

Monitoring Commissie Corporate Governance Code

per email: secretariaat@mccg.nl

Uw kenmerk :

Ons kenmerk : 0/193938/7

Datum : 15 februari 2016

Betreft: **Reactie op consultatiedocument: Voorstel voor herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code**

Geachte leden van de Commissie,

Om te beginnen spreken wij graag onze waardering uit voor het door u voorgelegde herzieningsvoorstel. De gekozen leidende thema's, de nieuwe thematische indeling van de Code, de heldere opzet van de principes en best practice bepalingen en het schrappen van overbodige bepalingen zullen naar onze mening de toegankelijkheid en hanteerbaarheid van de Code verbeteren.

Een tweetal punten in het consultatiedocument geeft ons aanleiding tot de volgende reactie:

1. Best practice bepalingen 2.1.6 en 2.1.7: onafhankelijkheid van commissarissen

Met de nieuwe bpp 2.1.7 wordt beoogd dat er meerdere commissarissen kunnen zijn die, alhoewel in het bezit van een groot aandelenpakket, toch als onafhankelijk kwalificeren. In de toelichting wordt gesteld dat dit voortvloeit uit de gedachte dat lange termijn waardecreatie gebaat is met een betrokken aandeelhouder en dat de belangen van een commissaris met een aandelenbezit van meer dan tien procent in grote mate gelijk lopen met die van de vennootschap.

Wij zijn dit met de Commissie eens maar zijn van mening dat dit, op dezelfde gronden, ook geldt voor een commissaris als bedoeld in bpp 2.1.6 sub (v), te weten een commissaris die bestuurder, commissaris of anderszins vertegenwoordiger is van een rechtspersoon (anders dan een groepsmaatschappij) die ten minste tien procent van de aandelen in de vennootschap houdt. Het gaat hier om commissarissen die – onverlet hun wettelijke taakstelling (art. 2:140 BW) om zich op het belang van de vennootschap en haar onderneming te richten – een speciale band hebben met een grootaandeelhouder. Deze situatie doet zich regelmatig voor in de praktijk, zowel op de korte tot middellange termijn na een beursgang als bij uitgevende instellingen die op meer permanente basis streven naar de betrokkenheid van een of meer (al dan niet samenwerkende) grootaandeelhouders.

Er zijn natuurlijk gevallen denkbaar waarin een belangentegenstelling kan optreden tussen een grootaandeelhouder en de andere, kleinere aandeelhouders. Echter, indien voor een commissaris die persoonlijk grootaandeelhouder is in het algemeen wordt geconstateerd dat dit een betrokken aandeelhouder is, die de lange termijn waardecreatie zal baten en dat zijn of haar belangen in grote mate gelijk lopen met die van de vennootschap, dan kan naar onze mening hetzelfde worden betoogd voor de commissaris die vertegenwoordiger is van een rechtspersoon/grootaandeelhouder.

Wij zouden er daarom voor willen pleiten om bpp 2.1.6 sub (v) op die plaats te schrappen en deze bepaling te verwerken in bpp 2.1.7, zodat deze beide typen commissaris hetzelfde worden behandeld. Ons voorstel laat de bescherming van de slotzin van bpp 2.1.7 onverlet, te weten dat het aantal commissarissen die afhankelijk zijn (onder bpp 2.1.6 en/of 2.1.7 (de slotzin spreekt, naar wij aannemen per abuis, van “en” i.p.v. “en/of”)) tezamen minder dan de helft van het totaal aantal commissarissen vormt.

2. Best practice bepaling 4.1.8: responstijd

Krachtens bpp 4.1.8 heeft het bestuur van de vennootschap de gelegenheid om een responstijd in te roepen, 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.

De Commissie heeft (onder meer) als wijziging ten opzichte van de huidige Codebepaling voorgesteld te verduidelijken wat onder ‘wijziging van de strategie van de vennootschap’ moet worden verstaan. In bpp 4.1.8 is toegevoegd dat hieronder wordt verstaan – naar wij begrijpen is dit limitatief bedoeld – de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap en haar onderneming, die ingevolge art. 2:107a BW zijn onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering. De Commissie is van mening dat deze verduidelijking aansluit bij de huidige praktijk.

Naar onze mening is dit echter niet het geval en betekent deze invulling van het begrip ‘wijziging van de strategie’ een belangrijke inperking van de mogelijkheid voor het bestuur om een responstijd in te roepen. Al is de ‘verandering van identiteit of karakter’ in art. 2:107a BW een open norm, de heersende opvatting is toch dat deze (zeer) limitatief moet worden uitgelegd. Wij verwijzen hiervoor onder meer naar het arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO inzake LaSalle). Naar onze mening zal er in de meeste gevallen in de praktijk sprake zijn van situaties waarin aandeelhouders aandringen op een wijziging van de strategie, die echter niet zal betekenen dat er sprake zal zijn van een ‘verandering van identiteit of karakter’ van de vennootschap. Wij verwachten dan ook dat het instrument van de responstijd, met deze invulling van ‘wijziging van strategie’, op uitzonderingsgevallen na een loos instrument zal worden voor de praktijk.

Hier komt nog bij dat het bij de responstijd gaat om initiatieven van aandeelhouders, terwijl het bij art. 2:107a BW gaat om initiatieven van het bestuur.

Wij stellen daarom voor de tweede zin van bpp 4.1.8 te schrappen en het aan de specifieke omstandigheden van het geval – en waar nodig de rechter – over te laten wanneer er sprake is van een ‘wijziging van de strategie’.

Wij danken u voor de aan onze reactie te besteden aandacht en wensen u succes met het verdere traject van herziening van de Code.

Hoogachtend,

voor Rutgers & Posch,

Matthijs van den Broek
Robert ten Have
Lennaert Posch
Hendrik Jan Schimmel
Bas Visée