

drs. J. de Boer
voorzitter

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

p/a secretariaat@mccg.nl

Adres/Address

'Maliatoren'

Bezuidenhoutseweg 12
Den Haag

Postadres/Postal Address

Postbus 93002

2509 AA Den Haag

Telefoon/Phone

070 349 03 79

Onderwerp

Voorstellen herziening Corporate
Governance Code

Den Haag

21 april 2016

Geachte leden van de Monitoring Commissie Corporate Governance,

VNO-NCW is verheugd dat de Commissie zo adequaat en snel heeft gereageerd op het verzoek van de schragende partijen om de Nederlandse Corporate Governance Code te actualiseren. De Code vormt in zijn nieuwe voorgestelde opzet een waardige opvolger van de nu van toepassing zijnde Code, passend in het huidige tijdsgewricht en met de blik op de toekomst. Daarmee wordt het belang van corporate governance opnieuw op de kaart gezet en benadrukt en krijgt zelfregulering ook de komende jaren een kans. Terecht wordt de focus gelegd op de lange termijn waarde creatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dat vormt een belangrijke ondersteuning voor bestuurders en commissarissen en is van belang voor de 'licence to operate' voor ondernemingen. VNO-NCW is dan ook op hoofdlijnen positief over de ingezette herziening van de Code.

Hierna wordt een aantal hoofdlijnen van commentaar van VNO-NCW gegeven op de door de Commissie voorgestelde aanpassingen van de Code en wordt ingegaan op de voorgestelde toekomstige herzieningen van de Code. In de bijlage bij deze brief wordt het commentaar van VNO-NCW nader uitgewerkt en worden concrete tekstvoorstellen gedaan voor aanpassing van de Code op punten die verduidelijking of nuancering behoeven en het 'principle based' karakter van de Code op onderdelen beter tot uitdrukking beogen te brengen.

'Pas toe of leg uit'

VNO-NCW hecht sterk aan het – goed functionerende – *“pas toe of leg uit”* principe van de Code. De Commissie lijkt van mening te zijn dat afwijking (dus: uitleggen) eigenlijk niet is toegestaan (“afwijkingen dienen niet per definitie als inbreuk te worden beschouwd”). Die gedachtegang zou met zich

brengen dat de Codebepalingen onverkort door alle ondernemingen moeten worden toegepast. Dat zou naar ons het oordeel niet passen in een "pas toe of leg uit" benadering, omdat dan geen rekening zou worden gehouden met de grote diversiteit in aard, omvang en overige specifieke omstandigheden van ondernemingen. De Code moet praktisch hanteerbaar moet blijven en ondernemingen de ruimte laten om rekening te houden met de vaak snel veranderende omgeving waarin zij opereren. Bovendien zou deze gedachtegang van de Commissie een afwijking zijn van de door voorgaande commissies voorgestane benadering dat afwijking zeer gelegitimeerd kan zijn. VNO-NCW gaat er echter van uit dat het niet de bedoeling van de Commissie is een koerswijziging voor te stellen en stelt een bevestiging van deze zienswijze op prijs.

Beloningen

Positief vindt VNO-NCW de stevige deregulering op het gebied van de *beloningen*. Zij kunnen mede bijdragen aan het voorkomen van escalatie van de discussie over beloningen. Het voorstel dat de bestuurder zijn visie op zijn eigen beloning dient te geven aan de remuneratiecommissie gaat echter voorbij aan de bestaande bevoegdheden en verantwoordelijkheden van Raad van Commissarissen (RvC) en algemene vergadering. Door de bestuurder op deze wijze verantwoording af te laten leggen is sprake van een vermenging van bevoegdheden, wat voor onduidelijkheden zorgt. Hoewel de bepaling is opgenomen als interne aangelegenheid tussen bestuurder en RvC, kan er van worden uitgegaan dat de bepaling extern effect gaat hebben. Dit is ongewenst. VNO-NCW beveelt daarom aan de bepaling te schrappen.

Risicobeheersing

VNO-NCW onderschrijft dat aan *risicobeheersing* meer aandacht wordt gegeven. Dat past in de nadruk die wordt gelegd op de lange termijn waarde creatie. Daarbij zijn echter bij een aantal voorstellen de volgende kanttekeningen te maken.

Risicobeheersing: in control verklaring

Allereerst heeft VNO-NCW grote bezwaren tegen de sterke uitbreiding van de reikwijdte van de *in control verklaring* over risicobeheersing. Door een ongeclausuleerde verklaring ten aanzien van de effectiviteit en adequaatheid van de risicobeheersingssystemen te verlangen en geen onderscheid (meer) te maken tussen financiële verslaggevingsrisico's en andere risico's wordt een schijnzekerheid gecreëerd: juist niet goed te voorziene risico's blijken grote impact te kunnen hebben. Naar verwachting zullen ondernemingen om het risico af te dekken dat is verbonden aan het afgeven van dergelijke verklaringen, zich uitgebreid extern laten adviseren en een zware interne organisatie (moeten) opzetten. De voorgestelde bepalingen zullen derhalve leiden tot lastenverhoging die niet proportioneel is ten opzichte van de gecreëerde schijnzekerheid. Dit wordt, zeker nu de huidige praktijk goed functioneert, ongewenst geacht en overigens is het ook praktisch onhaalbaar om direct na vaststelling van een nieuwe Code aan een dergelijke bepaling te

voldoen. VNO-NCW bepleit daarom voor handhaving van de huidige beperking van de *in control verklaring* tot financiële verslaggevingsrisico's.

Risicobeheersing: verklaring over continuïteit

Ook heeft VNO-NCW bezwaar tegen het voorstel dat het bestuur moet verklaren dat het verwacht dat de *continuïteit* voor de komende twaalf maanden is gewaarborgd. Voor de onderbouwing verwijst de Commissie naar een bepaling uit de UK Corporate Governance Code. Hiermee wordt het zorgvuldig ontwikkelde systeem van mededelings-, externe verslaggevings- en andere verplichtingen (en aansprakelijkheden) als vervat in het Nederlandse effecten-, ondernemings- en vermogensrecht doorkruist. De bepaling heeft bovendien een garantieachtig karakter, biedt weinig ruimte voor nuance en brengt allerlei risico's voor ondernemingen met zich. Indien een dergelijke bepaling al noodzakelijk zou zijn, dan zou in zijn geheel moeten worden aangesloten bij de benadering in de UK Corporate Governance Code, dus inclusief de uitgebreide guidance die daar op dit punt wordt gegeven.

Risicobeheersing: interne audit functie

Ten aanzien van de *interne audit functie* is het - net als bij iedere andere interne (staf)functie - aan het bestuur van ondernemingen om te bepalen of een interne auditfunctie wordt ingesteld en zo ja, wat de reikwijdte van deze functie is. Geconstateerd wordt dat de voorstellen voor de interne audit functie met name gericht zijn op grote beursgenoteerde ondernemingen en ten onrechte is geen rekening gehouden met de omvang en aard van ondernemingen. Dit is wel gewenst.

Kleinere beursfondsen

Het voorstel voor de Code bevat, naast die voor de interne audit functie, meer specifieke regels die onvoldoende rekening houden met kleinere ondernemingen. Daardoor kunnen praktische problemen ontstaan. Zo zal het bij een Raad van Commissarissen van geringe omvang lastig zijn om te voldoen aan het vereiste dat tenminste één commissaris specifieke deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe businessmodellen moet hebben of aan het vereiste dat een speciale commissie bij overnames moet worden ingesteld. Aard en omvang van de betrokken onderneming zouden op zich een adequate uitleg moeten vormen om af te wijken van de betreffende bepalingen.

Certificering van aandelen

VNO-NCW onderschrijft dat *certificering van aandelen* mag worden gebruikt als beschermingsmaatregel. Vast dient echter te staan dat een administratiekantoor ook nog steeds – zoals gebruikelijk is – mag stemmen voor niet verschenen aandeelhouders. De Code behoeft op dit punt verduidelijking.

Responstijd

VNO-NCW heeft bezwaar tegen de door de Commissie voorgestelde beperking van de zgn. *responstijd*, aangezien deze daardoor in feite niets

meer voorstelt. Wanneer aandeelhouders een onderwerp agenderen dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap, kunnen bestuur en Raad van Commissarissen de *responstijd* invoeren. Deze geeft hen een redelijke termijn om te reageren. De Commissie beperkt de gevallen waarin de responstijd kan worden ingeroepen tot besluiten van het bestuur om de identiteit of het karakter van de vennootschap te wijzigen en dus juist niet tot voorstellen die aandeelhouders doen. Met andere woorden: voorstellen van aandeelhouders – zoals bijvoorbeeld ontslag van bestuurders en commissarissen – zouden helemaal niet meer onder de responstijd vallen, terwijl daar in die gevallen nu juist wel behoefte aan is als het bestuur en commissarissen het met die voorstellen niet eens zijn. VNO-NCW bepleit daarom handhaving van de huidige bepaling over de responstijd.

Toekomstige herzieningen

De Monitoring Commissie adviseert regulier om de drie jaar te bezien of de Code herziening behoeft. Terecht voegt de Commissie daar aan toe dat rekening moet worden gehouden met de impact op vennootschappen. Vennootschappen zijn gebaat bij een lange termijn consistentie in de Codebepalingen. Continuïteit is voor ondernemingen van belang voor de werkbaarheid en daarmee de acceptatie van de Code. Een periode van drie jaar is daarom te kort. Het vóórschrijven van een herzieningscheck iedere 3 jaar heeft als risico dat het belang van lange termijn continuïteit uit het oog wordt verloren en vergroot de kans dat er wordt “herzien om te herzien”. De huidige Code is ten opzichte van zijn voorganger uit 2003 niet wezenlijk aangepast en in feite hebben de codebepalingen derhalve 12 jaar naar tevredenheid gefunctioneerd. Schragende partijen kunnen ook, zoals dat thans is geschied, een verzoek doen voor een actualisering van de Code als zij menen dat daartoe door het verstrijken van de tijd of anderszins aanleiding toe is. Een lichte “review” om de circa 6 jaar om eventuele overlap met gewijzigde wet- en regelgeving te herstellen heeft daarom de voorkeur. Verder is aanbevelenswaardig om – evenals dat in het Verenigd Koninkrijk gebruik is en in het verleden door vorige Monitoring Commissies in Nederland ook is toegepast – gebruik te maken van het instrument van aanbevelingen/guidance. Dat is een goed werkend sturingsmechanisme gebleken. Op die wijze krijgt de Code een betere inbedding in de praktijk.

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

Hoogachtend,



drs. J. de Boer
voorzitter

Bijlage: 1

Bijlage bij commentaar VNO-NCW op voorstellen herziening Nederlandse Corporate Governance Code d.d. 21 april 2016

Gedetailleerd commentaar

PREAMBULE

In de preambule¹ wordt bepaald dat de vennootschap dient te streven naar het creëren van waarde op de lange termijn voor alle stakeholders, in plaats van - zoals in de huidige code - het creëren van aandeelhouderswaarde op de lange termijn. Stakeholders zijn zeer breed gedefinieerd als: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen.

