

Dr R.H. van het Kaar
Van Reigersbergenstraat 326
1052 WT Amsterdam
E: R.H.vanhetKaar@uva.nl

Amsterdam, 5 april 2016

Geachte leden van de Monitoring Commissie,

Onderstaand mijn opmerkingen over het consultatiedocument voor de herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code. Ik beoordeel in het bijzonder de toegenomen aandacht voor de lange termijn, alsmede voor cultuur als positief. Tegelijk constateer ik een aantal problemen en omissies. Ik concentreer mij in dit commentaar op de volgende onderwerpen:

- De relatie tussen de verschillende toezichthouders (intern en extern)
- De onafhankelijkheid van (de raad van) commissarissen, mede in internationaal perspectief
- Een aantal meer specifieke onderwerpen, waaronder beloning, de rol van het medezeggenschapsorgaan, en meer technisch-redactionele opmerkingen.

Corporate governance, checks and balances, de relatie tussen de verschillende toezichthouders

Het bestuur is de spil in de vennootschap. Verschillende gremia houden toezicht op het bestuur. Dat is allereerst de raad van commissarissen. Daarnaast verdienen vermelding de ondernemingsraad, de externe accountant, en een aantal externe toezichthouders. De contacten met deze toezichthouders lopen in veel gevallen (uitsluitend) via het bestuur. Dat kan leiden tot situaties waarin de verschillende toezichthouders langs elkaar opereren en waarin belangrijke signalen worden gemist. Onderlinge contacten –waaronder zeker ook één op één contacten- tussen de verschillende organen kan bijdragen aan een robuuster systeem van checks and balances. Dat geldt temeer als het bestuur zich huiverig toont voor dergelijke contacten. Het is de vraag op welke wijze dit principe zou kunnen worden vormgegeven. Een overweging in de preambule ligt het meest voor de hand.

Wetgeving voorziet weliswaar in een aantal situaties in regels voor contacten tussen verschillende toezichthouders (RvC en accountant, RvC en ondernemingsraad), maar de praktijk loopt niet in de pas met de regelgeving: zo zijn de contacten tussen de RvC en het medezeggenschapsorgaan vaak beperkt, en soms non-existent. Het contact tussen de OR en de RvC is niet altijd vanzelfsprekend en met name buitenlandse commissarissen zijn hier onbekend mee. Nu wordt in de code slechts voorgeschreven dat het reglement van de RvC ter zake bepalingen bevat. Het verdient aanbeveling daarnaast voor te schrijven dat de RvC over die contacten enig verslag doet, of uitlegt waarom er in voorkomende gevallen geen contacten zijn geweest. Voorts zou in 2.4.8 een expliciete verwijzing naar de ondernemingsraad kunnen worden opgenomen.

Daarnaast lijkt het zinnig na te denken over contacten tussen het medezeggenschapsorgaan en de accountant. Met name Franse wetgeving bevat op dit punt een aantal voorschriften. Dergelijke contacten zouden kunnen bijdragen aan het vroegtijdig signaleren van financiële misstanden (waaronder fraude) in de onderneming.

De onafhankelijkheid van (de raad van) commissarissen, mede in internationaal perspectief

Het Nederlandse systeem van corporate governance (en ook ons vennootschapsrecht) vertoont een aantal unieke kenmerken. Eén daarvan is de onafhankelijkheid van commissarissen. In andere jurisdicties vertegenwoordigen commissarissen een deelbelang (in de regel dat van de

aandeelhouders, in een aantal landen het werknemersbelang); in Nederland is het voorschrift van artikel 2:140 BW leidend.

De voorstellen voor herziening lijken op onderdelen te morrelen aan dit uitgangspunt. Allereerst worden de onafhankelijkheidseisen enigermate versoepeld. Het is de vraag of hier niet een hellend vlak wordt betreden. In de tweede plaats wordt de deur opengezet voor de beloning in aandelen voor commissarissen. Ook die stap tornt mijns inzien aan het uitgangspunt van onafhankelijkheid. Het is de vraag of aandelenbezit in de vennootschap als zodanig een doorslaggevend criterium zou moeten zijn voor de kwalificatie van onafhankelijkheid, als lijkt een significante groep 'aandeelhouderscommissarissen' op gespannen voet te staan met het voorschrift van art. 2:140 BW. Naast de kwantitatieve grens (2.1.7) en of de eis dat de voorzitter kwalificeert als onafhankelijk (2.1.9) lijkt mij van groter belang dat in de preambule (en eventueel herhaald in het hoofdstuk over de RvC) wordt benadrukt dat het belang van de *vennootschap en de daaraan verbonden onderneming* leidend dient te zijn, met de expliciete toevoeging dat het puur optreden van behartiger van een deelbelang in het Nederlandse systeem niet is geoorloofd.

