

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

**Consultatie van de Monitoring Commissie Corporate Governance voor een Herziening
Nederlandse Corporate Governance Code**

1. ALGEMEEN

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: de "GCV") heeft kennisgenomen van de in februari 2016 gepubliceerde Consultatie van de Monitoring Commissie Corporate Governance voor een Herziening Nederlandse Corporate Governance Code (hierna: het "Voorstel"). De GCV juicht het toe dat de Monitoring Commissie met een dergelijk voorstel komt voor een herziening van de Code. De huidige versie dateert van 2008 en er zijn sinds die tijd op het vlak van corporate governance de nodige ontwikkelingen geweest waarop de Code nog niet was aangepast. De GCV onderschrijft ook de opvatting dat de Code een levend document is, en dat die daarom als regel eens in de drie jaar geëvalueerd zou moeten worden om te bezien of verdere aanpassing noodzakelijk is.

Ook inhoudelijk kan de GCV zich in grote lijnen vinden in de voorgestelde aanpassingen. Het zou voor de GCV niet nodig zijn om de Code een geheel nieuwe indeling en opzet te geven. De praktijk is in de afgelopen jaren immers gewend geraakt aan de huidige opzet. Bovendien heeft een benadering die inzet op een behandeling aan de hand van actuele thema's naar de mening van de GCV juist het risico dat de Code sneller "verouderd" zal zijn. Desalniettemin is het naar de mening van de GCV een goed Voorstel om te komen tot een aangepaste tekst van de Code en die klaar te maken voor de volgende drie jaar. Op onderdelen heeft de Monitoring Commissie echter een aantal kanttekeningen die hierna uiteen worden gezet.

2. KANTTEKENINGEN BIJ HET VOORSTEL

Verhouding van de Code tot de Wet

De Monitoring Commissie merkt op dat waar overlap of strijdigheid is met wet- en regelgeving principes en best practice bepalingen geheel of gedeeltelijk zijn geschrapt. De GCV stelt echter vast dat het Voorstel daarin niet consistent is. Er zijn nog diverse onderwerpen waar een nationale of Europeesrechtelijke regeling over bestaat dan wel gaat komen, waar de Code ook best practice bepalingen over bevat

die daarmee al dan niet in lijn zijn. Voorbeelden daarvan zijn de onderwerpen diversiteit, de rol van de audit commissie en verantwoording over niet-financiële onderwerpen zoals mensenrechten en bestrijding van corruptie. De GCV onderschrijft de benadering dat de Code geen regelingen dient te bevatten waarin al is voorzien in wet- en regelgeving, maar is van oordeel dat die lijn dan ook consequent moet worden doorgetrokken door de gehele Code. De GCV adviseert dan ook om de desbetreffende bepalingen alsnog uit het Voorstel te schrappen. Voor het geval de Monitoring Commissie zou besluiten deze punten toch in de Code te houden, zou de GCV suggereren dat uitgelegd wordt waarom ervoor gekozen wordt om van de geldende Nederlandse of Europeesrechtelijke regeling af te wijken of om deze aan te vullen. De GCV meent dat in dat geval duidelijk gemaakt zou moeten worden in welk opzicht de Monitoring Commissie meent dat dit betere governance zou opleveren die opgevat moet worden als breed gedragen algemene opvattingen boven de zo recent op democratische wijze tot stand gekomen regelgeving op deze onderwerpen.

Daarnaast is het naar de mening van de GCV van belang dat ter afbakening van die wet- en regelgeving nadrukkelijk het zelfregulerende karakter van de Code voorop blijft staan. De Code is in de ogen van de GCV bedoeld om een dialoog te faciliteren tussen bestuur, RvC en aandeelhouders. Dat wordt zowel in de tekst van de huidige Code benadrukt (zie punt 4 van de preambule), als in de tekst van het Voorstel (p. 56). In de praktijk moet echter worden geconstateerd dat de Code in de afgelopen jaren steeds verder is gejuridiseerd. In plaats van dat het een basis is voor discussie en een referentiepunt voor "good governance" in dat kader, ligt het gevaar van een meer formalistische "afvink"-benadering in de praktijk vaak op de loer. Daaraan draagt bij dat de juridische status van de Code en van de best practice bepalingen uit de Code onduidelijk is. Naar de mening van de GCV doet dit afbreuk aan de kracht en het karakter van de Code. Die zou moeten stimuleren om lastige kwesties op te lossen "binnen de governance van de onderneming", en niet zozeer in de rechtszaal.