VNO-NCW meent dat de Commissie met het verplichten tot het creëren van waarde voor alle stakeholders doorschiet. Uiteraard dienen bestuur en RvC rekening te houden met de belangen van alle stakeholders. Dat is ook onder de huidige Code al het geval². Tegelijkertijd dient het bestuur zich echter ook - voorgestelde principe 1.1 - te richten op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Terecht wordt in de voorgestelde best practice bepaling 1.1.1 opgenomen dat bij het formuleren van de strategie aandacht wordt besteedt aan de afweging van de belangen van alle stakeholders. Dat is echter iets anders dan dat voor alle stakeholders op de lange termijn waarde moet worden gecreëerd. Zo kan het bijvoorbeeld in het belang van de lange termijn waardecreatie van de vennootschap zijn om een bedrijfsonderdeel te sluiten. Daarmee wordt dan dus geen waarde gecreëerd voor o.a. werknemers en toeleveranciers. Niettemin kunnen bestuur en RvC na zorgvuldige afweging van alle belangen tot het oordeel komen dat sluiting van het bedrijfsonderdeel in het kader van de lange termijn waardecreatie voor de hele vennootschap het beste is. Afweging van belangen brengt nu eenmaal met zich de kans dat aan sommige belangen in meerdere of mindere mate afbreuk kan worden gedaan. Het is de taak van het bestuur onder toezicht van de RvC om de strategie op te stellen en uit te voeren en daarbij de diverse belangen af te wegen. Niet alleen past daarbij niet een verplichting om waarde voor de deelbelangen van alle stakeholders te creëren en is dat niet in lijn met wetgeving en jurisprudentie, maar het is –zie het hiervoor gegeven voorbeeld – ook feitelijk onmogelijk.

¹ Preambule p. 55

² Preambule 8 van de huidige Code luidt: “Het bestuur en de raad van commissarissen behoren met de belangen van de verschillende belanghebbenden rekening te houden, inclusief de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. Vertrouwen van de belanghebbenden dat hun belangen worden behartigd, is een voorwaarde voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken. Goed ondernemerschap, waaronder inbegrepen integer en transparant handelen door het bestuur, alsmede goed toezicht hierop, waaronder inbegrepen het afleggen van verantwoording over het uitgeoefende toezicht, zijn essentiële voorwaarden voor het stellen van vertrouwen in het bestuur en het toezicht door de belanghebbenden. Dit zijn de twee steunpilaren waarop goede corporate governance rust en waarop deze Code ziet”

NALEVING VAN DE CODE

Volgens het 'pas-toe-of-leg-uit'-principe wordt de Code nageleefd door de Codebepalingen ofwel onvoorwaardelijk toe te passen, ofwel uit te leggen waarom er van wordt afgeweken. De Commissie lijkt die zienswijze te verlaten en een omgekeerde benadering voor te staan door op te merken dat afwijkingen onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn en niet per definitie als inbreuk op de Code dienen te worden beschouwd³. Daarmee lijkt gezegd te worden dat afwijken eigenlijk niet is toegestaan en dat de bepalingen door alle ondernemingen, tenzij sprake is van omstandigheden die specifiek zijn voor de betrokken onderneming, onverkort moeten worden toegepast. De 'comply or explain' benadering lijkt hierdoor te verschuiven naar een set detailregels die gevolgd moet worden. VNO-NCW meent dat dat niet zou passen in een pas-toe-of-leg-uit benadering en ook ongewenst zou zijn, omdat enerzijds de Code geen wet in materiële zin is en anderzijds dit geen rekening houdt met de grote diversiteit in aard, omvang en overige omstandigheden van ondernemingen. Zij brengt in herinnering dat de voorgaande Monitoring Commissies hebben benadrukt dat afwijking zeer gelegitimeerd kan zijn. VNO-NCW neemt aan dat het niet de bedoeling is op dit punt een koerswijziging voor te stellen. Zij verzoekt derhalve de betreffende passage aan te passen en stelt de volgende wijziging voor:

"Afwijkingen kunnen onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn, afhankelijk van de concrete omstandigheden waarin de vennootschap en de met haar verbonden onderneming(en) zich bevinden, en dienen niet per definitie als inbreuk op de Code te worden beschouwd."

De Commissie stelt voor dat de vennootschap elk jaar in haar bestuursverslag of op haar website aangeeft *op welke wijze* zij de bepalingen van de Code in het afgelopen jaar heeft toegepast. VNO-NCW meent dat ook hier sprake is van een ongewenste accentverschuiving. Uiteraard dient verantwoording te worden afgelegd over de naleving van de Code, maar de gedachte van pas toe of leg uit dient daarbij leidend te blijven. Alleen het afwijken van de gestelde norm dient te worden uitgelegd. Voorts wordt voorgesteld dat de vennootschap indien zij een bepaling niet toepast, een beschrijving geeft "van hoe de beslissing om van de best practice bepaling af te wijken binnen de vennootschap tot stand is gekomen"⁴. VNO-NCW meent dat dit zal leiden tot algemeenheden en *boilerplate* teksten en dat het voldoende is als adequate uitleg wordt gegeven van de redenen voor de afwijking.

VNO-NCW stelt derhalve voor het begin van de tweede alinea als volgt te herformuleren:

De vennootschap ~~vermeldt~~ legt elk jaar in haar bestuursverslag of op haar website ~~op welke wijze zij de principes van de Code in het afgelopen jaar heeft toegepast~~ verantwoording af over de naleving van de Code. ~~Daarnaast vermeldt zij dat zij de best practice bepalingen van de Code in het afgelopen jaar heeft toegepast of~~ Indien specifieke bepalingen niet zijn toegepast geeft zij gemotiveerd uitleg over de redenen waarom een specifieke best practice bepaling niet is toegepast.

Tevens stelt zij voor het bepaalde onder iii te schrappen.

³ Hoofdstuk "Naleving van de Code" - pagina 56 laatste alinea, eerste volzin

⁴ Hoofdstuk "Naleving van de Code" - pagina 56, sub iii.

Het bepaalde onder v strookt niet met het pas- toe -of -leg -uit principe, maar formuleert in feite een nieuw criterium: “pas-toe-of-leg-uit-en-ervang-door-alternatief” principe, waarbij bij gebreke van het verstrekken van een alternatief sprake is van niet naleving. VNO-NCW meent dat dat ongewenst is en niet past in de structuur van de Code: een gemotiveerde uitleg waarom wordt afgeweken volstaat en geldt als naleving van de Code.

LANGE TERMIJN WAARDE CREATIE

- Principe 1.1 Lange termijn waarde creatie – visie en strategie
In principe 1.1 is opgenomen dat het bestuur zich dient te richten op de lange termijn waarde creatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Zij dient een strategie gericht op lange termijn waarde creatie te formuleren en te implementeren. In de best practice bepalingen wordt voorgesteld dat het bestuur een visie heeft op lange termijn waarde creatie en een strategie formuleert om die visie te realiseren en de raad van commissarissen daarbij betreft. Aandacht moet worden besteed aan de implementatie en haalbaarheid van de strategie (1.1.1 sub iii). In het bestuursverslag moet een inhoudelijk omschrijving van de visie en de strategie worden opgenomen.

VNO-NCW onderschrijft de focus op de lange termijn waarde creatie. Dat vormt een belangrijk richtsnoer voor bestuurders en commissarissen. Zij meent echter dat de introductie van het begrip “visie” afbreuk doet aan de helderheid waarnaar de Commissie zo duidelijk streeft: het onderscheid tussen visie en strategie is vaag en arbitrair en de introductie van het begrip voegt daarom weinig toe. Integendeel, het doet afbreuk aan de thans bestaande helderheid over de (verantwoordelijkheid voor de) strategie en zal leiden tot nutteloze discussies over de vraag wat tot visie en wat tot strategie behoort. VNO-NCW meent dat in het feit dat de strategie moet zijn gericht op de lange termijn waarde creatie al besloten ligt dat het bestuur gedachten (een visie) heeft over hoe de toekomst van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming er uit dient te zien. De door de Commissie voorgestelde scheiding van de beide begrippen zal leiden tot veel omhaal van woorden en boilerplate teksten waarmee aandeelhouders niet gediend zijn. VNO-NCW bepleit dan ook de voorstellen ten aanzien van de visie te laten vervallen en daarmee ook aan te sluiten bij geldende rechtspraak waarin is uitgekristalliseerd dat de verantwoordelijkheid voor de strategie berust bij het bestuur van de onderneming (onder toezicht van de raad van commissarissen) en waarin het begrip visie niet voorkomt.

VNO-NCW is voorts verheugd dat de Commissie geen gehoor heeft gegeven aan de oproep van de Minister van Financiën om vrijwillige publicatie van kwartaalrapportages geheel te ontraden. Met de Commissie is VNO-NCW van mening dat nut en noodzaak van dergelijke publicaties afhankelijk is van de activiteiten van de onderneming en de markt waarin deze opereert. Het al of niet publiceren van kwartaalcijfers is uiteindelijk altijd een beslissing van de betrokken onderneming.

- Best practice bepaling 1.1.1 bepleit dat bij de formulering van de strategie aandacht wordt besteed aan:
 - i. de implementatie en haalbaarheid van de strategie
VNO-NCW meent dat geen strategie zal worden voorgesteld als het bestuur niet meent dat die goed haalbaar is. Vragen om aandacht te besteden aan de haalbaarheid van de

strategie zal uitmonden in standaardteksten. VNO-NCW meent bovendien dat de haalbaarheid van de strategie aan de orde is bij de risicoassessment (best practice bepaling 1.2.1) en derhalve in de onderhavige bepaling geschrapt dient te worden.

vi. de afweging van de belangen van alle stakeholders.

VNO-NCW meent dat uit wet en rechtspraak volgt dat het bestuur rekening dient te houden met de belangen van alle stakeholders en dat de bepaling daarom hier geschrapt moet worden.

Het woord “formuleert” in de aanhef suggereert een onderscheid tussen het verschijnsel “strategie” en de woordelijke neerslag daarvan en daarmee ook een onderscheid in de rol van het bestuur ten aanzien van deze onderscheiden aspecten. De Code zou geen misverstand moeten laten bestaan over het uitgangspunt dat alle aspecten van de strategie tot de verantwoordelijkheid en bevoegdheid van het bestuur behoren.

VNO-NCW stelt voor het begin van best practice bepaling 1.1.1 als volgt te herformuleren:

“1.1.1 Strategie voor lange termijn waarde creatie

Het bestuur heeft een visie op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en bepaalt een strategie deze visie om de lange termijn waarde creatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te realiseren. Daarbij wordt aandacht besteed aan:
i. de implementatie en haalbaarheid van de strategie;
vi. de afweging van de belangen van alle stakeholders.”

VNO-NCW stelt voor de eerste volzin van best practice bepaling 1.1.2 als volgt te herformuleren:

“Het bestuur betreft de raad van commissarissen tijdig bij de bepaling van de visie op en de strategie ter realisatie van lange termijn waarde creatie.”

VNO-NCW stelt voor om de eerste volzin van best practice bepaling 1.1.3 als volgt te herformuleren:

“1.1.3 Verantwoording

In het bestuursverslag geeft het bestuur een inhoudelijke omschrijving van de visie op lange termijn waarde creatie, de strategie ter realisatie daarvan van de lange termijn waarde creatie en op welke wijze in het afgelopen boekjaar de strategie heeft is bijgedragen aan de lange termijn waarde creatie.”

RISICOBEBEERSING

- Principe 1.2 Risicobeheersing

VNO-NCW stelt voor om in dit gehele hoofdstuk 1.2 de gehanteerde Engelse termen *risk appetite* en *risk assessment* te vervangen door respectievelijk *risicobereidheid* en *risicobeoordeling*. Eventueel kunnen de Engelse termen tussen haakjes worden opgenomen.

