

Memo

Van : Mrs. M. Poelsema, Th.A. Ritsema, J.J.D. de Leur en J. Biesheuvel -
Hoitinga
Aan : Monitoring Commissie Corporate Governance Code
Datum: : 5 april 2016
Betreft : Reactie consultatiedocument herziening Corporate Governance Code

Geachte leden van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code,

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van uw consultatiedocument met daarin opgenomen het voorstel voor herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code. Gezien uw uitnodiging aan alle stakeholders en geïnteresseerden, waaronder ook niet-schragende partijen, om een reactie uit te brengen naar aanleiding van uw consultatiedocument, willen wij u hierbij graag onze reactie aanbieden, met daarin opgenomen enkele opmerkingen en aanvullingen bij het door u gepresenteerde voorstel.

Daarbij willen wij in de eerste plaats opmerken dat wij ons voor een zeer groot gedeelte kunnen vinden in de door u voorgestelde wijzigingen van de huidige Nederlandse Corporate Governance Code (hierna ook te noemen: de 'Code 2008'), in het bijzonder ook in de nadruk die wordt gelegd op de thema's lange termijn waardecreatie, risicobeheersing, cultuur en effectief bestuur en toezicht.

Wij willen u complimenteren met de uitgebreide herziening van de Code 2008 die u voorstelt en de mate waarin u erin bent geslaagd met het schrappen en aanpassen van bepalingen zowel ambitieus als zorgvuldig te zijn.

Onze aanvullingen en opmerkingen bij uw voorstel zijn met name ingegeven door onze interesse voor het ondernemingsrecht en het belang dat in dat verband aan de Code 2008 toekomt. Niet alleen voor beursvennootschappen heeft de Code 2008 een belangrijke betekenis, zij geeft via art. 2:8 BW ook nadere inkleuring aan verhoudingen tussen de organen binnen niet beursgenoteerde vennootschappen en overige rechtspersonen in Nederland. Daarnaast speelt de inhoud van de Code 2008 een belangrijke rol bij de herziening en herijking van branche gerelateerde governance codes, waaronder bijvoorbeeld de voorgenomen herziening van de Zorgbrede Governance Code. In het licht hiervan vinden wij het belangrijk bij te dragen aan de verdere ontwikkeling van corporate governance binnen Nederland en hopen wij dat middels dit schrijven te doen.

In het hiernavolgende zullen wij onze opmerkingen en aanvullingen bespreken. Ons eerste punt betreft de nieuwe thematische indeling van de Code. Daarna zullen wij een aantal inhoudelijke opmerkingen en aanvullingen bespreken, die in het bijzonder betrekking hebben op de best practice bepalingen (hierna ook te noemen: Bpb) die handelen over respectievelijk de interne auditfunctie, de executive committee, de commissie in 'stress' situaties en de responstijd van de raad van bestuur.

INDELING

Wij zien de voordelen die een thematische indeling van de Corporate Governance Code biedt. Echter, een dergelijke indeling heeft naar onze mening als nadeel dat deze, vooral voor de gebruikers,¹ onoverzichtelijk kan worden, althans zo kan worden ervaren. Daarbij is ons niet altijd duidelijk wat de samenhang is tussen sommige onderwerpen en bepalingen.

Wij zijn ons ervan bewust dat het hiernavolgende nogal veelomvattend is, maar willen u als Monitoring Commissie toch meegeven de voorgestelde indeling in heroverweging te nemen, waarbij ons voorstel als een aanzet kan worden meegenomen.