Te zeggen dat de Code een "aanvulling of verduidelijking voor overheidsregulering" is (p. 55), is naar het oordeel van de GCV dan ook niet het juiste uitgangspunt. De GCV adviseert om in de preambule van de Code juist te benadrukken dat de Code niet bedoeld is een juridisch document te zijn, maar een document dat een basis moet bieden voor dialoog om zodoende tot de meest passende toepassing van de bepalingen uit de Code te komen.

Lange termijn waardecreatie

De GCV kan zich vinden in het belang dat de Monitoring Commissie hecht aan lange termijn waardecreatie als doel voor de onderneming. Dit is een disciplinerend perspectief dat in zijn algemeenheid recht doet aan de belangen van de diverse stakeholders die bij een onderneming zijn betrokken. Dit perspectief is echter algemeen van aard, en zal door het bestuur onder toezicht van de RvC nader moeten worden uitgewerkt. Het bestuur zal dat moeten doen aan de hand van de specifieke positie die de onderneming inneemt, de marktomstandigheden, de eventuele bijzondere uitdagingen waar de onderneming voor staat, de fase waarin de onderneming zich bevindt, de positie en het belang van de diverse betrokken stakeholders, en het gewicht dat daaraan naar het oordeel van het bestuur dient te worden toegekend. Lange termijn waardecreatie is in die zin geen "one size fits all"-oplossing maar veel meer een referentiepunt en een benchmark voor een gezonde en effectieve strategie. Dit komt in de tekst van het Voorstel naar de mening van de GCV nog onvoldoende tot uitdrukking. De GCV adviseert om dit nadrukkelijk in de preambule te verwoorden.

Verder acht de GCV de definitie die de Monitoring Commissie hanteert van het begrip "stakeholder" te ruim en te weinig flexibel. Wanneer stakeholder wordt gedefinieerd als "groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed" (pag. 7), dan is dat een zodanig ruim begrip dat het in de praktijk weinig richting geeft en bovendien onvoldoende recht doet aan de verantwoordelijkheid van het bestuur en de RvC om vast te stellen wie de stakeholders van de onderneming zijn en welk gewicht er aan hun belang dient te worden toegekend. De GCV adviseert daarom om deze definitie te schrappen, dan wel om deze te vervangen door "een ieder die een dusdanige invloed heeft op de vennootschap of daardoor dusdanig wordt beïnvloed dat diens belang naar het oordeel van het bestuur, onder toezicht van de RvC, in de belangenafweging dient te worden betrokken". In lijn hiermee adviseert de GCV de tekst van het voorgestelde 1.1.1 (vi) te vervangen door: "de afweging van de belangen van de relevante stakeholders".

Forward looking statement

De GCV heeft zorgen over de voorgestelde uitbreiding van de in control statement. In Bepaling 1.4.2 zou daaraan volgens het Voorstel toegevoegd moeten worden de verklaring dat de continuïteit naar verwachting voor de komende twaalf maanden gewaarborgd is. De GCV verwacht dat een dergelijke best practice bepaling zal bijdragen aan verdere juridisering van bedrijfsprocessen en bovendien tot een grotere mate van risico-aversie bij bestuurders uit vrees voor aansprakelijkheden. Het kan daarmee ook gemakkelijk leiden tot additionele kosten. Het is de vraag of tegenover deze nadelen voldoende meerwaarde uitgaat van een dergelijke best practice bepaling. Er bestaan reeds waarborgen voor continuïteit voor aandeelhouders en stakeholders, met name in de vorm van de goedkeurende verklaring van de accountant, en bovendien vloeit dit al voort uit de jaarrekeningrichtlijn. Bovendien is er een risico dat de verklaring van het bestuur een zekere schijnzekerheid oproept. Het bestuur kan de verklaring vanzelfsprekend niet anders afleggen dan op basis van de alsdan beschikbare informatie, maar er is geen enkele zekerheid dat de omstandigheden daarna niet dusdanig veranderen dat de onderneming toch in financiële moeilijkheden terecht komt. Alles overwegende adviseert de GCV dit onderdeel van het Voorstel te schrappen.

