthoudende rol kan de raad van commissarissen daarbij bepaalde goedkeuringsrechten toegekend worden. Indien bij one tier vennootschappen de niet uitvoerende bestuurders (bij uitsluiting van de uitvoerende bestuurders) de strategie en het beleid van de vennootschap zouden bepalen, wordt de verantwoordelijkheid van de uitvoerende bestuurders uitgehold, terwijl deze uitvoerende bestuurders ter uitvoering van de strategie wel belast blijven met de dagelijkse gang van zaken. Overigens lijkt dit ook niet in lijn met de ABN AMRO beschikking¹ uit 2007 waarin de Hoge Raad bevestigt dat "*het bepalen van de strategie van een vennootschap en de daaraan verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap*" en de ASMI beschikking waarin de Hoge Raad eveneens overweegt dat strategie in beginsel een aangelegenheid van het bestuur is.²

- 9.4 Wij zouden willen voorstellen in de Guidance te verduidelijken dat waar het goedkeurende besluiten van de raad van commissarissen betreft in geval van two tier vennootschappen, het voor one tier vennootschappen niet mogelijk is de toegang van uitvoerende bestuurders tot de besluitvorming te beperken. Los van de vraag of uitsluiting van uitvoerende bestuurders op artikel 2:129a lid 3 BW wordt gebaseerd, zou een dergelijke regeling in lijn zijn met artikel 2:164 lid 3 BW.

* * *

¹ HR 13 juli 2007, JOR 2007, 178 m.nt. Nieuwe Weme

² HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 met noot Van Ginneken

Namens het Loyens & Loeff Corporate Governance Team:

Nelleke Krol

nelleke.krol@loyensloeff.com / +31 20 578 57 67

Peter Corten

peter.corten@loyensloeff.com / +31 20 578 57 60

Wilco Oostwouder

wilco.oostwouder@loyensloeff.com / +31 20 578 57 16

Jelmer Kalisvaart

jelmer.kalisvaart@loyensloeff.com / +31 20 578 54 02

Miranda van Es

miranda.van.es@loyensloeff.com / +31 20 578 55 81

Michel van Agt

michel.van.agt@loyensloeff.com / +44 20 78 26 30 92