Voorts heeft zij een aantal voorstellen voor tekstuele wijzigingen die hieronder zijn weergegeven:

1.2.1 ~~Risico assessment~~ beoordeling

Het bestuur inventariseert en analyseert de risico's die verbonden zijn aan de strategie en de activiteiten van de vennootschap. Hij stelt vast wat de ~~risk appetite~~ risicobereidheid is ~~is waarbinnen~~ van de vennootschap ~~risico's kan accepteren~~ en welke ~~beheersmaatregelen~~ maatregelen tegenover worden ingezet ter beheersing van die ~~de~~ risico's worden gezet. De context voor deze analyse wordt bepaald door aspecten als continuïteit, reputatie, financiële verslaggeving, financiering, operationele activiteiten en lange termijnwaardecreatie.

1.2.2 Implementatie

Op basis van ~~het risico assessment~~ de risicobeoordeling ontwerpt, implementeert en onderhoudt het bestuur adequate interne risicobeheersings- en controlesystemen. Deze systemen maken, voor zover mogelijk, deel uit van de werkprocessen binnen de vennootschap en zijn, voor zover relevant, bekend op alle niveaus binnen de met de vennootschap verbonden onderneming. De interne risico beheersings- en controlesystemen worden tijdig zo nodig aangepast naar aanleiding van indien incidenten daartoe aanleiding geven.

Toelichting: niet ieder incident noodzaakt tot een aanpassing van het systeem. Het kan evengoed zo zijn dat het systeem naar behoren heeft gefunctioneerd door het incident te signaleren en dus niet hoeft te worden aangepast.

1.2.3 Evaluatie

Het bestuur monitort de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen en voert ten minste jaarlijks een systematische controle uit op de effectiviteit van de opzet en de werking van de systemen. Deze monitoring ziet op alle materiële controlemaatregelen, waaronder de financiële, operationele en compliance aspecten, waarbij en houdt rekening wordt gehouden met geconstateerde zwaktes en geleerde lessen, signalen van klokkenluiders en bevindingen van de interne audit functie en van de externe accountant. Waar nodig worden verbeteringen in interne risicobeheersings- en controlesystemen doorgevoerd.

INTERNE AUDIT

- Principe 1.3 en de best practice bepalingen met betrekking tot de interne audit functie worden uitgebreid. VNO-NCW constateert dat de voorgestelde bepalingen over de interne audit functie met name gericht zijn op grote beursgenoteerde ondernemingen die beschikken over een uitgebreide staf, inclusief een interne audit functie. Ten onrechte

wordt bij dit principe en best practice bepalingen geen rekening gehouden met de omvang en aard van ondernemingen. Om de Code op dit punt toe te passen zouden met name kleinere ondernemingen met disproportionele lastenverhogingen geconfronteerd kunnen worden. VNO-NCW vindt dit ongewenst en meent dan ook dat aard en omvang van de betrokken onderneming op zich een adequate uitleg zou moeten kunnen vormen om af te wijken van de betreffende bepalingen.

Ten aanzien van de voorstellen over de interne audit functie vindt VNO-NCW dat het – net als bij iedere andere interne (staf)functie – aan het bestuur is om te bepalen of een interne audit functie wordt ingesteld en zo ja, wat de reikwijdte van deze functie is. Afhankelijk van de aard en omvang van ondernemingen kan dit per onderneming verschillen. Zo kan bij sommige ondernemingen de taak van de interne audit functie (mede) gericht zijn op strategische en operationele risico's en risico's en onzekerheden die voortvloeien uit wetten en (interne en externe) regels. De Commissie houdt daar bij haar formulering geen rekening mee. In dit verband merkt VNO-NCW op dat de voorstellen geen rekening houden met de situatie dat ondernemingen een aparte risicocommissie hebben of moeten hebben. Onduidelijk is of ook de risicocommissie kan worden belast met het voorbereiden en uitvoeren van toezicht op de interne auditfunctie en wat hun taakverdeling terzake is. VNO-NCW verwijst verder naar haar opmerkingen over een risicocommissie bij de rol van de RvC en de auditcommissie (1.5 e.v.). In het navolgende kan 'auditcommissie' ook gelezen worden als 'auditcommissie of risicocommissie'.

De Raad van Commissarissen (RvC) c.q. auditcommissie houdt toezicht op het functioneren van het bestuur en uit dien hoofde ook op een door het bestuur ingestelde interne audit functie en op de reikwijdte van dit interne toezicht. In principe 1.3 wordt echter bepaald dat de RvC rechtstreeks toezicht houdt op het functioneren van de interne audit functie. VNO-NCW meent dat dat niet juist is. De taak van de RvC is het houden van toezicht op het bestuur. De interne auditfunctie valt onder de directe verantwoordelijkheid van het bestuur. De RvC c.q. de auditcommissie houdt in ieder geval ook toezicht op het bestuur ten aanzien van de organisatie en het functioneren van de interne auditfunctie. De huidige Code formuleert dat zuiver in best practice III.5.4⁵. VNO-NCW meent dat daarin geen wijziging moet worden gebracht.

Tevens wordt voorgesteld dat de RvC regelmatig contact heeft met de interne auditfunctie. Zoals gezegd meent VNO-NCW dat het primaat voor het houden van toezicht op de werkzaamheden van interne audit functie ligt bij het bestuur. De audit commissie die daarover rapporteert aan de RvC ziet daarop toe. Het voorschrijven van een regelmatig contact van de RvC met de interne auditfunctie komt VNO-NCW dan ook vreemd voor.

VNO-NCW meent daarom dat de laatste zin van principe 1.3 als volgt zou dienen te luiden:

⁵ "De auditcommissie richt zich in ieder geval op het toezicht op het bestuur ten aanzien van de rol en het functioneren van de interne audit functie."

De raad van commissarissen houdt toezicht op het functioneren van het bestuur ten aanzien van de rol en het functioneren van de interne auditfunctie en heeft regelmatig contact met de interne audit functie.

In zijn algemeenheid merkt VNO-NCW op dat de bepalingen over internal audit met name voor de kleinere ondernemingen te zwaar zijn aangezet. Zij meent dat hieraan in de toelichting aandacht dient te worden besteed.

- Best practice bepaling 1.3.1 stelt voor de benoeming en het ontslag van de leidinggevende interne auditor ter goedkeuring voor te leggen aan de voorzitter van de auditcommissie. VNO-NCW meent dat dit aan de voltallige auditcommissie dient te worden voorgelegd en stelt voor de tekst dienovereenkomstig aan te passen:

Het bestuur benoemt en ontslaat de leidinggevende interne auditor. Zowel de benoeming als het ontslag van de leidinggevende interne auditor wordt ter goedkeuring voorgelegd aan ~~de voorzitter van~~ de auditcommissie.

- Best practice bepaling 1.3.3 inzake het *werkplan van de interne auditfunctie*. Voorgesteld wordt dat de interne audit functie een intern werkplan opstelt en dat na afstemming met de externe accountant ter goedkeuring voorlegt aan het bestuur en vervolgens aan de auditcommissie.

VNO-NCW meent dat deze bepaling verduidelijking behoeft. Juist omdat de werkzaamheden van interne audit ten aanzien van het toezicht op financiële verslaggeving en financiële risico's complementair zijn aan die van de externe accountant is afstemming van werkzaamheden wenselijk. De RvC oefent toezicht uit op beide. In de voorgestelde tekst lijkt – ten onrechte – de externe accountant goedkeuring te moeten hechten aan het interne werkplan voordat dit ter goedkeuring aan het bestuur en de auditcommissie wordt voorgelegd. Het is de RvC die, na advies van de auditcommissie en het bestuur, de reikwijdte van het werk van de interne auditfunctie vaststelt en toezicht houdt op het werk van de externe accountant. Het werkplan van de interne audit functie en dat van de externe accountant zullen op elkaar aan moeten sluiten: de externe accountant houdt weliswaar geen direct toezicht op strategische en operationele risicogebieden in het kader van zijn risicoanalyse en de beoordeling van de interne beheersing van risico', maar voor een adequate controle van de financiële verslaggeving dient hij wel over het werkplan van de interne auditfunctie te kunnen beschikken.

VNO-NCW stelt de volgende tekstaanpassing voor, die in lijn is met best practicebepaling V.3.1 in de huidige Code:

1.3.3 De interne audit functie stelt een intern werkplan op en legt het werkplan, ~~na afstemming met de externe accountant~~, ter goedkeuring voor aan het bestuur en vervolgens aan de auditcommissie. De interne audit functie betreft de externe accountant bij het opstellen van het werkplan.

- Ten aanzien van best practice bepaling 1.3.4 meent VNO-NCW dat deze te veel in detail gaat waar wordt voorgeschreven dat de interne audit functie over voldoende middelen dient te beschikken om het werkplan uit te voeren en wordt vastgelegd op welke wijze de

auditcommissie door de interne auditfunctie wordt geïnformeerd. Het ter beschikking stellen van middelen voor het adequaat functioneren van een interne afdeling is de verantwoordelijkheid van het bestuur die ook hier functioneert onder toezicht van de RvC. Zij stelt voor dat de tekst als volgt luidt:

~~De interne audit functie over voldoende middelen om het werkplan uit te voeren en heeft direct toegang tot informatie die voor de uitvoering van haar werkzaamheden van belang is. De interne audit functie heeft direct toegang tot de auditcommissie en de externe accountant. Vastgelegd wordt op welke wijze de auditcommissie door de interne audit functie wordt geïnformeerd.~~

- Best practice bepaling 1.3.5 betreft de rapportage van bevindingen door de auditcommissie aan het bestuur. Het is VNO-NCW niet duidelijk door wie in het overleg tussen bestuur, auditcommissie en interne audit functie de onderwerpen die zien op het cultuur en het gedrag moeten worden geadresseerd, zoals in de tweede alinea van deze bepaling wordt voorgesteld. Krijgt de interne audit functie hiermee een taak om 'cultuur en gedrag' te controleren? Zo ja, is er een norm die aangeeft wat onder cultuur en gedrag wordt verstaan – kunnen hier bijvoorbeeld ook integriteitrisico's onder worden geschaard? – op basis waarvan gecontroleerd kan worden? En zo ja, is de interne audit functie dan geëquipeerd een dergelijke controle uit te voeren? VNO-NCW meent dat deze vragen ontkennend beantwoord moeten worden en stelt de volgende tekstaanpassing voor:

"1.3.5 Rapportages bevindingen

De interne audit functie rapporteert onderzoeksresultaten aan het bestuur en rapporteert de kern van de resultaten aan de auditcommissie en informeert de externe accountant. De interne audit functie informeert het bestuur en de auditcommissie en de externe accountant informeert vervolgens de externe accountant over:

- i
- ii
- iii

~~In het overleg tussen bestuur en de auditcommissie met de interne auditfunctie worden tevens onderwerpen geadresseerd die zien op de cultuur en het gedrag binnen de met de vennootschap verbonden onderneming."~~

VERANTWOORDING OVER RISICOBEBEERSING

- 1.4.1 *Verantwoording*
In 1.4.1 onder iii is opgenomen dat het bestuur in het bestuursverslag verantwoording dient af te leggen over de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen over het afgelopen boekjaar *en hoe deze systemen hebben bijgedragen aan het mitigeren en beheersen van de risico's*. VNO-NCW meent dat de gecursiveerde tekst overbodig is omdat dit reeds volgt en moet volgen uit de rapportage over de werking van de systemen. Zij meent dat de tekst als volgt kan worden aangepast:

"iii. de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen over het afgelopen boekjaar en hoe deze systemen hebben bijgedragen aan het mitigeren en beheersen van de risico's."

- 1.4.2 *In control verklaring in het bestuursverslag*

De voorstellen breiden de reikwijdte van de *in control verklaring* over risicobeheersing sterk uit. Ten aanzien van deze verklaring keert het voorstel terug naar de Code van 2003 waarin de bepaling breed was geformuleerd en het bestuur diende te verklaren dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen adequaat en effectief zijn. Om de mogelijk ongewenste brede werking en daaraan verbonden juridische risico's te mitigeren stelde de Monitoring Commissie (Commissie Frijns) destijds (in 2005) hiervoor guidance op. Deze redresseerde de geconstateerde onduidelijkheid over de reikwijdte en onderbouwing van de verklaring omtrent interne beheersing die door de Code werd vereist.

