



Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen

Aan de voorzitter, Prof. dr. J.A. van Manen,
en de overige leden, van de Monitoring Commissie

Datum 28 september 2016

VEUO
E secretariaat@veuo.nl
T 020 577 1010

Onze ref. M26233931/1/10712704

Betreft: Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards

Zeer geachte heer Van Manen, zeer geachte leden van de Monitoring Commissie,

Hierbij ontvangt u namens de VEUO (de vereniging van in Nederland beursgenoteerde ondernemingen) de reactie op het door u op 3 augustus jl. gepubliceerde Consultatiedocument inzake een voorstel voor de toepassing van de Corporate Governance Code (de "**Code**") door vennootschappen met een one tier board.

Allereerst wenst de VEUO de Monitoring Commissie te danken voor het door haar verrichte werk. De VEUO waardeert ten zeerste de insteek van het voorstel. Daarbij heeft de Commissie zich met name gericht op het bieden van een leidraad, voor toepassing van de Code, aan vennootschappen met een one tier board. De wet en de huidige Code bieden reeds handvatten voor de inrichting van een one tier board en deze laten de nodige ruimte en flexibiliteit aan vennootschappen om daar zelf een nadere invulling aan te geven. Die flexibiliteit is voor de praktijk zeer nuttig, omdat het ondernemingen de mogelijkheid biedt hun bestuursstructuur naar eigen wens in te richten.

1 Primaire verantwoordelijkheid voorzitter van het bestuur (2.8.2)

Allereerst wordt in 2.8 een nieuw principe geboden, tezamen met een aantal daaraan gelieerde best practice bepalingen. In de optiek van de VEUO biedt dit een goed en gebalanceerd uitgangspunt. Ook met best practice bepaling 2.8.1 kan de VEUO zich verenigen.

Evenwel zet de VEUO wel vraagtekens bij best practice bepaling 2.8.2, waarin wordt gesteld:

"De voorzitter van het bestuur is primair verantwoordelijk voor leiderschap binnen en effectiviteit van het bestuur en de commissies. Hij ziet toe op een goede samenstelling en functionering van het gehele bestuur."

De VEUO aarzelt of deze formulering en de implicaties daarvan wel recht doen aan het wettelijk kader. Vanzelfsprekend is er een inspanningsverbintenis voor de voorzitter om leiding te geven aan, en ook toe te zien op, de effectiviteit van het bestuur en de commissies. Vanuit juridische optiek is echter de formulering dat de voorzitter "primair verantwoordelijk" is (en daarmee, zo zou men kunnen lezen, ook primair aansprakelijk) voor de effectiviteit van het bestuur en de commissies minder juist. Die "effectiviteit", in de zin dat de onderneming goed wordt bestuurd, is immers wettelijk juist de "collegiale verantwoordelijkheid" van alle bestuurders. In het consultatiedocument wordt dat in de toelichting ook tot uitdrukking gebracht.¹

Dit uitgangspunt van de "collegiale verantwoordelijkheid" impliceert dat alle bestuurders gezamenlijk verantwoordelijkheid dragen voor de hoofdlijnen van het beleid. Effectiviteit van het bestuur als geheel houdt daar nauw verband mee en kan dus ook niet als zodanig primair worden toegerekend aan de voorzitter van het bestuur. Met name ook omdat er voor gewaakt moet worden dat toekenning van een dergelijke verantwoordelijkheid op basis van de Code, als aanknopingspunt gehanteerd zou kunnen worden in eventuele aansprakelijkheidsprocedures. Vanuit zijn rol en functie is het vanzelfsprekend dat er voor de voorzitter een aansturende en coördinerende taak op dit terrein is weggelegd, omwille van de juridische waarde die aan het woord "verantwoordelijkheid" wordt toegekend, stelt de VEUO echter voor dat dit in andere bewoordingen tot uitdrukking wordt gebracht.

Hetzelfde geldt voor wat betreft de verantwoordelijkheid die de voorzitter wordt toegedicht ten aanzien van de verschillende commissies. Onduidelijk is hoe die verantwoordelijkheid zich verhoudt tot het feit dat de afzonderlijke commissies een eigen voorzitter hebben, welke rol volgens het eigen Consultatievoorstel van de Monitoring Commissie (zie bepaling 2.3.4) in geen van de commissies door deze voorzitter kan worden vervuld. In de guidance onder 3.1 staat vermeld dat dit eveneens voor de voorzitter van het bestuur van de one tier board geldt. Bovendien zal de voorzitter in de praktijk ook niet deelnemen aan al deze commissies.