Enkele meer specifieke onderwerpen

Hoofdstuk 2

Dit hoofdstuk bevat zowel bepalingen die specifiek gericht zijn tot het bestuur of de raad van commissarissen, als bepalingen gericht tot beide organen. Ik zou de voorkeur geven aan twee aparte onderdelen (zoals nu ook in Boek 2 BW). Nadeel is in een aantal gevallen wel dubbeling van bepalingen.

2.1.6 Definitie (on)afhankelijkheid

Ik kan me voorstellen dat de eerste drie regels van 2.1.6 verwarring kunnen wekken. Het doel van de bepaling is-bij goede lezing- overigens wel duidelijk. Die verwarring kan ontstaan omdat in de code in een aantal passages wordt gesproken over onafhankelijkheid, en in 2.1.6 plotseling de term afhankelijk wordt gebruikt. In het algemeen ben ik geen voorstander van dubbele ontkenningen, maar het lijkt mij beter een passage op te nemen waarin wordt uitgelegd in welke situaties een commissaris niet als onafhankelijk wordt beschouwd, en daarna een aparte bepaling toe te voegen dat maximaal één commissaris niet onafhankelijk hoeft te zijn (met de nuancerings in geval van aandelenbezit). Het lijkt verstandig nog eens goed te kijken naar de redactie van 2.1.6, en de volgorde en redactie van 2.1.1 tot en met 2.1.9.

2.5.4 Medezeggenschap en cultuur

Deze bepaling schrijft voor dat bestuur en medezeggenschapsorgaan spreken over gedrag en cultuur. Het ligt voor de hand aan dit onderwerp ook aandacht te besteden in contacten tussen medezeggenschapsorgaan en commissarissen. Het medezeggenschapsorgaan kan op dit punt een belangrijke bron (onafhankelijk van het bestuur) van informatie zijn voor de commissarissen.

3.1.2 Vaststelling beloningsbeleid

Met betrekking tot beloningsvraagstukken is het raadzaam onderscheid te maken tussen enerzijds onderwerpen als lange termijn waardecreatie en het inperken van excessief risicovol gedrag (short-termism), en anderzijds het vraagstuk van verantwoorde beloningsverhoudingen in de *onderneming*. Uiteindelijk worden deze beloningsverhoudingen vastgesteld door het bestuur, al dan niet gezamenlijk met werknemersvertegenwoordigers. In 3.1.2. en ook in de Wet op de ondernemingsraden (het informatierecht van de ondernemingsraad over zowel de beloningen van werknemers als van de top) in één bepaling behandeld. Het is –gezien de verschillende verantwoordelijkheden in deze- de vraag of het vanuit systematisch oogpunt niet meer voor de hand ligt die onderwerpen meer uit elkaar te trekken. De verantwoordelijkheid voor informatie en overleg over de beloning van de werknemers ligt dan bij het bestuur (waarbij de RvC uiteraard op de hoogte moet worden gesteld van relevante

ontwikkelingen). De verantwoordelijkheid voor de beloning van de top ligt bij de RvC. Het ligt dan voor de hand dat op dat onderdeel –indien een rol voor de OR wenselijk wordt geacht- de RvC zijn oor te luisteren legt bij het medezeggenschapsorgaan, en in voorkomende gevallen met dit orgaan in overleg treedt. De door de minister van SZW aangekondigde verplichting van het bestuur om in overleg te treden met de OR ligt minder voor de hand, nu het beleid door de RvC immers door de RvC wordt vastgesteld.

3.3.2 Beloning commissarissen in aandelen

Deze bepaling staat op gespannen voet met de onafhankelijkheidseis die wordt gesteld aan commissarissen (onafhankelijkheid in de zin dat zij het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming moeten behartigen, en niet een deelbelang). Zie ook mijn eerdere opmerkingen over de onafhankelijkheid van commissarissen.

Technische wijzigingen

De wens om de Code kort en krachtig te formuleren is begrijpelijk. Schrappen van bepalingen die al in de wet staan ligt daarom voor de hand. Ik aarzel echter over het schrappen van II.1 en III.1. Dit zijn kernbepalingen in het Nederlandse vennootschapsrecht, die voor een groot aantal landen (waaronder de Angelsaksische wereld) zeker niet vanzelfsprekend zijn.

Dr. R.H. van het Kaar is onder meer commissaris (niet beursgenoteerde bedrijven), lid van de door de Europese Commissie ingestelde Informal Expert Group on Company Law (ICLEG) en onafhankelijk lid van de SER-Commissie Bevordering Medezeggenschap (CBM). Deze reactie is op persoonlijke titel geschreven.