Evenals destijds komt nu de vraag op, ingeval in de Code eenzelfde bepaling als in de Code van 2003 zou worden opgenomen, of het wel mogelijk is te verklaren dat alle risicobeheersing en controlesystemen adequaat en effectief zijn. Met een dergelijke verklaring wordt immers al snel de indruk gewekt dat er zich in de toekomst geen risico's en onvolkomenheden kunnen voordoen. Het via de Code verlangen dat een ongeclausuleerde verklaring van adequaatheid en effectiviteit wordt verschaft die de indruk wekt dat er niets mis kan gaan en dat zich in de praktijk geen risico's en onvolkomenheden kunnen voordoen, is vragen om zekerheid die praktisch geen waarde heeft. Juist niet goed te voorziene risico's blijken grote impact te kunnen hebben. Ook roept een ongeclausuleerde verklaring de vraag op naar de maatvoering om vast te kunnen stellen dat er sprake is van adequaatheid en effectiviteit. Als ook voor andere risico's dan financiële verslaggevingsrisico's (zoals compliance-, operationele-, financierings- en strategische risico's) een *in control verklaring* zou dienen te worden afgegeven, gesteld al dat dat mogelijk zou zijn, dan zou dat tot een grote verzwaring van administratieve lasten leiden omdat daartoe de hele interne organisatie veel zwaarder zou moeten worden ingericht, zonder dat daar enig voordeel tegenover staat. Ook wijst VNO-NCW erop dat het praktisch onhaalbaar zal zijn om direct na vaststelling van een nieuwe Code aan een dergelijke bepaling te voldoen. VNO-NCW vindt dan ook dat deze voorgestelde best-practice bepaling aanpassing behoeft.

In de nadere guidance van de Commissie Frijns is terecht een verklaring van het bestuur gedifferentieerd naar soort risico, in die zin dat ten aanzien van financiële verslaggevingsrisico's het bestuur met "een redelijke mate van zekerheid" verklaart dat de beheersingssystemen adequaat en effectief zijn, terwijl ten aanzien van operationele en compliance risico's de beheersingssystemen op hoofdlijnen moeten worden beschreven.

VNO-NCW meent dat de redenen voor het in 2005 aangebrachte onderscheid tussen financiële verslaggevingsrisico's en andere risico's nog steeds valide zijn en constateert dat deze bepalingen uitstekend wordt nageleefd. Vermeden moet worden dat opeenvolgende monitoring commissies een beleid volgen dat haaks staat op dat van vorige commissies. Juist waar een vorige Monitoring Commissie zich zo expliciet heeft

uitgelaten over dit onderwerp en een bewuste, weloverwogen correctie heeft aangebracht, past het niet daarvan zonder nadere motivering af te wijken zoals in de voorstellen nu gebeurt.

VNO-NCW bepleit daarom handhaving van de huidige beperking van de *in control verklaring* tot financiële verslaggevingsrisico's. Hiermee wordt ook aansluiting gehandhaafd bij de verklaring ten aanzien van financiële verslaggevingsrisico's zoals in de Amerikaanse SOx wordt vereist. In de risicoparagraaf van het bestuursverslag wordt vervolgens vermeld wat op hoofdlijnen de voornaamste risico's zijn en wat gedaan wordt om die te beheersen (zoals opgenomen in het voorstel voor best practice bepaling 1.4.1). VNO-NCW gaat er overigens van uit dat de desbetreffende guidance van de Commissie Frijns nog evenzo geldt.

De Commissie stelt voorts voor om – onder 1.4.2 iii. – toe te voegen dat in de *in control verklaring* het bestuur verklaart te verwachten dat de continuïteit voor de komende twaalf maanden is gewaarborgd. VNO-NCW heeft grote bezwaren tegen de voorgestelde bepaling 1.4.2. iii. om de volgende redenen.

Ten eerste doorkruist de voorgestelde verklaring het zorgvuldig ontwikkelde systeem van mededelings-, verslaggevings- en andere verplichtingen (en aansprakelijkheden) als vervat in ons effecten-, ondernemings- en vermogensrecht. Het ontbreekt aan een zorgvuldige analyse van de noodzaak en gevolgen van de voorgestelde bepaling (waaronder die van de risico's van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders). Van diverse ondernemingen heeft VNO-NCW signalen gekregen dat – bij handhaving van deze bepaling – zij overwegen om de verklaring slechts af te geven op basis van een opinie en check door interne en externe deskundigen, met alle kosten van dien. De bepaling heeft bovendien een garantie-achtig karakter en biedt weinig ruimte voor nuancering, zonder dat daarmee de positie van de onderneming aanzienlijk wordt geschaad. Kan de voorgestelde verklaring niet ten volle worden afgelegd – waarbij bestuurders mogelijk extra voorzichtig zijn vanwege aansprakelijkheidsrisico's, die zeker met internationale beleggers een belangrijk aandachtspunt zijn – dan zal dit ertoe leiden dat (potentiële) crediteuren van de onderneming om (extra) zekerheden gaan vragen of om contante betaling, wat op zich de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen. Het afgeven van de verklaring – in welke vorm dan ook – brengt dan ook allerlei risico's met zich voor de onderneming.

De Monitoring Commissie stelt bij de voorgestelde bepaling geïnspireerd te zijn “door de tekst van bepaling C.1.3 van de UK Corporate Governance Code”. VNO-NCW wijst er met klem op dat die bepaling in de UK Code een “disclosure” karakter heeft, nu die de verklaring behelst dat “material uncertainties to the company's ability to continue to do so” (wat verwijst naar “to adopt the going concern basis of accounting in preparing them”) zijn geïdentificeerd. De zorgvuldigheid bij deze bepaling in de UK Code komt ook terug in de guidance die wordt gegeven in 2 hieraan gewijde pagina's opgenomen in Bijlage A van de "Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting", waarnaar in de Code zelf uitdrukkelijk wordt verwezen.

In het licht van het voorgaande is VNO-NCW van mening dat, als er al een noodzaak zou zijn om een bepaling van deze strekking op te nemen, nauwe aansluiting moet

worden gezocht bij de benadering en de bewoording en strekking van de genoemde bepaling in de UK Code.

VNO-NCW dringt er derhalve op aan de tekst van best practice bepaling 1.4.2 als volgt aan te passen:

"1.4.2 In control verklaring in het bestuursverslag

Het bestuur verklaart in het bestuursverslag ten aanzien van financiële verslaggeving risico's met een duidelijke onderbouwing:

- i. dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen in het boekjaar naar behoren hebben gewerkt;
- ii. dat voornoemde systemen een redelijke mate van zekerheid geven dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat.

~~dat de verwachting is dat de continuïteit van de vennootschap voor de komende twaalf maanden gewaarborgd~~ Het bestuur verklaart in het bestuursverslag dat het gepast is dat de financiële verslaggeving is opgesteld op going concern basis en verklaart dat in de financiële verslaggeving de materiële risico's en onzekerheden zijn vermeld die relevant zijn terzake van de verwachting van de continuïteit van de vennootschap voor een periode van twaalf maanden na opstelling van het bestuursverslag."

ROL VAN RAAD VAN COMMISSARISSEN EN AUDITCOMISSIE

Het principe en de best practice bepalingen met betrekking tot de audit commissie worden op onderdelen verbreed. Daarbij verwijst de Commissie naar "wat in wetgeving is vastgelegd" en dicht op dit punt aan de Code een aanvullende rol toe. Daarbij lijkt het alsof in de Code nog geen rekening is gehouden met de consequenties van de wijziging van de Audit richtlijn⁶ en het op basis hiervan opgestelde "Besluit ... tot wijziging van het Besluit toezicht accountantsorganisaties enige andere besluiten" dat van 5 november 2015 tot 11 december 2015 ter consultatie heeft voorgelegen⁷. De Code lijkt op dit punt (nog steeds) een aantal wettelijke bepalingen te dupliceren. VNO-NCW verzoekt de Commissie om in de nieuwe Code deze duplicering op te heffen.

Bovendien lijkt de Commissie er daarbij van uit te gaan dat alle ondernemingen op dezelfde wijze zijn ingericht. Zo houdt het voorstel geen rekening met de thans steeds vaker voorkomende situatie dat ondernemingen een aparte risicocommissie hebben. Volgens de voorstellen dient de audit commissie toe te zien op het geheel van interne risicobeheersings- en controlesystemen. Een taakverdeling tussen de audit commissie en een andere commissie van de raad van commissarissen, bijvoorbeeld de risicocommissie is daardoor niet mogelijk. Volgens de Code Banken en de voor banken en verzekeraars geldende verplichtingen in de Wft⁸ en het Besluit prudentieel toezicht⁹ dienen raden van commissarissen van banken en verzekeraars in Nederland een risicocommissie in te stellen. Sinds 2013 is ook in artikel 76

⁶ RICHTLIJN 2014/56/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 16 april 2014 tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen; zie met name het in artikel 1, onderdeel 32 opgenomen nieuwe artikel 39 lid 6.

⁷ <https://www.internetconsultatie.nl/implementatiebesluitaccountancy>

⁸ Artikel 3:17

⁹ Artikel 17, 23, 24

lid 3 van de Capital requirements directive¹⁰ is de verplichting opgenomen voor krediet- en beleggingsinstellingen tot het instellen van een risicocommissie. De taak van de risicocommissie is te adviseren over de algemene huidige en toekomstige risicobereidheid en risicostrategie van de onderneming en ondersteuning te verlenen bij in de uitoefening van het toezicht op de uitvoering van deze strategie. Nu met het bestaan van de risicocommissie en haar rol met betrekking tot onder andere de risicobeheersings- en controlesystemen in de gewijzigde Auditrichtlijn rekening lijkt te zijn gehouden¹¹, zou de Code dat niet moeten doorkruisen door op dit punt een exclusieve rol aan de auditcommissie toe te kennen. Zoals gezegd kunnen ook andere ondernemingen dan banken en verzekeraars er voor kiezen om een risicocommissie in te stellen.

- 1.5.1 *taken en verantwoordelijkheden auditcommissie*

VNO-NCW vraagt zich af waarom de tweede volzin van deze bepaling als volgt aanvangt: “in aanvulling op wat in wetgeving is vastgelegd...” Voor zeer veel bepalingen in de voorgestelde nieuwe Code geldt dat de bepalingen gelden in aanvulling op wetgeving. VNO-NCW meent dat deze woorden geschrapt dienen te worden, zodat deze best-practice bepaling als volgt luidt:

"De taken en verantwoordelijkheden van de auditcommissie zien onder meer op het toezicht op de financiële verslaggeving van de vennootschap en kunnen zien op de risicobeheersing door het bestuur. ~~In aanvulling op wat in wetgeving is vastgelegd~~ richt De auditcommissie richt zich in ieder geval op het toezicht op het bestuur ten aanzien van:..."

- 1.5.2. bepaalt dat interne auditor en externe accountant in beginsel aanwezig zijn bij de vergaderingen van de auditcommissie. VNO-NCW meent dat er goede gronden kunnen zijn om zonder interne auditor en externe accountant (of één van beiden) te vergaderen en stelt derhalve voor de eerste volzin te schrappen en het aan de auditcommissie over te laten wie bij haar vergaderingen aanwezig is. De tekst van de bepaling zou dan als volgt kunnen luiden:

~~De interne auditor en de externe accountant zijn in beginsel aanwezig bij de vergaderingen van de auditcommissie.~~ De auditcommissie bepaalt of en wanneer de interne auditor, de externe accountant, de voorzitter van het bestuur en de bestuurder verantwoordelijk voor financiële zaken bij haar vergaderingen aanwezig zijn.

