

REACTIE

Voor Monitoring Commissie Corporate Governance Code
Van mr. drs. R.G.J. Gehring, advocaat Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn N.V.
Mede namens ir. R. Willems, voorzitter raad van commissarissen Essent N.V., voormalig
President directeur Shell Nederland B.V.
Datum 5 april 2016
Betreft Consultatie Nederlandse Corporate Governance Code

- 1 Op donderdag 11 februari 2016 publiceerde de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (hierna: Commissie) een Consultatiedocument met voorstellen voor herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: Consultatievoorstel).¹ In deze reactie wil ik graag ingaan op de voorgestelde wijzigingen aangaande de zittingstermijn van commissarissen, in het bijzonder best practice bepaling III.3.5 van de huidige Code.
- 2 Best practice bepaling III.3.5 luidt thans: *“Een commissaris kan maximaal driemaal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de raad van commissarissen.”* De Commissie stelt kortgezegd voor om de maximale zittingstermijn van commissarissen temporeel te beperken; dat wil zeggen terug te brengen van 12 jaar (3 x 4 jaar) naar 8 jaar (2 x 4 jaar), waarbij herbenoeming na 8 jaar nog slechts onder een tweetal strikte voorwaarden mogelijk is: (i) de reden voor herbenoeming wordt verantwoord in het verslag van de raad van Commissarissen (hierna: RvC); en (ii) de benoemingstermijn is beperkt tot twee jaar met één mogelijkheid tot verlenging met nogmaals twee jaar.²
- 3 In dat kader wordt in deze reactie specifiek ingegaan op:
 - a. Wetenschappelijk onderzoek naar de relatie tussen de zittingstermijn van een commissaris en (de kwaliteit van) de corporate governance; en
 - b. De motivering van de Commissie dat de: *“zittingstermijn van commissarissen van driemaal een periode van vier jaar in beginsel (te) lang is om met gepaste afstand toezicht te houden op het*

¹ De Nederlandse Corporate Governance Code, *Voorstel voor herziening*, 11 februari 2016, www.mccg.nl.

² Consultatievoorstel, blz. 30 – 31.

bestuur van de vennootschap. Door een lange zittingstermijn kan de commissaris te veel vergroeien met de vennootschap, wat kan leiden tot minder scherpheid in het door de commissaris uitgevoerde toezicht”.³

- 4 Ik zal concluderen dat er onvoldoende grond bestaat om de zittingsduur van commissarissen (in beginsel) terug te brengen van 12 naar 8 jaar, alsook dat de voorgenomen wijziging van best practice bepaling III.3.5 onvoldoende recht doet aan de positieve causale relatie tussen de ervaring van een (onafhankelijke) niet-uitvoerende bestuurder in een *one tier* board respectievelijk commissaris in een *two tier* board, en de (kwaliteit van de) corporate governance.
- 5 Kortom, best practice bepaling III.3.5 van de Nederlandse Corporate Governance Code dient ongewijzigd te blijven.

a. *Wetenschappelijk onderzoek zittingsduur commissarissen*

- 6 In het artikel “*Voorstel kortere zittingsduur commissaris uit de lucht gegrepen*”, betoogt de heer Wim van den Goorbergh – voormalig CFO van de Rabobank, thans lid van de raad van commissarissen van onder andere NIBC Bank N.V.–, mede onder verwijzing naar wetenschappelijke literatuur, dat het voorstel van de Commissie om de zittingsduur van commissarissen terug te brengen van 12 naar 8 jaar, op een “te smalle basis” is gebaseerd en aldus als grondslag onvoldoende is om de reeds bestaande praktijk “overboord” te zetten.⁴ De heer van den Goorbergh benadrukt het belang van ervaring om aan de “door wetenschappelijk onderzoek geïndiceerde optimale gemiddelde zittingsduur van de totale raad van commissarissen te komen”. Dit onderzoek bevat namelijk indicaties dat een RvC het meest effectief is wanneer de gemiddelde zittingsduur tussen de 7 en 11 jaar ligt.⁵
- 7 In aanvulling op de door de heer van den Goorbergh gesignaleerde wetenschappelijke literatuur, wil ik u graag wijzen op een recent onderzoek van een drietal economen van de Universiteit van New South Wales te Australië met als titel: “*Should independent directors have term limits? : the role of experience in corporate*

³ Consultatievoorstel, blz. 30.

⁴ Wim van den Goorbergh, “*Voorstel kortere zittingsduur commissaris uit de lucht gegrepen*”, Me Justice, 17 maart 2016.

⁵ Wim van den Goorbergh, “*Voorstel kortere zittingsduur commissaris uit de lucht gegrepen*”, Me Justice, 17 maart 2016: “*Bij een maximum zittingstermijn per persoon van 12 jaar ligt de gemiddelde zittingsduur van de totale raad – bij een evenwichtige spreiding – op 6,5 jaar. De spreiding is evenwel niet steeds evenwichtig, maar boven een gemiddelde van 8 jaar zal men toch niet vaak uitkomen. Bij een maximum zittingstermijn per persoon van 8 jaar daalt de gemiddelde zittingsduur van de totale raad naar 4,5 jaar.*”

governance" (**Bijlage 1**).⁶ Op basis van de performance van 1500 S&P bedrijven in de periode 1998 – 2013, concludeerden de onderzoekers dat ervaren (onafhankelijke) niet uitvoerende bestuurders (*de facto* commissarissen in een *two tier* board) – gedefinieerd als iemand met ruim vijftien (15!) jaar ervaring – een significante bijdrage levert aan de governance van bedrijven. Sterker nog: ervaring, in het bijzonder bij multinationals, stelt niet-uitvoerende bestuurders/commissarissen in staat om (voldoende) tegenwicht te bieden tegen machtige (uitvoerende) bestuurders, in het bijzonder de CEO.