Ons voorstel is de hernieuwde thematisch ingerichte Corporate Governance Code als volgt in te delen (globaal):

- I. *(Effectief) bestuur en toezicht*
 1. Samenstelling en omvang
 2. Benoeming, opvolging en evaluatie
 3. Inrichting en commissies²
 4. Besluitvorming en functioneren
 5. Cultuur
 6. Belangenverstremgeling

- II. *Belang van de vennootschap –bijzondere aandachtsgebieden*
 1. Lange termijn waardecreatie
 2. Risicobeheersing
 3. Interne auditfunctie
 4. Auditcommissie
 5. Externe accountant
 6. Overnamesituaties
 7. Beloningen

- III. *Verantwoording en verslaglegging*
 1. Bestuur
 2. Raad van Commissarissen³
 3. Bijzondere aandachtsgebieden⁴

- IV. *De (algemene vergadering van) aandeelhouders*
 1. Algemeen
 2. Informatieverschaffing en voorlichting
 3. Uitbrengen van stemmen
 4. Certificering van aandelen

INHOUDELIJK

¹ Waaronder wij verstaan met name de raad van bestuur en de raad van commissarissen.

² Bpb inzake het functioneren van de executive committee zou onder dit kopje geplaatst kunnen worden (in plaats van onder samenstelling en omvang).

³ Zowel voor verantwoording/verslaglegging door raad van bestuur en raad van commissarissen kunnen onder deze kopjes algemene bepalingen worden opgenomen, waarbij gedacht kan worden aan verantwoording over diversiteit(sbeleid), onafhankelijkheid, uitvoering van werkzaamheden, etc).

⁴ Hier kunnen specifieke bepalingen worden gewijd aan verantwoording over risicobeheersing, externe accountant, overnames, etc.).

I. Interne auditfunctie

De Monitoring Commissie stelt naar onze mening terecht dat de interne auditfunctie functioneert onder de verantwoordelijkheid van het bestuur. Het bestuur is immers verantwoordelijk voor het beleid en de strategie binnen de vennootschap en dient maatregelen te treffen om de daarmee verband houdende risico's beheersbaar te maken en te houden. De Monitoring Commissie schrijft over de interne auditfunctie: *'Het bestuur is naar het standpunt van de Commissie primair verantwoordelijk om de risico's die zijn verbonden aan de strategie van de vennootschap verbonden onderneming op een adequate wijze te beheersen. De interne auditfunctie is een belangrijk instrument om dit te ondersteunen'*.

In andere landen, zoals bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, functioneert de interne auditfunctie onder de directe verantwoordelijkheid van de auditcommissie. Hierover merken wij op dat dit in sommige gevallen desondanks inhoudt dat de interne auditfunctie valt onder de eindverantwoordelijkheid van het bestuur, nu in monistische bestuursmodellen de auditcommissie een commissie is belast met voorbereidende werkzaamheden voor het (voltallige) bestuur.

Indien binnen de vennootschap geen interne auditfunctie aanwezig is, heeft de raad van commissarissen vanuit haar toezichthoudende rol, en in het bijzonder de auditcommissie, een belangrijke taak bij de beoordeling of daar behoefte aan bestaat en moet daarover (uitgebreid) verantwoording afleggen in haar verslag. Dit uitgangspunt is (onder meer) neergelegd in de voorgestelde Bpb 1.3.6.

1.3.6 Ontbreken interne audit functie

Indien een interne audit functie ontbreekt, beziet de auditcommissie jaarlijks of behoefte bestaat aan een interne auditfunctie en beoordeelt of adequate alternatieve maatregelen zijn getroffen. De raad van commissarissen neemt, op voorstel van de auditcommissie, de conclusies alsmede eventuele aanbevelingen die daaruit voortkomen, op in het verslag van de raad van commissarissen.

Is het in het licht van de door de Monitoring Commissie en door ons hiervoor onderschreven bevoegdheidsverdeling tussen bestuur en raad van commissarissen op dit punt niet raadzaam aan voornoemde Bpb toe te voegen dat het uiteindelijk het bestuur is dat, met inachtneming van de aanbeveling van de raad van commissarissen, (verantwoordelijk is voor het) besluit of al dan niet een interne auditfunctie wordt ingesteld?