De VEUO meent dat hier passend zou zijn om aansluiting te zoeken bij de benadering die is neergelegd in het eerdere brede Consultatievoorstel voor de herziening van de Code, waarin (in 2.3.6) de voorzitter van de Raad van Commissarissen de taak krijgt toebedeeld (hetgeen in de huidige Code ook reeds het geval is) om "erop toe te zien

¹ Pagina 4 van het consultatiedocument

dat de commissies van de raad van commissarissen naar behoren functioneren". Bovendien vermeldt de Guidance onder 1.1 ook dat de taken die in de Code specifiek aan de voorzitter van de raad van commissarissen zijn toebedeeld, bij een vennootschap met een one tier board op het terrein van de voorzitter van het bestuur liggen. Uiteraard is het aan de voorzitter om in te grijpen en passende maatregelen voor te stellen als van een behoorlijk functioneren van het bestuur of de commissies geen sprake zou zijn.

Al met al zou de VEUO menen dat de betreffende bepaling wellicht beter zou kunnen worden geformuleerd als bijvoorbeeld:

"De voorzitter van het bestuur is belast met de leiding van de vergaderingen van het bestuur en ziet er op toe dat het bestuur en de commissies naar behoren functioneren en ziet toe op een goede samenstelling en het functioneren van het gehele bestuur. Is een of ander niet het geval dan wordt van de voorzitter verwacht dat deze passende maatregelen voorstelt om een behoorlijk functioneren te bereiken."

2 Eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder (CEO) (2.8.6)

In het verlengde van het bovenstaande, kan een soortgelijke opmerking worden geplaatst bij de insteek die bij best practice bepaling 2.8.6 wordt gehanteerd, welke onder meer bepaalt dat:

"Onder de uitvoerende bestuurders wordt een eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder aangewezen (CEO)".

Wanneer in de Van Dale de definitie van "eerstverantwoordelijke" wordt geraadpleegd, leert dat, dat dit dient te worden geïnterpreteerd als "hoofdverantwoordelijke". Net als in het geval van de voorzitter van een one tier bestuur, kan ook hier worden opgemerkt dat het Nederlandse recht uitgaat van collegiaal bestuur. Binnen dat kader kan weldegelijk tot een taakverdeling worden gekomen, maar (i) dat kan nooit afdoen aan de verantwoordelijkheid (en eventueel aansprakelijkheid) en (ii) dat kan en mag per onderneming verschillen. Dat geldt ook voor de verdere invulling van taken en/of titulatuur die aan de diverse bestuurders worden toebedeeld. Gelet op het wettelijk kader gaat het te ver, en is niet noodzakelijkerwijs in lijn met de wet, om in de Code één specifiek model en een specifieke titel voor te schrijven. Gevolg daarvan zou immers zijn dat men niet slechts zou afwijken van het wettelijke kader, maar vennootschappen die in lijn met dat wettelijk kader kiezen voor een andere structuur/titulatuur, als non-compliant brandmerkt. Het komt de VEUO voor dat dit principieel onjuist zou zijn.

Al met al stelt de VEUO voor deze bepaling te herformuleren en te bepalen:

"Met betrekking tot de taak en werkzaamheden van de uitvoerende bestuurders, en de organisatie en leiding van hun werkzaamheden, worden nadere afspraken schriftelijk vastgelegd. Dit kan omvatten dat een eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder wordt aangewezen (CEO)".

3 Systematiek one tier board

3.1 Guidance

Als aangegeven waardeert de VEUO de benadering van de Commissie die er met name op gericht is om een leidraad te bieden aan vennootschappen met een one tier board. Daarbij wordt de nodige ruimte en flexibiliteit aan die vennootschappen geboden. Dat dient ook uitgangspunt te zijn juist omdat sprake is van één bestuur dat ook als zodanig leiding geeft aan de vennootschap en voor die leiding verantwoordelijk en aansprakelijk is. Dit is zeer van belang, omdat in de Nederlandse wetssystematiek, evenals de praktijk, van oudsher de two tier board structuur diep geworteld is. De one tier structuur is echter wezenlijk anders. De afgelopen jaren is daarvoor ook steeds meer aandacht en belangstelling ontstaan. Dit is mede ingegeven door ontwikkelingen op internationaal vlak en ook samenwerking met de UK en de US; in deze Angelsaksische systemen heeft uiteraard juist altijd de one tier board het uitgangspunt gevormd. Waar in Nederland nu voor gewaakt moet worden, is dat (de werking van en regelingen omtrent) de two tier board structuur één-op-één op de one tier board structuur wordt geprojecteerd.

Een voorbeeld dat deze zorg goed illustreert betreft de guidance die de Commissie geeft voor wat betreft de besluitvorming in een one tier board². De Commissie geeft aan dat voor bepaalde onderdelen van de herziene Code, die zodanig nauw verband houden met de toezichthoudende taak, denkbaar is dat besluitvorming daarover bij de niet-uitvoerende bestuurders wordt gelegd in plaats van bij het voltallig bestuur. Ter onderbouwing daarvan wordt verwezen naar artikel 2:164a (4) BW, op grond waarvan bepaalde wettelijke RvC-besluiten in geval van een one tier board de goedkeuring behoeven van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders.