- 1.5.3 *verslag auditcommissie*

De Commissie stelt voor (sub iv) om de auditcommissie verslag te laten uitbrengen aan de RvC over onder meer de verwachting of de continuïteit van de vennootschap voor de komende twaalf maanden is gewaarborgd. Dit is de pendant van best practice bepaling 1.4.2. iii. In aansluiting op hetgeen bij laatstgenoemde bepaling is opgemerkt, meent

¹⁰ RICHTLIJN 2013/36/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG

¹¹ Zie H.H. Kersten in Ondernemingsrecht 2016/14, blz. 60, rechterkolom.

VNO-NCW dat ook hier deze – onder 1.5.3.iv. genoemde – verplichting dient te worden geschrapt en in overeenstemming met haar voorstel bij 1.4.2.iii. best practice bepaling 1.5.3 als volgt moet worden geformuleerd:

“De auditcommissie brengt verslag uit aan de raad van commissarissen over de beraadslaging en bevindingen. In dit verslag wordt in ieder geval aandacht besteed aan:
i. een beoordeling van de effectiviteit van de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, bedoeld in best practice bepalingen 1.2.1 tot en met 1.2.3, indien en voor zover dat tot de taken van de auditcommissie behoort;
ii. de wijze waarop de effectiviteit van het interne en externe audit proces is beoordeeld;
iii. materiële overwegingen inzake de financiële verslaggeving, waaronder de materiële risico's en onzekerheden terzake van de verwachting van de continuïteit van de van de vennootschap voor de periode van twaalf maanden na opstelling van het bestuursverslag.
~~iv. de verwachting of de continuïteit van de vennootschap voor de komende twaalf maanden is gewaarborgd.~~”

BENOEMING EN BEOORDELING FUNCTIONEREN EXTERNE ACCOUNTANT

- 1.6.2 *Opdracht*

VNO-NCW doet het volgende tekstvoorstel:

De auditcommissie doet een voorstel aan de raad van commissarissen voor de opdracht voor controle van de jaarrekening aan de externe accountant. Het bestuur begeleidt en faciliteert dit. Bij het formuleren van de opdracht is aandacht voor de reikwijdte van het accountantsonderzoek, de hierbij te hanteren scope materialiteit en het honorarium van het accountantsonderzoek. De raad van commissarissen stelt de opdracht vast.

- 1.6.3 *Verantwoording*

Voorgesteld wordt te bepalen dat de RvC aan de ava de belangrijkste conclusies van de auditcommissie over de voordracht en het selectieproces van de externe accountant meedeelt. Aangezien de accountant wordt voorgedragen door de RvC als geheel, zijn dus niet de overwegingen van de auditcommissie, maar die van de RvC als geheel maatgevend. De eerste zin van deze bepaling, die voorbij gaat aan de voorbereidende rol van de auditcommissie op dit punt (het voorgestelde principe 1.6., laatste zin), kan daardoor leiden tot een discrepantie tussen voordracht en toepasselijke overwegingen en zou daarom moeten worden aangepast. Bovendien is de publicatie van eventueel (bij verschil in opvattingen tussen auditcommissie en RvC als geheel) "dissenting opinions" moeilijk te verenigen met de collegiale verantwoordelijkheid van de RvC.

Bovendien wordt voorgesteld te bepalen dat de RvC aan de ava de argumenten meedeelt indien zij een advies van de auditcommissie inzake benoeming van de externe accountant niet overneemt en de argumenten in het verslag van de RvC vermeldt. VNO-NCW meent dat hiermee afbreuk wordt gedaan aan het principe dat de RvC één orgaan is. Dat orgaan kan uit zijn midden commissies instellen, maar blijft steeds als orgaan verantwoordelijk. Over de (wijze van) besluitvorming binnen de RvC, al dan niet voorbereid door een commissie uit de raad, dient geen verantwoordingsplicht te worden voorgeschreven.

VNO-NCW meent derhalve dat de laatste volzin dient te worden geschrapt, zodat de tekst komt te luiden:

De belangrijkste conclusies van de raad van commissarissen ~~auditcommissie~~ over de voordracht en de uitkomsten van het selectieproces van de externe accountant worden aan de algemene vergadering van aandeelhouders meegedeeld. ~~Indien de raad van commissarissen het advies van de auditcommissie inzake benoeming van de externe accountant niet overneemt, worden de argumenten hiervoor meegedeeld aan de algemene vergadering en vermeld in het verslag van de raad van commissarissen~~

- 1.6.4 bepaalt dat bij tussentijds vertrek van de externe accountant een persbericht moet worden gepubliceerd waarin de reden van het tussentijds vertrek wordt toegelicht. VNO-NCW gaat er van uit dat hier bedoeld wordt op de accountantsorganisatie en niet op de individuele partner van de betreffende accountantsorganisatie en verzoekt dat te verduidelijken.

UITVOERING WERKZAAMHEDEN EXTERNE ACCOUNTANT

VNO-NCW merkt op dat de externe accountant een belangrijke toegevoegde waarde heeft bij het verschaffen van zekerheid omtrent de juistheid en volledigheid bij het verschaffen van financiële informatie. De voorstellen lijken er echter van uit te gaan dat de externe accountant een grotere rol krijgt toebedeeld dan wettelijk voor zijn controletaak is vastgelegd. Bovendien lijkt de externe accountant een rol te krijgen bij het interne toezicht van vennootschappen. Voorbeelden daarvan zijn de bepalingen over het adresseren van cultuur en gedrag in het overleg met de auditcommissie (1.7.2), het aanwijzen van de auditcommissie als eerste aanspreekpunt bij onregelmatigheden (1.7.5), het verschaffen van informatie over in de management letter en in het accountantsverslag aangebrachte wijzigingen (1.7.6) en over de informatieplicht van de externe accountant bij een onjuiste toepassing van de Code (1.7.7). VNO-NCW meent dat een dergelijke rol van de accountant niet past in het governance model. Bovendien vertroebelt het de afbakening van wettelijke controle taken en advisering. Tegen deze achtergrond maakt VNO-NCW de navolgende opmerkingen en geeft daarbij suggesties voor aanpassing.

- In 1.7.1 wordt bepaald dat het bestuur er zorg voor draagt dat de externe accountant tijdig alle informatie ontvangt die nodig is voor de uitvoering van zijn werkzaamheden. VNO-NCW meent dat het niet de verantwoordelijkheid van het bestuur is om te bepalen wat de accountant nodig zou (kunnen) hebben voor het kunnen uitoefenen van zijn controlewerkzaamheden. Zij meent dat het bestuur die informatie eerst op verzoek van de accountant dient te verstrekken. Zij stelt daarom de volgende tekstaanpassing voor:

" Het bestuur draagt er zorg voor dat de externe accountant desgevraagd tijdig alle informatie ontvangt die nodig is voor de uitvoering van zijn werkzaamheden."

- In 1.7.2 wordt bepaald dat de auditcommissie jaarlijks met de externe accountant een aantal zaken dient te bespreken. In de slotlinea wordt vermeld

dat bij die bespreking ook ruimte is “om onderwerpen te adresseren die zien op de cultuur en het gedrag binnen de met de vennootschap verbonden onderneming”.

VNO-NCW meent dat dit een extra taak vormt voor externe accountant (audit op cultuur) waartoe deze in beginsel niet is geëquipeerd. Ook zou een dergelijke bepaling kunnen worden opgevat als een opdracht aan de externe accountant om de audit commissie te voorzien van een advies over dit onderwerp. Advisering, of iedere andere werkzaamheid die verder gaat dan de “wettelijke controle” is strijdig met de Wet toezicht accountantsorganisaties (artikel 24b), waarin is bepaald dat de externe accountant die organisaties van openbaar belang (OOB's, te weten beursgenoteerde ondernemingen, banken en verzekeringsmaatschappijen) controleert de door hem gecontroleerde OOB's niet tegelijkertijd mag adviseren of andere diensten verlenen dan de “wettelijke controle”.

VNO-NCW meent dat door deze bepaling een hellend vlak kan ontstaan, met name daar waar geen heldere criteria voor controle zijn en de grenzen tussen wettelijke controle en advisering vervagen. De volle focus van de accountant dient te liggen op de wettelijke taakomschrijving en de daaraan gekoppelde sterk onafhankelijke positie van de accountant. De Code moet geen aanzet geven om de wettelijke controletaak van de accountant uit te breiden of op enigerlei wijze te verweven met een adviserende rol. VNO-NCW vindt daarom dat de betreffende alinea beter kan worden geschrapt, zodat de bepaling komt te luiden:

"De auditcommissie bespreekt jaarlijks met de externe accountant:
i. de reikwijdte en materialiteit van het auditplan en de belangrijkste risico's van de jaarrekening die de externe accountant heeft benoemd in het auditplan; en
ii. mede aan de hand van de management letter en het accountantsverslag, de bevindingen en de uitkomsten van de controlewerkzaamheden bij de jaarrekening en de management letter."

~~In het overleg tussen de auditcommissie en de externe accountant is ook ruimte om onderwerpen te adresseren die zien op de cultuur en het gedrag binnen de met de vennootschap verbonden onderneming.~~

- 1.7.3 bepaalt dat de auditcommissie beoordeelt op welke wijze de externe accountant wordt betrokken bij de inhoud en publicatie van financiële berichten, anders dan de jaarrekening. Bij tussentijdse financiële berichten is de externe accountant daar niet altijd bij betrokken. Daarom stelt VNO-NCW de volgende tekstuele wijziging voor:

"De auditcommissie beoordeelt of en zo ja op welke wijze de externe accountant wordt betrokken bij de inhoud en publicatie van financiële berichten, anders dan de jaarrekening. "

- 1.7.5 bepaalt dat de auditcommissie het eerste aanspreekpunt is voor de externe accountant wanneer deze onregelmatigheden constateert bij de uitvoering van zijn

opdracht. VNO-NCW meent dat de vertrouwensrelatie tussen bestuur en externe accountant niet is gebaat met deze best practice bepaling. Het bestuur moet altijd eerste aanspreekpunt zijn bij onregelmatigheden, tenzij die onregelmatigheden het bestuur zelf betreffen. De voorstellen voorzien er al in dat auditcommissie en externe accountant adequaat met elkaar kunnen communiceren. VNO-NCW stelt de volgende tekstaanpassing voor:

"De auditcommissie Het bestuur is het eerste aanspreekpunt voor de externe accountant wanneer deze onregelmatigheden constateert bij de uitvoering van zijn opdracht, tenzij de onregelmatigheden betrekking hebben op het bestuur in welk geval de auditcommissie eerste aanspreekpunt is."

- 1.7.7 bepaalt dat de accountant bestuur en RvC moet informeren als hij “bij de uitvoering van zijn werkzaamheden stuit op een onjuiste weergave van de naleving van deze Code door de vennootschap in het bestuursverslag.” VNO-NCW meent dat de bepaling onduidelijk is geformuleerd. Wat wordt bedoeld met “onjuiste weergave van de naleving”? De bepaling dient niet te leiden tot uitbreiding van de werkzaamheden van de accountant buiten die welke hij op grond van de wet (artikel 2: 393 lid 3 en 2: 391 lid 5 BW) heeft. Ook dient dit niet er toe te leiden dat de externe accountant een oordeel gaat afgeven over de kwaliteit van de naleving. VNO-NCW meent derhalve dat de bepaling geschrapt dient te worden.