II. (Materiële) onregelmatigheden

De Monitoring Commissie is van mening dat de rol van de raad van commissarissen in de Code kan worden verduidelijkt ten aanzien van geconstateerde onregelmatigheden binnen de met de vennootschap verbonden onderneming. In het licht daarvan wordt de volgende Bpb toegevoegd aan de Code:

1.5.5 Toezicht op onregelmatigheden

De raad van commissarissen wordt onverwijld geïnformeerd door het bestuur en de externe accountant over materiële onregelmatigheden binnen de vennootschap, waaronder begrepen onregelmatigheden met betrekking tot de integriteit van de financiële verslaggeving. De raad van commissarissen houdt toezicht op proportioneel en onafhankelijk onderzoek naar de geconstateerde onregelmatigheden en een adequate opvolging van eventuele aanbevelingen tot herstelacties. Om de onafhankelijkheid van het onderzoek te borgen heeft de raad van commissarissen de mogelijkheid om zelf een onderzoek te initiëren naar geconstateerde onregelmatigheden en dit onderzoek aan te

sturen.

Ons is niet geheel duidelijk wat onder 'materiële' onregelmatigheden precies moet worden verstaan. Betekent dit dat niet alle onregelmatigheden aan de raad van commissarissen onverwijld behoeven te worden meegedeeld en, zo ja, waar ligt dan precies die grens?

III. Profielschets

De voorgestelde Bpb 2.1.1 luidt als volgt:

2.1.1 Profielschets

De raad van commissarissen stelt een profielschets op, rekening houdend met de aard en de activiteiten van de met de vennootschap verbonden onderneming. In de profielschets wordt ingegaan op:

- i. de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen;
- ii. de gewenste gemengde samenstelling van de raad van commissarissen, bedoeld in best practice bepaling 2.1.5;
- iii. de omvang van de raad van commissarissen; en
- iv. de onafhankelijkheid van de commissarissen.

De profielschets wordt algemeen verkrijgbaar gesteld en op de website van de vennootschap geplaatst.

Uit deze Bpb kan worden afgeleid dat alleen een profielschets behoeft te worden opgesteld voor de raad van commissarissen.

Daarbij willen wij het volgende meegeven ter overweging. De thematische indeling van de Code is onder meer ingegeven door de constatering van de Monitoring Commissie dat het toepassingsbereik van een aantal Bpb beperkt is tot commissarissen, terwijl de Monitoring Commissie van mening is dat een aantal van deze Bpb ook van waarde kan zijn voor een effectieve taakvervulling door bestuurders.⁵ De bepalingen omtrent diversiteit en deskundigheid zijn in de herziene Code zowel van toepassing op de raad van commissarissen als op het bestuur.

Onze vraag is dan ook waarom niet in voornoemde Bpb ook wordt opgenomen dat voor het bestuur een profielschets wordt opgesteld, daarbij tevens rekening houdend met de samenstelling van de executive committee. Een executive committee zou kunnen betekenen dat niet alle kunde en kennis binnen het bestuur aanwezig dient te zijn, zij het dat het bestuur gelet op haar wettelijke taak eindverantwoordelijk is en blijft, en deze niet kan opdragen aan niet-bestuurders. Het bestuur dient zodanig te zijn samengesteld dat het in staat is zijn taak naar behoren te vervullen, daarbij rekening houdend met de aard en complexiteit van de onderneming, en daarover verantwoording kan afleggen aan toezichthouders en kapitaalverschaffers. Dit is in overeenstemming met de algemene gedachte achter de herziening van de Code, namelijk dat ook aan de samenstelling en deskundigheid van het bestuur de nodige aandacht wordt besteed. Het opstellen van een profielschets kan hiervoor een belangrijke leidraad vormen.

⁵ Zie pagina 23 van het Consultatiedocument.