Van belang daarbij te vermelden is echter dat artikel 2:164a (4) BW een heel specifieke regeling behelst die slechts van toepassing is op structuurvennootschappen. Een van de kernelementen van een structuurvennootschap is dat deze verplicht een RvC heeft waarvan een derde wordt gevormd door leden die door medezeggenschapsorganen zijn voorgedragen. Met artikel 2:164a (4) BW heeft de wetgever deze medezeggenschap zoveel als mogelijk willen waarborgen door deze voor structuurvennootschappen unieke rol en functie van de RvC (met medezeggenschapsrechten voor de OR) zoveel mogelijk te reconstrueren, ook in een one tier board. Dat heeft men gedaan door de in artikel 2:164

² Consultatiedocument, p. 8, "2. Goedkeuring door meerderheid niet uitvoerende bestuurders"

BW vermelde RvC-bevoegdheden zoveel mogelijk bij – de meest met commissarissen vergelijkbare functie van – niet-uitvoerende bestuurders te beleggen.

Dit betreft echter een unieke situatie waarbij men zoveel mogelijk recht heeft willen doen aan de oorspronkelijke doelstelling van de structuurregeling, het waarborgen van de medezeggenschap. Hoewel er mogelijk inspiratie uit deze regeling kan worden geput, dient deze zeer zeker niet als uitgangspunt te worden genomen voor de besluitvorming in een one tier board. De Nederlandse wetgever heeft er namelijk uitdrukkelijk voor gekozen geen nadere invulling te geven aan de (werking van de) one tier board. Men heeft zich beperkt tot de principes als opgenomen in artikel 2:129a BW, waarbij als uitgangspunt is gesteld dat ondernemingen de vrijheid hebben om bij de statuten te bepalen dat de bestuurstaken tot op bepaalde hoogte worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders, met als enige uitzonderingen dat:

- de volgende taken niet kunnen worden toebedeeld aan uitvoerende bestuurders:
 - voorzitterschap van het bestuur;
 - het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder; en
 - het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
- uitvoerende bestuurders niet kunnen deelnemen aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van henzelf (waarbij overigens opgemerkt zij dat ook niet-uitvoerende bestuurders niet hun eigen beloning mogen vaststellen; in de praktijk bepaalt de algemene vergadering die beloning).

Daarnaast is in de wet vastgelegd dat de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van bestuurders niet door een taakverdeling kan worden ontnomen aan de niet-uitvoerende bestuurders. Dit betekent echter zeker *niet* dat uitvoerende bestuurders geen toezicht moeten houden op wat hun medebestuurders doen (en laten). Integendeel; het hiervoor reeds besproken in Nederland – ook voor alle bestuurders (zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders) in een one tier board - geldende principe van de collegiale verantwoordelijkheid brengt juist mee dat ook bij een taakverdeling van alle bestuurders wordt verwacht dat zij alert zijn en toezicht houden op hoe de overige bestuurders hun taken uitvoeren. Uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders blijven gezamenlijk verantwoordelijk voor de aan het bestuur toegerekende besluiten, ongeacht een eventuele taakverdeling.

Met inachtneming van het vorenstaande, moet dus ook niet als uitgangspunt worden genomen dat eisen worden gesteld aan besluitvorming van en door de niet-uitvoerende bestuurders. Een voorbeeld dat dit goed illustreert betreft het door de Commissie aangehaalde voorbeeld van de "goedkeuring van de strategie en de toelichting daarop". In een one tier board is dit nu typisch het besluit van het bestuur als geheel. Daarbij past nu juist niet dat dit wordt opgeknipt in de – voor de Nederlandse two tier board gebruikelijke – aanpak waarbij er sprake is van (i) vaststelling van de strategie door de bestuurders en (ii) goedkeuring daarvan door de commissarissen.