EFFECTIVITEIT VAN BESTUUR EN TOEZICHT

De voorstellen ten aanzien van executive committee zien er evenwichtig uit en laten voldoende ruimte aan de praktijk voor individuele invulling.

- 2.1.4 bepaalt dat minimaal één commissaris dient te beschikken over specifieke deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe business modellen. VNO-NCW meent dat hier sprake is van overregulering. Ook houdt deze bepaling ten onrechte geen rekening met kleinere ondernemingen en een RvC van geringe omvang waar de RvC niet uit genoeg commissarissen bestaat om aan dit soort vereisten te kunnen voldoen. Alhoewel aandacht voor technologische ontwikkelingen een aandachtspunt van de RvC zal (moeten) zijn, kan daaraan ook aandacht worden gegeven in overleg met interne of externe deskundigen. Voorkomen moet worden dat in de loop der tijd de aanwezigheid van steeds meer specifieke deskundigheden in de RvC wordt voorgeschreven. Dat zou er toe kunnen gaan leiden dat commissarissen zich bij hun toezicht slechts richten op het gebied van hun eigen specifieke deskundigheid, waardoor deskundigheid als onderdeel van diversiteit onevenredig veel gewicht zou krijgen in verhouding tot andere diversiteitsfactoren. De diversiteitsbepaling 2.1.5 voorziet er reeds in dat bij de samenstelling van de RvC rekening wordt gehouden met onder meer opleiding en ervaring. Deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe business modellen kan hieronder worden geschaard. Overigens is het VNO-NCW niet duidelijk wat precies onder nieuwe business modellen moet worden verstaan. VNO-NCW stelt voor de laatste volzin van de bepaling te schrappen, zodat deze als volgt luidt:

“Elke commissaris en elke bestuurder beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak. Elke commissaris dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. ~~Minimaal één commissaris beschikt over specifieke deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe business modellen.~~”

VNO-NCW constateert dat best practice bepaling 2.1.5. terecht een brede invulling geeft aan het begrip diversiteit door aspecten te vermelden als geslacht, leeftijd, nationaliteit, expertise, onafhankelijkheid en ervaring. Dit kan besturen en raden van commissarissen een handreiking bieden voor een zinvolle discussie over dit onderwerp; ook biedt het ruimte voor verdere praktische invulling.¹²

VNO-NCW verzoekt de Commissie er rekening mee te houden dat het wetsvoorstel tot verlenging van de huidige regeling voor streefcijfers inmiddels is ingediend bij de Tweede Kamer¹³ en dat het uitgangspunt dat overlap tussen Code en wet dient te worden voorkomen ook hier zou dienen te worden gehanteerd.

- 2.1.7 verruimt de mogelijk tot het benoemen van commissarissen die een aandelenpakket van meer dan 10% in de vennootschap houden. De – overigens begrijpelijke – reden voor dit voorstel is gelegen in de gedachte van lange termijn waarde creatie, die gebaat is bij een betrokken aandeelhouder. De tekst van dit artikel lijkt echter beperkt tot natuurlijke personen, die (direct of indirect) een dergelijk belang houden en zelf als commissaris worden benoemd. Voor rechtspersonen die meer dan 10% van het aandelenpakket houden lijkt deze verruiming echter niet aan de orde op grond van de huidige tekst – en lijkt juist het bepaalde in 2.1.6 onder v. van toepassing. Het onderscheid tussen deze twee situaties, waarbij de grootaandeelhouder een natuurlijk persoon is die zelf commissaris wordt, of een rechtspersoon die één of meer commissarissen benoemt, valt moeilijk te rijmen met de gedachte dat lange termijn waarde creatie gebaat is bij een betrokken aandeelhouder – dat geldt immers evenzeer voor een betrokken rechtspersoon als grootaandeelhouder.
- 2.1.9 introduceert voor de voorzitter van de raad van commissarissen de eis dat deze *onafhankelijk is in de zin van* best practice bepalingen 2.1.6 en 2.1.7.

Inhoudelijk is VNO-NCW het eens met deze aanpassing. De tekst is echter niet duidelijk. Anders dan in de huidige Code (III.2.2) wordt in de voorgestelde tekst (2.1.6) niet de onafhankelijkheid van commissarissen gedefinieerd, maar de afhankelijkheid. In 2.1.9 wordt echter verwezen naar de onafhankelijkheid in de zin van 2.1.6.

VNO-NCW verzoekt de formulering te verduidelijken.

- 2.2.2 bepaalt dat een commissaris wordt benoemd voor een periode van vier jaar en daarna eenmalig voor een periode van vier jaar worden herbenoemd en daarna onder omstandigheden nogmaals 2 maal 2 jaar. VNO-NCW meent dat dit voorstel enigszins wringt met de door de Commissie voorgestane lange termijn gedachte. Hier lijkt lange termijn betrokkenheid gezien te worden als een nadeel, terwijl het voor de koers van het bestuur en de betrokkenheid van aandeelhouders juist als voordeel wordt gezien. Een

¹² Bijvoorbeeld via de coalitie tussen Talent naar de Top en VNO-NCW die met de Stichting Topvrouwen het programma vrouwen naar de Top voortzetten en intensiveren.

¹³ TK 34 435,2 dd 23 maart 2016

benoemingsperiode van 8 jaar voor commissarissen brengt met zich dat eens in de 4 jaar de helft van de commissarissen wordt vervangen. VNO-NCW mist hierbij vooral een overtuigende onderbouwing van het causale verband, of zelfs maar van een correlatie tussen benoemingsperiode en scherpheid van het uitgeoefende toezicht. Daarnaast is voor banken en verzekeraars een verkorting van de zittingsduur van 12 naar 8 jaar onwenselijk, gelet op de huidige zware toetsingscriteria voor commissarissen, de daarmee samenhangende lange duur van de selectie en toetsingsprocedure en de complexiteit van de bancaire- en verzekeringssector. VNO-NCW meent daarom dat de voorgestelde beperking ongewenst is. Bij handhaving er van dringt zij er op aan om de verlengingsmogelijkheid voor bijzonder omstandigheden te stellen op 1 maal vier jaar (in plaats van twee maal twee jaar).

- 2.3.4 bepaalt dat de voorzitter van de raad van commissarissen geen voorzitter mag zijn van de audit-, de remuneratie- of de selectie- en benoemingscommissie. VNO-NCW meent dat in deze opsomming ten onrechte de selectie- en benoemingscommissie staat vermeld. Het voorzitterschap daarvan behoort tot een van de kerntaken van de voorzitter van de RvC. Zij verzoekt de selectie- en benoemingscommissie uit de opsomming te schrappen. Ter vergelijking: de UK corporate governance code (B.2.1) schrijft voor: "There should be a nomination committee..... The chairman or an independent non-executive director should chair the committee". De tekst van de bepaling zou dan als volgt luiden:

"Het voorzitterschap van de audit-, of de remuneratie- of de selectie- en benoemingscommissie wordt niet vervuld door....."

De slotzin van de bepaling verwijst naar onafhankelijkheid in de zin van best practice bepalingen 2.1.6 en 2.1.7. Een soortgelijke formulering wordt gehanteerd in 2.1.9. Verwezen wordt naar het commentaar bij die bepaling.

- 2.3.6 bepaalt onder meer dat de voorzitter raad van commissarissen er op toeziet dat (ix) het bestuur de activiteiten ten aanzien van cultuur uitvoert. Nog afgezien van het feit dat de formulering – activiteiten ten aanzien van cultuur – niet fraai is, bepaalt principe 2.5 al dat de RvC toezicht houdt op de activiteiten van het bestuur terzake van het vormgeven van een cultuur die is gericht op de lange termijn waarde creatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. VNO-NCW meent dat de twee bepalingen dubbelop zijn en op zijn minst elkaar overlappen. Zij verzoekt derhalve onderdeel (ix) van 2.3.6 te schrappen.
- 2.3.6 VNO-NCW vraagt zich af of het daadwerkelijk tot de taken van de voorzitter van de RvC zou dienen te behoren om er op toe te zien dat misstanden worden gesignaleerd, er effectieve communicatie met aandeelhouders plaatsvindt en een overnameproces goed verloopt (sub x,xi resp xii). Zij meent dat dat juist bij uitstek taken zijn van het bestuur waarop de RvC zijn geheel toezicht uitoefent en dat hier derhalve een vermenging van taken plaatsvindt waar de praktijk niet bij is gebaat. Zij meent derhalve dat sub x,xi en xii dienen te worden geschrapt.
- 2.3.10 verplicht de secretaris van de vennootschap die signaleert dat de belangen van het bestuur en de raad van commissarissen uiteenlopen, waardoor een (loyaliteits-)conflict

ontstaat, dit te melden bij de voorzitter van de RvC. De Commissie geeft aan dat zij het tot de taak van de secretaris vindt behoren om alert te zijn op het voorkomen van belangenverstrengeling en rangschikt deze wijziging onder de technische aanpassingen. Onduidelijk is of het hier gaat om belangenverstrengeling van de secretaris zelf of van bestuurders en commissarissen die de secretaris signaleert. Ook de term loyaliteitsconflict is onduidelijk. VNO-NCW vraagt zich af wat de toegevoegde waarde van de bepaling is.

- 2.4.1 bepaalt onder meer dat de aanvaarding van een commissariaat door een bestuurder de goedkeuring behoeft van de raad van commissarissen. Dat is een verbreding ten opzichte van de huidige Code waar dat alleen is voorgeschreven voor aanvaarding van een commissariaat bij een beursvennootschap. VNO-NCW meent dat de verbreding te ver gaat en stelt voor aan te sluiten bij de regeling in artikel 2:132a BW waarin de beperking van het aantal commissariaten van bestuurders tot maximaal twee wordt geregeld. Uitsluitend wanneer het benoemingen betreft die meetellen voor genoemd maximum, zou goedkeuring van de raad van commissarissen vereist dienen te zijn. De slotzin van 2.4.1 zou dan kunnen luiden:

“De aanvaarding van een commissariaat waarop het bepaalde in artikel 2:132a van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is behoeft de goedkeuring van de raad van commissarissen”.

CULTUUR

Het besef van de veranderde omgeving waarin ondernemingen sinds de laatste herziening van de Code in 2008 opereren, klinkt door in de aandacht in het voorstel voor cultuur en diversiteit. Voor de `licence to operate` van ondernemingen zijn beide noties tegenwoordig van belang en het is goed dat de Commissie dat in de Code verankert. Ten aanzien van de bepalingen over cultuur is de formulering op onderdelen enigszins vaag en daardoor niet voldoende duidelijk.

De Commissie geeft aan dat de herziene Code internationaal voorop zal lopen met de bepalingen over cultuur. VNO-NCW meent dat de materie ingewikkeld is en niet eenduidig en dat daarom meer zorgvuldigheid zou moeten worden betracht bij het introduceren ervan in de Code om de bewustwording te vergroten. Die zorgvuldigheid wordt in de UK betracht. VNO-NCW verwijst naar het *Culture project* dat eind 2015 is opgezet door de Financial Reporting Council (FRC). De FRC stelt onder meer: *“The board has a vital role to play in shaping and embedding a healthy corporate culture. The values and standards of behaviour set by the board are an important influence on culture and there are strong links between governance and establishing a culture that supports long-term success. The FRC has therefore launched a market-led initiative to gather insight into corporate culture and the role of boards; to understand how boards can shape, embed and assess culture; and to identify and promote good practice. From initial discussions with stakeholders and a roundtable with FTSE 100 Chairs, we identified a number of important themes. We are pursuing these in four workstreams in partnership with the Chartered Institute of Management Accountants (CIMA), the City Values Forum, the Chartered Institute of*

Personnel and Development (CIPD), the Institute of Business Ethics (IBE) and the Chartered Institute of Internal Auditors (IIA)"¹⁴..