IV. Executive committee

De Monitoring Commissie stelt vast dat de executive committee in opkomst is. Een dergelijke commissie wordt niet alleen steeds vaker ingesteld bij beursvennootschappen, maar ook bij andere niet beursgenoteerde vennootschappen en andere rechtspersonen. Het instellen van een executive committee roept de nodige vragen op omtrent checks and balances binnen de vennootschap. De Monitoring Commissie constateert in dit verband onder meer dat de leden van de executive committee onder de directe verantwoordelijkheid van het bestuur vallen en daarmee in beginsel geen verantwoording verschuldigd zijn aan de raad van commissarissen. ‘Hierdoor kan de afstand tussen de raad van commissarissen en de bestuurslaag waar de (voorbereiding van de) besluitvorming van de vennootschap plaatsvindt, te groot worden om op een effectieve wijze toe te zien op het daadwerkelijke bestuur van de vennootschap’, aldus de Monitoring Commissie.

De Monitoring Commissie heeft met het oog op deze ontwikkeling de volgende Bpb opgesteld:

2.1.3 Executive committee

Een bestuur dat werkt met een *executive committee* houdt rekening met de *checks and balances* die onderdeel uitmaken van het *two tier* systeem. Dit betekent onder meer het waarborgen van deskundigheid en verantwoordelijkheden van het bestuur en een adequate informatievoorziening aan de raad van commissarissen. De raad van commissarissen houdt hier toezicht op en heeft daarbij specifiek aandacht voor de dynamiek tussen het bestuur en het *executive committee*.

In het bestuursverslag wordt verantwoording afgelegd over:

- i. de keuze voor het werken met een *executive committee*;
- ii. de rol, taak en samenstelling van het *executive committee*; en
- iii. de wijze waarop het contact tussen de raad van commissarissen en het *executive committee* is vormgegeven.

Wij kunnen ons vinden in het standpunt van de Monitoring Commissie dat geen blauwdruk bestaat noch kan worden vormgegeven voor de wijze waarop een vennootschap met een executive committee haar bestuursmodel inricht. Echter moet tegelijkertijd worden geconstateerd dat het instellen en de wijze waarop de executive committee functioneert de nodige risico's met zich meebrengt voor het (op adequate wijze) waarborgen van de checks and balances binnen een vennootschap. Niet alleen het toezicht van de raad van commissarissen op het (uitvoerend) bestuur kan onder druk komen te staan, ook kan een situatie ontstaan waarin niet-statutair bestuurders feitelijk belast worden met werkzaamheden die in beginsel alleen aan statutair bestuurders zijn voorbehouden.

Gezien deze risico's zouden wij ons kunnen voorstellen dat in voornoemde Bpb wordt toegevoegd dat de rol, taak en samenstelling van een executive committee tevens wordt vastgelegd in een reglement. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de Bpb omtrent commissies van de raad van commissarissen. Hiermee wordt niet getreden in de vrijheid van partijen bij de inrichting van de taakverdeling en de verhouding tussen statutair en niet-statutair bestuurders en het toezicht hierop van de raad van commissarissen. Zij worden dan slechts verplicht een en ander (toetsbaar) vast te leggen. Dit is met name ook relevant met het oog op risico's van bestuurdersaansprakelijkheid voor de leden van de executive committee die niet statutair bestuurder zijn vanwege feitelijk bestuurderschap of omdat zij op grond van artikel 2:151 BW worden aangemerkt als bestuurder doordat zij daden van bestuur verrichten. Veelal zal dat overigens aansluiten bij de al bestaande praktijk van ondernemingen met een executive committee.⁶ Bij het inrichten van een dergelijk reglement moet uiteraard binnen de wettelijke en statutaire grenzen worden gehandeld. Een

⁶ Ch.E. Honée, 'Het Executive Committee, haken en ogen aan een nieuwe trend', *Ondernemingsrecht* 2014-23.