Auditcommissie vs. RvC

De verhouding tussen de auditcommissie en de RvC is in het Voorstel niet steeds duidelijk. Zo dient volgens Bepaling 1.5.5 de RvC door de accountant geïnformeerd te worden over onregelmatigheden, terwijl volgens Bepaling 1.7.5 de auditcommissie het eerste aanspreekpunt is voor de accountant. De GCV adviseert hier duidelijke guidance te geven in de Code.

Executive committee

De GCV kan zich vinden in de benadering in het Voorstel van de executive committee (Bepaling 2.1.3). Deze getuigt van realiteitszin doordat die niet een bepaald stramien voorschrijft, maar juist recht doet aan het feit dat deze figuur in de praktijk nog in ontwikkeling is en in verschillende vormen voorkomt. Terugkerend thema daarbij is echter de juridische verhouding tussen de positie van dit committee en de statutaire bestuurders die de uiteindelijke verantwoordelijkheid formeel dragen. De GCV adviseert daarom te bepalen dat de RvC niet alleen aandacht dient te hebben voor de dynamiek tussen bestuur en het executive committee maar ook voor de verhouding tussen deze beide gremia.

De samenstelling van de RvC

In Bepaling 2.1.4 wordt voorgesteld op te nemen dat de RvC voortaan minimaal één commissaris dient te hebben die beschikt over specifieke deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe business modellen. De GCV plaatst hier twee kanttekeningen bij. Ten eerste lijkt de formulering te suggereren dat de beide expertises in één persoon verenigd dienen te zijn. Naar de GCV aanneemt is dat niet bedoeld, en zou dit verduidelijkt dienen te worden. Ten tweede, meer principieel, zijn deze gebieden ook naar de mening van de GCV voor veel ondernemingen van groot belang en is het raadzaam ervoor te zorgen dat die expertises dan ook in de RvC vertegenwoordigd zijn. Het gaat de GCV echter te ver om dat als algemene best practice regel voor te schrijven. Er zijn immers ook andere gebieden die als zodanig zouden kunnen worden aangemerkt, en bovendien zijn de profielen van ondernemingen in de praktijk zo verschillend dat het lastig is op voorhand voor te schrijven welke expertises in de RvC vertegenwoordigd dienen te zijn. Beter is het, om een best practice bepaling op te nemen dat er aandacht aan wordt besteed de samenstelling van de RvC zo goed mogelijk te laten aansluiten op het profiel van de onderneming, en ervoor te zorgen dat als dat profiel wijzigt of als de onderneming in een transitiefase terecht komt, wordt onderzocht of de samenstelling als gevolg daarvan aanpassing behoeft.

Onafhankelijkheid commissarissen

De GCV kan zich goed vinden in de voorgestelde aanpassing in Bepaling 2.1.6 en 2.1.7 waarbij commissarissen met een aandelenbezit van ten minste 10% in de vennootschap niet langer als niet-onafhankelijk worden aangemerkt, resp. dat minder dan de helft van de RvC-leden mag bestaan uit dergelijke commissarissen. De GCV onderschrijft dat groot-aandeelhouders als regel gericht zijn op lange termijn waardecreatie en dat als een commissaris zelf een dergelijke groot-aandeelhouder is, de onderneming daarbij gebaat zal zijn. De commissaris is dan immers zelf direct betrokken en er is een sterke mate van "alignment". Wel plaatst de GCV de kanttekening dat afhankelijk van de exacte constellatie, en de grootte van het desbetreffende aandelenbelang, commissarissen die tevens de rol van groot-aandeelhouder hebben in de dynamiek van de RvC gezien hun achtergrond een zwaar stempel kunnen drukken op de besluitvorming. Dat doet aan het voorgaande op zichzelf geen afbreuk, maar verdient naar de mening van de GCV wel bijzondere aandacht, bijvoorbeeld in de preambule.