Juist nu een benadering als in de UK niet is gevolgd, meent meent VNO-NCW dat de praktijk gediend is met praktisch toepasbare en haalbare normen en dat vage breedlopijge omschrijvingen dienen te worden vermeden. Zij doet daarom de volgende voorstellen voor tekstuele aanpassingen ter verduidelijking. Tevens beveelt zij aan om bepaling 2.5.2 (signalen en vermoeden van misstanden) na bepaling 2.5.4 (medezeggenschap) op te nemen.

2.5.1 Stimuleren openheid & aanspreekbaarheid

Het bestuur en de raad van commissarissen zijn verantwoordelijk voor het stimuleren van een cultuur van openheid, opbouwende discussie en dialoog tussen bestuurders en commissarissen. Het bestuur is voorts verantwoordelijk voor het stimuleren van zo'n cultuur voor anderen binnen de vennootschap en de met de vennootschap verbonden onderneming(en).

2.5.2 Verantwoordelijkheid bestuur voor cultuur

Het bestuur is verantwoordelijk voor het vormgeven en de inbedding van de cultuur in de onderneming. Daarbij besteedt het bestuur aandacht aan de omgeving waarin de onderneming opereert.

Daartoe dient het bestuur:

- i. een gedragscode op te stellen en zich in te spannen dat deze code nageleefd wordt door de medewerkers van de vennootschap. De gedragscode wordt op de website van de vennootschap geplaatst;
- ii. een systeem van monitoring en rapportering van gedragingen die daarmee strijdig zijn in te richten;
- iii. passende maatregelen tegen zodanige gedragingen te nemen;
- iv. een regeling op te stellen voor het melden van gedragingen die strijdig zijn met de gedragscode en (vermoedens van) misstanden binnen de vennootschap en plaatst deze regeling op de website;
- v. de cultuur uit te dragen door het zetten van de juiste 'toon aan de top' en het tonen van voorbeeldgedrag. Het bestuur laat zien hetzelfde te verlangen van anderen in de vennootschap.

VOORKOMEN BELANGENVERSTRENGELING

- 2.6.2 is inhoudelijk niet gewijzigd; alleen de volgorde is aangepast. VNO-NCW vraag zich af of van de gelegenheid geen gebruik kan worden gemaakt om, analoog aan bepaling 2.1.6, te bepalen dat de familierechtelijke verhouding waarvan onder (ii) sprake is ook beperkt is tot de tweede graad.
- 2.7.4 bepaalt dat bij een bod op (een onderdeel van) de onderneming of de aandelen ervan, het bestuur en de raad van commissarissen een speciale commissie in ter voorbereiding van de besluitvorming over dat bod. VNO-NCW meent dat hier sprake is van overregulering, die leidt tot formalistisch gedrag dat vertragend werkt en snelle besluitvorming in de weg staat. Niet duidelijk is welk probleem hiermee wordt opgelost.

¹⁴ zie : <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Codes-Standards/Corporate-governance/Culture-Project.aspx>

De bepaling lijkt voor te schrijven dat de speciale commissie bestaat uit leden van zowel het bestuur als de RvC. Indien dat inderdaad het geval is, kan dat op gespannen voet staan met de verschillende verantwoordelijkheden die beide organen hebben. De eveneens in de bepaling opgenomen zinsnede dat de statutaire verantwoordelijkheden van bestuurders en commissarissen onverlet blijven doet daaraan niet af. Tevens bestaat de kans dat de vraag bij uitbrengen van een bod zal zijn wat de ingestelde speciale commissie er van vindt, daarmee bestuur en RvC in feite achterstellend bij de speciale commissie. Het zijn bestuur en RvC die ieder vanuit hun eigen taak en verantwoordelijkheden als orgaan een oordeel dienen te vellen over het uitgebrachte bod. Dat in de praktijk om praktische redenen bestuur en commissarissen in een dergelijk proces uit hun midden speciale commissies instellen en (veel) frequenter dan gewoonlijk met elkaar overleggen, is iets dat niet geformaliseerd dient te worden. Bovendien is de bepaling niet werkbaar bij kleinere ondernemingen die een bestuur en RvC van geringe omvang hebben. VNO-NCW verzoekt de bepaling te schrappen. Wel voorstelbaar is dat wordt voorgeschreven dat bestuur en commissarissen achteraf verantwoording afleggen over de wijze waarop gedurende het biedingsproces is geopereerd.

Wellicht ten overvloede voegt VNO-NCW toe dat de hierboven uiteengezette gedachtegang ook geldt ten aanzien van de vraag van de Commissie of het wenselijk is om voor stresssituaties in het algemeen instelling van een speciale commissie voor te schrijven. Nog daargelaten dat het begrip “stresssituaties” uiterst lastig te omschrijven valt.

BELONINGEN

- 3.1.4 bepaalt dat het beloningsbeleid de parameters moet specificeren op basis waarvan de vennootschap onder vooraf vastgestelde omstandigheden toegekende variabele beloningen kan terugvorderen of bijstellen in neerwaartse zin. Voor de mogelijkheid tot terugvordering is de parameter in de wet bepaald (artikel 2:135 lid 8 BW): indien de variabele beloning is uitgekeerd op basis van onjuiste informatie. Niet duidelijk is wat hieraan dan nog toegevoegd zou moeten worden. De mogelijkheid aanpassen van variabele beloning is één van de eigen verantwoordelijkheden van de raad van commissarissen (zie 2: 135,6 BW). Indien zich een situatie voordoet waarin terugvorderen of neerwaarts bijstellen aan de orde is, heeft de RvC een verantwoordingsplicht jegens de vergadering van aandeelhouders. In de toelichting op de jaarrekening dienen bovendien de aangepaste of teruggevorderde bedragen te worden vermeld (2: 383c,6 BW). Het is ondoenlijk om over mogelijke situaties in de toekomst die van geval tot geval wezenlijk kunnen verschillen een zinvolle parameter op te stellen. VNO-NCW verwacht dat dan ook het bij dit toch al gevoelige onderwerp slechts zal leiden tot escalatie van de discussie over vooralsnog theoretische aangelegenheden. VNO-NCW stelt daarom voor deze bepaling te schrappen.
- 3.2.2 bepaalt dat de remuneratiecommissie kennis neemt van de eigen visie van de individuele bestuurders met betrekking tot de hoogte en structuur van hun eigen beloning. Doel van deze bepaling is volgens de toelichting bestuurders een directere betrokkenheid te geven bij hun eigen beloning.

De RvC stelt volgens principe 3.2 de beloning van de individuele bestuurders vast binnen de grenzen van het door de ava vastgestelde beloningsbeleid. De RvC zal zo nodig in de ava verantwoording dienen af te leggen op welke wijze dat beleid is geïmplementeerd. De verplichting tot kennis nemen van de visie van de bestuurder is opgenomen als interne aangelegenheid tussen betreffende bestuurder en de remuneratiecommissie. VNO-NCW gaat ervan uit dat deze strikt intern bedoelde bepaling extern effect gaat hebben en dat bij het hiervoor genoemde afleggen van verantwoording ook naar de visie van de bestuurder op zijn eigen beloning zal worden gevraagd. Zij meent dat dat ongewenst is omdat uitdrukkelijk aan de RvC de bevoegdheid is toegekend om binnen het beloningsbeleid die individuele beloning vast te stellen. Externe werking zou in ieder geval voorkomen moeten worden.

De bepaling miskent bovendien dat de RvC hierover zelfstandig moet beslissen en dat de bestuurders hier een tegengesteld belang hebben. De voorgestelde bepaling vermengt de onderscheiden bevoegdheden, wat ongewenst is en zowel voor de bestuurder als voor de RvC onduidelijkheid creëert. VNO-NCW wijst in dat kader op bepaling D2 van de UK Corporate Governance Code:

Het main principle bepaalt: *“There should be a formal and transparent procedure for developing policy on executive remuneration and for fixing the remuneration packages of individual directors. No director should be involved in deciding his or her own remuneration.”* Het supporting principle heeft vervolgens oog voor het feit dat bij een bestuurder die iets over zijn eigen beloning dient te zeggen per definitie sprake is van belangenverstrengeling: *“The remuneration committee should take care to recognise and manage conflicts of interest when receiving views from executive directors or senior management, or consulting the chief executive about its proposals.”* VNO-NCW meent dat dat besef in de voorgestelde bepaling ontbreekt.

VNO-NCW beveelt aan de bepaling te schrappen.

- 3.4.1 onder iv bepaalt dat de RvC in het remuneratierapport de wijze moet onderbouwen waarop een vertrekvergoeding geen ontoereikend functioneren belooft. Het voorschrijven van een bewijs dat iets niet is gebeurd komt VNO-NCW als niet werkbaar voor de praktijk voor. Zij meent dat sub iv dient te worden geschrapt.

DE (ALGEMENE VERGADERING VAN) AANDEELHOUDERS

- 4.1.3 sub vii bepaalt dat als apart agendapunt op de agenda van de algemene vergadering worden behandeld omtrent “strategiewijzigingen of andere materiële veranderingen”. Deze bepaling suggereert ten onrechte dat elke strategiewijziging door de algemene vergadering moet worden goedgekeurd; dit in afwijking van vaste rechtspraak volgens welke de bepaling van de strategie is voorbehouden aan het bestuur onder toezicht van commissarissen. De in diezelfde jurisprudentie erkende bevoegdheid van de algemene vergadering om met betrekking tot de strategie haar wettelijke en statutaire bevoegdheden uit te oefenen, betekent nog niet dat de algemene vergadering elke strategiewijziging moet goedkeuren en dus zou moeten uitmonden in een voorstel aan de algemene vergadering; dit zou hoogstens gelden voor de besluiten bedoeld in artikel 2:107a BW, maar daar bevat genoemd artikel al een – veel duidelijker – regeling voor. VNO-NCW meent dat onderdeel vii geschrapt dient te worden.

- 4.1.6 bepaalt dat voorgedragen bestuurders en commissarissen persoonlijk aanwezig zijn tijdens de algemene vergadering waar over hun voordacht wordt gestemd en dat zij persoonlijk kunnen worden bevestigd door aandeelhouders. VNO-NCW ziet niet in wat de zin is van het persoonlijk kunnen bevestigen van de kandidaten. De betreffende persoon zal zich niet kunnen uitlaten over zijn plannen als bestuurder of commissaris noch over het huidige functioneren van de onderneming of de strategie. De discussie zal blijven steken in algemeenheden en is risicovol voor de kandidaten die zich laten verleiden tot onvoldoende onderbouwde uitspraken, die hen later tegengeworpen kunnen worden. VNO-NCW meent derhalve dat de bepaling als volgt dient te luiden:

“Bestuurders en commissarissen die worden voorgedragen voor benoeming zijn aanwezig tijdens de algemene vergadering waar over hun voordacht wordt gestemd.” ~~Zij kunnen persoonlijk worden bevestigd door aandeelhouders.”~~

- 4.1.8 bepaalt dat bij verzoeken van aandeelhouders tot agendering van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap, deze laatste een responstijd kan invoeren. Het voorstel definieert “wijziging van strategie” door te verwijzen naar artikel 2: 107a BW en beperkt daarmee de responstijd tot de in dat artikel genoemde besluiten.