aandachtspunt daarbij is dat de bestuurstaak weliswaar kan worden beperkt, maar naar zijn aard niet aan anderen kan worden opgedragen. Voor zover in het reglement zou worden opgenomen dat besluiten van de executive committee gelden als een bestuursbesluit, zou dat dan tenminste een positieve stem van de vereiste meerderheid van de statutaire bestuurders voor het nemen van een rechtsgeldig bestuursbesluit vereisen. Om dezelfde reden dient een quorumvereiste te worden opgenomen waaruit volgt dat tenminste een bestuurder aanwezig is om een rechtsgeldig besluit te kunnen nemen als executive committee.⁷ Aan dergelijke wettelijke grenzen zou bij de formulering van de Bpb ten aanzien van het vastleggen van een reglement eventueel nog aandacht kunnen worden besteed.

Daarnaast zou wellicht iets concreter kunnen worden bepaald op welke wijze een adequate informatievoorziening aan de raad van commissarissen tot stand kan worden gebracht dan wel wat onder een adequate informatievoorziening aan de raad van commissarissen in de zin van voornoemde Bpb wordt verstaan. Toegevoegd zou bijvoorbeeld kunnen worden dat het bestuur de raad van commissarissen minimaal eenmaal per jaar informeert over taak, werkwijze en functioneren van de executive committee. In het geval besluiten van de executive committee worden aangemerkt als bestuursbesluiten (en misschien ook wel in andere gevallen) zou zelfs nog een verdergaande informatieplicht gerechtvaardigd zijn.

Met bovenstaande toevoegingen wordt iets meer richting gegeven aan de wijze waarop met (het toezicht op) de executive committee moet worden omgegaan en wat (minimale) verantwoordelijkheden van verschillende betrokken partijen zijn ter zake. Dit is ook van belang met het oog op het feit dat deze ontwikkeling zich niet alleen bij beursvennootschappen voordoet, maar bij verschillende rechtspersonen. Ook bij zorginstellingen wordt geworsteld met soortgelijke vraagstukken. Met het oog op bijvoorbeeld de aankomende herijking van de Zorgbrede Governance Code kan de Monitoring Commissie enige handvatten bieden over wat op dit gebied als best practice kan worden aangemerkt.

V. Zelfevaluatie

De herziening van de Bpb inzake de evaluatie van het functioneren van zowel de raad van commissarissen als het bestuur ziet er als volgt uit:

2.2.6 Evaluatie raad van commissarissen

De raad van commissarissen evalueert ten minste eenmaal per jaar buiten aanwezigheid van het bestuur zijn eigen functioneren, het functioneren van de afzonderlijke commissies van de raad en dat van de individuele commissarissen, en bespreekt de conclusies die aan de evaluatie worden verbonden. Hierbij wordt aandacht besteed aan:

- i. inhoudelijke aspecten, het proces, de onderlinge interactie en de interactie met het bestuur;
- ii. zaken die zich in de praktijk hebben voorgedaan waaruit lessen kunnen worden getrokken; en
- iii. het gewenste profiel en de samenstelling en competenties van de raad van commissarissen.

2.2.7 Evaluatie bestuur

De raad van commissarissen evalueert ten minste eenmaal per jaar buiten aanwezigheid van het bestuur zowel het functioneren van het bestuur als collectief als dat van de individuele bestuurders en bespreekt de conclusies die aan de evaluatie worden verbonden, zulks mede in het licht van opvolging van bestuurders. Ook het bestuur evalueert ten minste eenmaal per jaar zijn eigen functioneren als collectief en dat van de individuele bestuurders.

⁷ Zie ook Honée 2014.

2.2.8 Verantwoording evaluatie

Het verslag van de raad van commissarissen vermeldt:

- i. op welke wijze de evaluatie van de raad van commissarissen, de afzonderlijke commissies en de individuele commissarissen heeft plaatsgevonden;
- ii. op welke wijze de evaluatie van het bestuur en de individuele bestuurders heeft plaatsgevonden; en
- iii. wat er is of wordt gedaan met de conclusies van de evaluaties.