Hoe dat ook zij, de GCV meent dat in ieder geval hetzelfde geldt voor *vertegenwoordigers* van dergelijke groot-aandeelhouders. Ook zij zullen vanwege hun rol bij die groot-aandeelhouder gericht zijn op diezelfde lange termijn waardecreatie en ook voor hen geldt daarom dat er een sterke mate van alignment is met het belang van de onderneming. Om die reden adviseert de GCV om 2.1.6 (v) onder de reikwijdte te brengen van 2.1.7.

Verder adviseert de GCV een onduidelijkheid op te heffen die reeds besloten ligt in de huidige tekst van de onafhankelijkheidscriteria. Wanneer een commissaris voorziet in het bestuur vanwege belet en ontstentenis van bestuurders, dan heeft hij tijdelijk te gelden als niet-onafhankelijk (2.1.6 (vi)). Voor een periode van twaalf maanden nadat hij dat heeft gedaan, moet worden aangenomen dat hij onvoldoende afstand heeft tot het bestuur van de onderneming om als onafhankelijk te worden aangemerkt. Na die periode mag worden aangenomen dat hij die afstand inmiddels weer heeft en kan hij wederom als onafhankelijk worden aangemerkt. Dit lijkt de GCV een juiste en adequate benadering die aansluit bij hoe een dergelijk proces in de praktijk verloopt. Wanneer een commissaris voorheen werknemer of

bestuurder is geweest van de onderneming of een zakelijke relatie heeft gehad met de onderneming, dan wordt echter ten onrechte een andere benadering gekozen. Heeft de commissaris deze relatie gehad 5 resp. 1 jaar voorafgaand aan de benoeming, dan brengt de letterlijke tekst van de Code met zich dat hij daarmee permanent als niet-onafhankelijk heeft te gelden (2.1.6 (i) en (iii)). Bij het adviseurschap doet zich daarbij nog de onlogische omstandigheid voor dat wanneer de commissaris adviseur wordt 1 jaar *na* diens benoeming, dit zijn onafhankelijkheid - wederom volgens de letterlijke tekst van de Code - niet aantast. Beter is het daarom om bij de formulering van deze onafhankelijkheidscriteria dezelfde benadering te kiezen als bij 2.1.6 (vi), bijvoorbeeld door te bepalen:

- i. is gedurende de voorgaande vijf jaar werknemer of bestuurder (...)
- iii. heeft gedurende het voorgaande jaar een belangrijke zakelijke relatie (...)

Benoemingstermijn commissarissen

De GCV is er niet van overtuigd dat de huidige best practice regel dat commissarissen maximaal in totaal 12 jaar zitting kunnen hebben in de praktijk tot problemen leidt, resp. dat het voor de praktijk beter zou zijn om die termijn te verkorten tot 8 jaar zoals de Monitoring Commissie voorstelt (in 2.2.2). De GCV adviseert daarom de huidige best practice bepaling daarover te handhaven. Wel kan zij zich voorstellen dat de Monitoring Commissie daar nader onderzoek naar doet. Mocht daaruit blijken dat er reden is voor aanpassing, dan kan daar alsdan toe worden overgegaan.