De huidige Code kent geen definitie van het begrip maar noemt in IV.4.4 wel als voorbeeld van een onderwerp dat kan leiden tot een strategiewijziging, het ontslag of van één of meer bestuurders of commissarissen. VNO-NCW meent dat de huidige bepaling (zonder definitie) goed functioneert mede door de uitkristallisering in de rechtspraak en dat er geen behoefte bestaat aan de definiëring van het begrip. Voorts is haar niet duidelijk waarom de mogelijkheid van ontslag van één of meer bestuurders of commissarissen niet langer als wijziging van de strategie zou kwalificeren. In recente rechtspraak is bovendien beslist dat de uitoefening van het vergaderrecht over benoeming van een nieuwe bestuurder ook kan leiden tot een strategiewijziging die het invoeren van de responstijd rechtvaardigt (OK 6 september 2013, JOR 2013/272). Door de responstijd te beperken tot de besluiten genoemd in artikel 2: 107a wordt de bepaling in feite een loze bepaling. De gevallen genoemd in artikel 107a betreffen besluiten van het bestuur om de identiteit of het karakter van de vennootschap te wijzigen en dus juist niet voorstellen die aandeelhouders doen. Met andere woorden: die voorstellen van aandeelhouders zouden helemaal niet meer onder de responstijd vallen, terwijl daar in die gevallen nu juist wel behoefte aan is als het bestuur en de RvC het met die voorstellen niet eens is. VNO-NCW meent dat dat niet de bedoeling van de bepaling kan zijn.

Vervallen is de bepaling uit de huidige Code dat ook aandeelhouders de responstijd moeten respecteren. De constatering dat van aandeelhouders mag worden verwacht dat zij de naleving van de Code dienen te respecteren en dat de bepaling daarom geschrapt kan worden, is een te magere onderbouwing. Dat klemmt te meer bij een gevoelige bepaling als deze, waar het juist van belang is dat zowel bestuurders als aandeelhouders zich daaraan conformeren. Bovendien is deze bepaling zich in de praktijk nog (verder) aan het uitkristalliseren. VNO-NCW acht het daarom ongewenst om dat proces nu te

verstoren en meent dat die verplichting niet dient te vervallen. Gezien het voorgaande meent VNO-NCW dat de bepaling als volgt zou dienen te luiden:

“Wanneer één of meer aandeelhouders het voornemen hebben de agendering te verzoeken van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap, bijvoorbeeld door de benoeming of het ontslag van één of meer bestuurders of commissarissen, wordt het bestuur in de gelegenheid gesteld een redelijke termijn in te roepen om hierop te reageren (de responstijd). De desbetreffende aandeelhouder respecteert de door het bestuur ingeroepen responstijd in de zin van de volgende alinea.

~~Onder wijziging van de strategie wordt verstaan de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming die ingevolge artikel 2:107a BW zijn onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. De mogelijkheid van het inroepen van de responstijd geldt ook voor een voornemen als hiervoor bedoeld dat strekt tot rechterlijke machtiging voor het bijeenroepen van een algemene vergadering op grond van artikel 2:110 BW.~~ Indien het bestuur een responstijd inroept, is dit een redelijke periode die niet langer duurt dan 180 dagen, gerekend vanaf het moment waarop het bestuur door één of meer aandeelhouders op de hoogte wordt gesteld van het voornemen tot agendering tot aan de dag van de algemene vergadering waarop het onderwerp zou moeten worden behandeld. Het bestuur gebruikt de responstijd voor nader beraad en constructief overleg, in ieder geval met de desbetreffende aandeelhouder(s), en verkent de alternatieven. Aan het einde van de responstijd doet het bestuur verslag van dit overleg en de verkenning aan de algemene vergadering. De raad van commissarissen ziet hierop toe. De responstijd wordt per algemene vergadering slechts eenmaal ingeroepen, geldt niet ten aanzien van een aangelegenheid waarvoor reeds eerder een responstijd is ingeroepen en geldt evenmin wanneer een aandeelhouder als gevolg van een geslaagd openbaar bod over ten minste driekwart van het geplaatst kapitaal beschikt .”

INFORMATIEVERSCHAFFING EN VOORLICHTING

- 4.2.2 bepaalt dat informatie aan de afdelingsbestuurder altijd in het Engels en eventueel in het Nederlands beschikbaar moet worden gesteld. VNO-NCW meent dat dat afhankelijk zou dienen te zijn van de aard en omvang van de onderneming. Voor vennootschappen die uitsluitend opereren op de lokale markt is dit voorschrift overbodig en leidt het tot onnodige lastenverhoging. VNO-NCW stelt daarom voor de tekst als volgt aan te passen:
“Afhankelijk van de aard en omvang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming wordt informatie aan (de algemene vergadering van) aandeelhouders ~~wordt~~ in het Engels en eventueel in het Nederlands beschikbaar gesteld”.

UITBRENGEN VAN STEMMEN

- 4.3.3. bepaalt dat indien de vereiste meerderheid voor doorbreking van een bindende voordracht tot benoeming of voor ontslag van bestuurders/commissarissen (mede) afhankelijk is van het geplaatste kapitaal, deze meerderheid niet groter mag zijn dan 1/3^{de} van het geplaatste kapitaal. Bovendien dient de mogelijkheid te bestaan om over deze onderwerpen in een tweede vergadering een besluit te nemen, zonder dat de daarvoor

vereiste meerderheid afhankelijk is van het geplaatste kapitaal. Bij een gecertificeerde onderneming neemt (bijna) 100% van het geplaatste kapitaal aan de stemming deel, waardoor de vereiste gewone meerderheid van stemmen altijd 50% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt. En als bij een gecertificeerde onderneming een voorstel die 50% van het geplaatste kapitaal niet haalt, is er geen herkansing in de vorm van een tweede vergadering omdat ook de vereiste gewone meerderheid dan niet is gehaald. Bij een niet-gecertificeerde onderneming waar voor bovengenoemde besluiten een meerderheid van minimaal 50% van het geplaatste kapitaal is vereist, zonder mogelijkheid van een tweede vergadering, krijgt de algemene vergadering dus meer ruimte om haar rol te spelen dan bij een gecertificeerde onderneming waar die eis niet geldt. Het is dan paradoxaal dat eerstbedoelde onderneming twee dingen heeft uit te leggen en de tweede (de onderneming met certificering) niets.

VNO-NCW meent daarom dat bepaling 4.3.3. als volgt dient te luiden:

"De algemene vergadering van een niet-structuurvennootschap kan een besluit tot het ontnemen van het bindende karakter aan een voordracht tot benoeming van een bestuurder of commissaris en/of een besluit tot ontslag van een bestuurder of commissaris nemen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Aan deze meerderheid kan de eis worden gesteld dat zij een bepaald gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt, ~~welk deel niet hoger dan een derde wordt gesteld. Indien dit gedeelte ter vergadering niet is vertegenwoordigd, maar een volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen het besluit tot het ontnemen van het bindende karakter aan de voordracht of tot het ontslag steunt, dan kan in een nieuwe vergadering die wordt bijeengeroepen het besluit bij volstreekte meerderheid van stemmen worden genomen, onafhankelijk van het op deze vergadering vertegenwoordigd gedeelte van het kapitaal.~~"

CERTIFICERING VAN AANDELEN

4.4 bepaalt dat certificering van aandelen alleen mag worden gebruikt als beschermingsmaatregel voor zover certificering dienstig is aan lange termijn waarde creatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. VNO-NCW meent dat de formulering van de bepaling enigszins dubbelzinnig is omdat zij aldus zou kunnen worden gelezen dat certificering uitsluitend nog als beschermingsmaatregel mag worden gebruikt en dat een administratiekantoor dus niet meer zou mogen stemmen voor niet verschenen aandeelhouders. Zij gaat er vanuit dat dat niet de bedoeling is van de Commissie.

Terecht merkt de Commissie op dat het verbod om certificering te gebruiken als beschermingsmaatregel niet meer van deze tijd is. VNO-NCW is het daarmee eens. Zij meent dat het voorschrift dat certificering dienstig moet zijn aan de lange termijn waarde creatie in de praktijk niet hanteerbaar is en leidt tot "welles/nietes" discussies en mogelijk tot gerechtelijk procedures. Certificering regelt uitsluitend de stemuitslagen en de telling en heeft geen invloed op de inhoud van de besluiten. VNO-NCW meent daarom dat de kwalificering dat certificering dienstig moet zijn aan lange termijn waarde creatie geschrapt dient te worden.

VNO-NCW meent echter dat de zinsnede : "Het bestuur van het administratiekantoor geniet het vertrouwen van de certificaathouders" dient te worden geschrapt. De bepaling

was logisch onder de huidige Code waar certificering niet als beschermingsmaatregel mag worden gebruikt. Nu de situatie is omgedraaid en certificering uitdrukkelijk wel een beschermingsmaatregel kan zijn, is het mogelijk dat het bestuur van het administratiekantoor bij het behartigen van de belangen vennootschap, alle daarbij betrokkenen, de met de vennootschap verbonden onderneming en de certificaathouders, die belangen zodanig afweegt dat certificaathouders het bestuur niet langer hun vertrouwen geven. De bepaling dat aan het administratiekantoor geen informatie mag worden verstrekt die niet openbaar is, strookt niet met het gebruik van certificering als beschermingsmaatregel.

VNO-NCW meent derhalve dat het opheffen van het verbod tot gevolg heeft dat de tweede en laatste volzin van de bepaling dienen te vervallen.

"Certificering van aandelen mag worden ~~wordt enkel~~ gebruikt als beschermingsmaatregel ~~voor zover certificering dienstig is aan lange termijn waarde-creatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur van het administratiekantoor geniet het vertrouwen van de certificaathouders.~~ Certificaathouders hebben de mogelijkheid om kandidaten voor het bestuur van het administratiekantoor aan te bevelen. ~~De vennootschap verstrekt aan het administratiekantoor geen informatie die niet openbaar is gemaakt.~~ "

VNO-NCW meent voorts dat bepaling 4.4.5 om dezelfde reden datzelfde lot moet treffen. De eis dat het administratiekantoor bij de uitoefening van stemrecht zich primair richt naar het belang van certificaathouders en rekening houdt met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming was logisch onder de huidige Code waar certificering niet als beschermingsmaatregel mag worden gebruikt. Nu de situatie is omgedraaid en certificering uitdrukkelijk wel een beschermingsmaatregel kan zijn, is dit niet langer vanzelfsprekend. Voor het gebruik van certificering als beschermingsconstructie is het essentieel dat het administratiekantoor de in aanmerking te nemen belangen het gewicht kan geven dat de desbetreffende belangen op grond van hun eigen dringendheid toekomt. Het past niet langer dat één specifiek belang (nl. dat van certificaathouders) categorisch op de voorgrond wordt geplaatst, zoals bepaling 4.4.5 wil.

VNO-NCW meent daarom dat de bepaling als volgt dient te luiden:

“Tenzij certificering als beschermingsconstructie wordt gebruikt, richt het administratiekantoor zich bij de uitoefening van zijn stemrecht primair naar het belang van de certificaathouders en houdt het rekening met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien certificering als beschermingsconstructie wordt gebruikt richt het administratiekantoor zich bij de uitoefening van zijn stemrecht naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.”

4.4.8 bepaalt dat iedere certificaathouder het administratiekantoor een bindende steminstructie kan geven voor de aandelen die het administratiekantoor voor hem houdt.

VNO-NCW meent dat het geven van een steminstructie nu juist niet mogelijk zou moeten zijn als de certificering als beschermingsconstructie wordt gebruikt. In dat geval

vloeit uit artikel 2: 118a BW voort dat het stemrecht – zonder steminstructie – bij het administratiekantoor berust.

VNO-NCW meent derhalve dat de bepaling geschrapt dient te worden.