In eerdere rapporten van en voor de Monitoring Commissie inzake het functioneren van raden van commissarissen is geconstateerd dat verscheidene raden van commissarissen eens in de zoveel jaar de zelfevaluatie uitvoeren met behulp van een onafhankelijke adviseur. Commissarissen hebben in dat verband aangegeven dat een dergelijke evaluatie met behulp van een onafhankelijke adviseur tot waardevolle inzichten leidt en toegevoegde waarde heeft naast de zelfevaluatie die jaarlijks plaatsvindt.⁸ Ook de UK Corporate Governance Code en de Nederlandse Corporate Governance Code voor Banken schrijven een dergelijke best practice voor.

De vraag is of dit ook niet raadzaam is voor zowel het bestuur als de raad van commissarissen van Nederlandse beursvennootschappen. Gezien de aandacht die er in de herziene Code uitgaat naar een open cultuur binnen zowel bestuur als raad van commissarissen lijkt het voorschrijven van een evaluatie met behulp van een onafhankelijke adviseur bijvoorbeeld eenmaal in de drie jaar aanbevelenswaardig.

Daarbij zou ervoor kunnen worden gekozen een uitzondering op te nemen voor de kleinere lokale fondsen, indien en voor zover een dergelijke evaluatie een te grote (administratieve/financiële) belasting oplevert.

VI. Commissie 'stresssituaties'

De Monitoring Commissie geeft aan deze consultatieronde ook te gebruiken om te peilen of het wenselijk wordt geacht om de gevallen waarin het bestuur en de raad van commissarissen een speciale commissie kunnen instellen van overnamesituaties uit te breiden tot stresssituaties in het algemeen.

Zonder dat wij hier een heel uitgesproken oordeel over willen vellen, willen wij ter overweging meegeven dat een dergelijke Bpb terecht de extra verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen in stresssituaties onderstreept, maar daarnaast ook een risico met zich meebrengt. Dit risico is naar onze mening gelegen in het feit dat wanneer het instellen van een dergelijke commissie nadrukkelijk als best practice wordt voorgeschreven, dit onbedoeld gevolgen kan hebben voor oordelen (achteraf) over de (behoorlijkheid van de) taakuitoefening van zowel bestuur als raad van commissarissen. Daarbij is het de vraag of dit een wenselijke ontwikkeling is, omdat dit kan leiden tot oordeelsvorming niet in de eerste plaats gebaseerd op een inhoudelijke beoordeling van de inspanningen van bestuur en raad van commissarissen, maar op een procedurele benadering, namelijk de vraag of al dan niet een dergelijke commissie is ingesteld en of dit al dan niet had moeten (wanneer is bijvoorbeeld sprake van een stresssituatie?).

Op dit moment kan bovendien een dergelijke commissie ook wel worden ingesteld, indien de situatie naar de mening van het bestuur of de raad van commissarissen daarom vraagt. Bij kleinere vennootschappen zal dit bijvoorbeeld niet vaak noodzakelijk zijn, gezien de kleinere omvang van

⁸ Zie bijvoorbeeld het rapport over boekjaar 2010, 'Evaluatieverplichting van de RvC', p. 106 e.v.

bestuur en de raad van commissarissen. Het instellen van een dergelijke commissie zal hun daad- en/of slagkracht in een dergelijke situatie niet vergroten.

VII. Responstijd

De bepaling van de responstijd van het bestuur die kan worden ingeroepen wanneer een of meer aandeelhouders het voornemen hebben de agendering te verzoeken van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap komt er in de herziene Code als volgt uit te zien:

4.1.8 Responstijd

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, wordt het bestuur in de gelegenheid gesteld een redelijke termijn in te roepen om hierop te reageren (de responstijd). 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.