8 De achtergrond hiervan is dat:

- Ervaren niet-uitvoerende bestuurders vaker actief deelnemen in (sub) comités (Bijlage 1, blz. 9-11);
- Ervaren niet-uitvoerende bestuurders vaker (bestuurs)vergaderingen bijwonen (Bijlage 1, blz. 11-12);
- Bedrijven met ervaren niet-uitvoerende bestuurders hun CEO's relatief lagere vergoedingen toekennen (Bijlage 1, blz. 16- 18);
- Er bij bedrijven met ervaren niet-uitvoerende bestuurders minder snel (bewust) sprake is van (financiële)misrapportages (Bijlage 1, blz. 20-22);
- Bedrijven met ervaren niet-uitvoerende bestuurders minder, maar evenwel betere overnames doen (Bijlage 1, blz. 23-25);.

9 De conclusie luidt derhalve dat **ervaren** niet-uitvoerende bestuurders in een *one tier* board respectievelijk commissarissen in een *two tier* board, de governance van bedrijven ten goede komt.

b) Zittingstermijn commissarissen

10 De Commissie is van mening dat de zittingstermijn van commissarissen van driemaal een periode van vier jaar (te) lang is om met gepaste afstand toezicht te houden op het bestuur van de vennootschap. Door een lange zittingstermijn zou de commissaris te veel vergroeien met de vennootschap, wat kan leiden tot minder scherpheid in het

⁶ Ying Dou e.a., "Should independent directors have term limits?: the role of experience in corporate governance", University of New South Wales, 27 februari 2015.

door de commissaris uitgevoerde toezicht. De Commissie neemt derhalve een zittingstermijn van twee keer een periode van vier jaar als uitgangspunt.

- 11 Ten eerste laat de Commissie na te onderbouwen wanneer sprake is van een "(te) lange" zittingstermijn en op basis waarvan zij tot de conclusie komt dat 12 jaar "(te) lang" is, maar 8 jaar niet. Het hierboven uiteengezette onderzoek, alsook de wetenschappelijke literatuur waarnaar de heer van den Goorbergh verwijst, bevat duidelijke contra-indicaties tegen een dergelijke vooronderstelling.
- 12 Ten tweede laat de Commissie na te onderbouwen wanneer sprake is van "te veel vergroeien" alsook waarom en op basis waarvan zij concludeert dat de zittingsduur negatief gecorreleerd is met het door de commissaris uitgevoerde toezicht. Uit het hierboven uiteengezette onderzoek volgt dat ervaring van essentieel belang is voor de governance van bedrijven. Het gaat hierbij niet slechts om ervaring als het zijn van commissaris, maar ook in relatie tot het desbetreffende bedrijf. De effectiviteit van het toezicht, in de bewoordingen van de Commissie de "scherpte van het door de commissaris uitgevoerde toezicht", neemt derhalve significant toe met de ervaring en kennis van de desbetreffende commissaris.
- 13 Daarnaast verlaat de Commissie de thans geldende regel dat op een zorgvuldige wijze moet worden afgewogen of een derde zittingstermijn in het belang van de vennootschap is te achten, en legt zij de nadruk op het vinden van een opvolger. De twee voorwaarden die de Commissie wil verbinden aan het herbenoemen van een commissaris na acht jaar, in het bijzonder de tweede voorwaarde dat de benoemingstermijn beperkt dient te blijven tot twee jaar met één mogelijkheid tot verlenging met nogmaals twee jaar, gaan uit van de niet-onderbouwde premisse dat zittingsduur negatief gecorreleerd is met onafhankelijk toezicht.
- 14 Voorts lijkt de Commissie het begrip "afstand houden tot" onjuist uit te leggen. Afstand houden tot betekent dat een commissaris geen bestuurstaken verricht en aldus in staat is om toezicht te houden op datzelfde bestuur. Indien nodig zullen commissarissen moeten ingrijpen, niet door (bestuurs)verplichtingen na te komen, maar door (bijvoorbeeld) bestuurders te schorsen of zijn/haar ontslag te bevorderen.⁷ Het enkele feit dat een persoon ruim tien jaar commissaris is, zegt derhalve zeer weinig over zijn/haar verplichting om enige afstand te houden.

⁷ Hoge Raad 28 juni 1996, NJ 1997, 58 (Bodam Jachtservice), m.nt. J.M.M. Maeijer.

Conclusie

- 15 Er bestaat onvoldoende grond om de zittingsduur van commissarissen terug te brengen van 12 naar 8 jaar, alsook doet de voorgenomen wijziging van best practice bepaling III.3.5 onvoldoende recht aan de empirisch aangetoonde positieve causale relatie tussen de ervaring van een commissaris en de kwaliteit van de governance van een bedrijf.
- 16 Best practice bepaling III.3.5 van de Nederlandse Corporate Governance Code dient tegen die achtergrond ongewijzigd te blijven.
- 17 Uiteraard ben ik graag bereid nadere toelichting op mijn reactie op de Consultatie te verschaffen.