Responstijd

Het Voorstel beoogt de bepalingen over de responstijd te verduidelijken. In die ambitie kan de GCV zich vinden. Het voorgestelde nieuwe 4.1.8 is echter geen verduidelijking. In de nieuwe bepaling is er van de huidige best practice regel weinig meer over. Die is in 2008 opgenomen om tot uitdrukking te brengen dat voorstellen van aandeelhouders die belangrijke strategische wijzigingen nastreven tijd vergen voor bezinning en dialoog. Dat is nog onverminderd het geval. De bepaling dient daarom dezelfde reikwijdte te hebben als de huidige tekst (inclusief wijziging van strategie en ontslag van één of meer bestuurders of commissarissen).

Eigen visie bestuurder op beloning

De GCV ziet de toegevoegde waarde niet van de bepaling dat de bestuurder een eigen visie op diens beloning moet verstrekken aan de remuneratiecommissie (3.2.2). Naar de mening van de GCV is de RvC verantwoordelijk voor die beloning en als daarover verantwoording dient te worden afgelegd, is het dan ook de RvC die dat dient te doen.

Cultuur

Ook naar de mening van de GCV is cultuur een belangrijke factor voor het waarborgen van good governance. Tegelijkertijd is het als "soft factor" ook lastig grijpbaar en sterk afhankelijk van de bijzondere situatie en positie waarin een onderneming zich bevindt, diens historie, het functioneren van diens organisatie en gremia, etc. De bepaling over cultuur in het Voorstel (2.5) doet hieraan naar de mening van de GCV onvoldoende recht. Die probeert teveel te regelen wat juist lastig te regelen is. Daardoor bestaat het risico dat het leidt tot formalisering van iets dat juist "soft" moet blijven om effectief te zijn. Het is naar het oordeel van de GCV belangrijker om als best practice te beschrijven dat er binnen bestuur

en RvC afdoende aandacht is voor cultuur, hoe dat de onderneming raakt en hoe hiermee goed governance kan worden gewaarborgd op een manier die werkt voor de desbetreffende onderneming, dan om te proberen die manier in de Code al te formuleren.

De governance van overnames

De GCV kan zich vinden in het voorstel om een apart principe te wijden aan overnamesituaties (2.7). Een overname zet de onderneming en haar governance in de praktijk vaak dusdanig op scherp, dat het bijzondere aandacht in de Code rechtvaardigt. Dit geldt overigens ook voor andere situaties zoals een herstructurering, maar de GCV ziet er geen bezwaar in om de specifieke situatie van een overname uit te lichten om daarover enkele bijzondere best practice bepalingen te formuleren.

De bepaling over de speciale commissie (2.7.4 en 2.7.5) sluit aan bij de praktijk. Bij de formulering over de samenstelling van de commissie plaatst de GCV echter een kanttekening. Niet valt in te zien waarom het een best practice zou moeten zijn dat in die speciale commissie steeds naast commissarissen ook bestuurders zitting zouden moeten hebben. De GCV meent dat het aan ondernemingen zelf overgelaten dient te worden welke samenstelling voor die onderneming en voor die situatie het best werkt. Heel wel denkbaar is dat er omstandigheden zijn waaronder een RvC er voor kiest een speciale commissie samen te stellen die weliswaar nauw contact onderhoudt met het bestuur, maar waarin formeel slechts commissarissen zitting hebben. Ook valt niet in te zien waarom het best practice zou zijn dat de voorzitter van de RvC ook steeds voorzitter is van de speciale commissie. Het is heel wel denkbaar dat er situaties zijn dat het beter werkt als de voorzitter van de RvC juist geen zitting heeft in de speciale commissie. Ook daar dient naar de mening van de GCV de onderneming de ruimte te worden gelaten om dat zelf te bepalen naar gelang de situatie.

Verder meent de Gecombineerde Commissie dat de situatie waarop 2.7.3 van het Voorstel ziet te weinig specifiek is om een afzonderlijke bepaling in de Code te rechtvaardigen.

3. SLOT

De GCV juicht de actualisering van de Code toe die de Monitoring Commissie nastreeft met het Voorstel. De GCV heeft daaraan een bijdrage willen leveren door op een aantal punten uit dat Voorstel in te gaan en adviezen te geven over hoe de tekst daarvan nog verder versterkt kan worden.