De meest in het oog springende wijziging is wat ons betreft de beperking van het aantal gevallen waarin het bestuur volgens de Code een responstijd jegens de aandeelhouder(s) mag inroepen. In de herziene Bpb wordt toegevoegd dat onder 'wijziging van de strategie van de vennootschap' wordt verstaan besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze besluiten zijn ingevolge art. 2:107a BW onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering.

Wij hebben sterke twijfels of deze voorgestelde wijziging niet leidt tot ongewenste gevolgen en of zij wel voldoende recht doet aan de huidige (wettelijke) verhoudingen/bevoegdheidsverdeling tussen bestuur en aandeelhouders(vergadering). Door de koppeling met artikel 2:107a BW is de mogelijkheid om een responstijd in te roepen in de eerste plaats beperkt tot kwesties aangaande *bestuursbesluiten* (als bedoeld in artikel 2:107a BW) en dus niet zuivere aandeelhoudersbesluiten die ook kunnen leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap, zoals het ontslag van een bestuurder. Momenteel wordt het voorgenomen ontslag van een bestuurder door de Code 2008 nog uitdrukkelijk benoemd als een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap.⁹ Volgens de voorgestelde uitleg van 'wijziging van de strategie van de

⁹ Zie voor toepassing van deze Bpb in de rechtspraak bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 6 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2836 (Cryo-Save Group/Salveo Holding). De ingeroepen responstijd diende volgens de OK te worden gerespecteerd en de OK overweegt voorts dat de Bpb niet in strijd is

vennootschap' zou in reactie op een dergelijk voorgenomen besluit niet meer de responstijd kunnen worden ingeroepen. Daar komt nog bij de beperkte interpretatie die de Hoge Raad inzake ABN Amro en de verkoop van dochteronderneming LaSalle aan art. 2:107a BW heeft gegeven.¹⁰ Daarin overweegt de HR onder meer dat bij toepasselijkheid van art. 2:107a BW geen ruimte bestaat voor een analoge uitleg of een goedkeuringsbevoegdheid op grond van art. 2:8 BW.

De LaSalle-transactie betrof echter niettemin een transactie met belangrijke gevolgen voor ABN Amro in dit geval die vanwege het balanstotaal van ABN Amro niet onder het bereik van art. 2:107a BW viel. Een dergelijk besluit zou bij andere vennootschappen materieel gezien wel als ingrijpend besluit als bedoeld in art. 2:107a BW hebben gekwalificeerd. Kortom, een zekere mate van willekeur dus. Zou de herziene Bpb 4.1.8 inzake de responstijd zoals hiervoor omschreven reeds in werking zijn getreden, dan zou het bestuur in deze casus volgens de Code geen responstijd hebben mogen invoeren. De vraag is of dit, met het oog op de checks and balances binnen de vennootschap en de belangen van overige stakeholders, als wenselijk moet worden aangemerkt. Naar onze mening is dit een te beperkte interpretatie van 'de wijziging van de strategie' zoals opgenomen in de Bpb.

SLOTOPMERKING

De herziene Code 2008 vormt naar onze mening een goede weergave van de moderne inzichten van corporate governance en sluit goed aan bij de ontwikkelingen in onze samenleving. De Corporate Governance Code vormt bij wijze van spreken de 'moeder aller codes' en de voorgestelde wijzigingen zullen dan ook zeker invloed hebben op de inhoud en samenstelling van andere governance codes, zoals de Zorgbrede Governance Code. Wij zijn dan ook erg benieuwd naar de resultaten van deze consultatieronde en de uiteindelijke inhoud van de Code. Wij danken u zeer voor alle inspanningen tot op heden.

Met vriendelijke groet,

M. Poelsema
Th.A. Ritsema
J.J.D. de Leur
J. Biesheuvel-Hoitinga

met het vergader- en agenderingsrecht zoals dat volgt uit Boek 2 BW, dan wel de statuten van Cryo-Save.

¹⁰ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972.