Het is gelet op het voorgaande van groot belang dat bij de concept guidance, indien deze al wordt gehandhaafd, nogmaals expliciet wordt benadrukt dat dit slechts handvatten biedt voor een *mogelijke* nadere regeling van de werkzaamheden van de one tier board, maar zeker niet kan gelden als een best practice. Meer in het bijzonder is daarbij essentieel dat voor de guidance geen "comply or explain"- beginsel geldt. De VEUO benadrukt dat er geen twijfel mag bestaan dat een niet volgen van de nu in het concept opgenomen "guidance" en daarmee (dus) het regelen van de werkzaamheden van een one tier board op een geheel andere wijze dan in het concept geschetst, uitdrukkelijk niet betekent dat een beursgenoteerde onderneming niet compliant is met de Code. Zoals hiervoor uiteengezet kan zo'n andere inrichting van de werkzaamheden immers veel beter passen bij wat een one tier board is en hoe die bedoeld is en wordt begrepen in de landen om ons heen. Uit de wijze waarop de Commissie in het concept de guidance heeft geformuleerd, maken wij reeds op dat de Commissie dit ook voor ogen lijkt te hebben gehad. Vanuit onze achterban zijn er echter veel zorgen geuit voor wat betreft de mogelijkheid dat dit – op termijn – toch anders zou kunnen worden geïnterpreteerd. Anders gezegd; er bestaat nu een risico dat de guidance ten onrechte een status verwerft die haar niet toekomt, waarbij de geformuleerde handvatten in de praktijk weer tot principes en best practices zouden worden verheven. Graag geeft de VEUO de Monitoring Commissie daarom in overweging de (vrijblijvende) status van deze guidance nog explicieter tot uitdrukking te laten komen in de inleiding bij de guidance onder Hoofdstuk 3. Voorkomen moet worden dat hieromtrent enige twijfel kan ontstaan. Zoals hiervoor al opgemerkt vraagt de VEUO in aanvulling daarop uitdrukkelijk de aandacht voor hetgeen is geformuleerd onder het kopje "Goedkeuring door meerderheid niet uitvoerende bestuurders". Naar de mening van de VEUO is bepaald wenselijk dat hetgeen daar is gesteld nader wordt genuanceerd, met inachtneming van de hiervoor vermelde kernelementen.

3.2 Verantwoording one tier board

Tot slot vragen wij graag nog aandacht voor de werking van best practice bepaling 2.8.5, welke bepaalt:

"De niet uitvoerende bestuurders leggen verantwoording af over het uitgeoefende toezicht in het afgelopen boekjaar, waarbij in ieder geval verslag wordt gedaan over de onderwerpen, bedoeld in de best practice bepalingen 1.1.2, 1.3.6, 1.5.4, 1.6.3, 2.1.2, 2.1.8, 2.2.2, 2.2.8, 2.3.5 en 2.4.3.

Deze bepaling sluit nauw aan bij best practice bepaling 2.3.11 in de Code zoals die is voorgesteld voor de two tier board. Voor die two tier board geeft het een opsomming van de onderwerpen waarover de RvC in zijn verslag verantwoording moet afleggen. Deze bepaling kan echter zeker niet één-op-één van toepassing worden verklaard op (de functie van) niet-uitvoerende bestuurders. Juist ook hier geldt dat een aantal onderwerpen (zoals bijvoorbeeld bepaling 1.1.2, welke ziet op de rol van de RvC met betrekking tot de strategie, en 1.5.4, welke ziet op de bespreking van de bevindingen van

de auditcommissie), in een one tier board nu juist door het gehele bestuur worden geadresseerd. De verplichting tot verantwoording daarover ligt in dergelijke gevallen dus ook bij het bestuur in zijn geheel. Deze bepalingen lenen zich niet voor transponering naar een one tier board.

De Commissie vermeldt in de toelichting bij 2.8.5 wel dat de vennootschap zelf kan bepalen of er een toelichting wordt gegeven in een apart verslag van niet-uitvoerende bestuurders, dan wel in het bestuursverslag. Echter staat in bepaling 2.8.5 uitdrukkelijk vermeld dat de verantwoording dient te worden afgelegd door de niet-uitvoerende bestuurders. Duidelijk dient evenwel te worden gemaakt dat de verantwoording door die niet-uitvoerende bestuurders slechts afzonderlijk kan worden afgelegd als en voorzover het gaat om taken die in de (statuten en/of reglementen van de) vennootschap expliciet zijn toebedeeld aan de niet-uitvoerende leden van het bestuur.

Conclusie

De VEUO benadrukt nogmaals haar waardering voor het door de Monitoring Commissie verrichte werk, evenals de daarbij gehanteerde benadering en uitgangspunten.

Concluderend vraagt de VEUO evenwel uitdrukkelijk aandacht voor de volgende punten:

- De formulering van de in best practice bepaling 2.8.2 neergelegde rol van de voorzitter. In deze bepaling dient niet gesproken te worden over een primaire verantwoordelijkheid van de voorzitter, maar dient in de visie van de VEUO aansluiting te worden gezocht bij de formulering als opgenomen in 2.3.6 van het Consultatievoorstel, welke ervan uitgaat dat de voorzitter erop moet toezien dat het bestuur en de commissies naar behoren functioneren.
- Met betrekking tot best practice bepaling 2.8.6 meent de VEUO dat eveneens aanpassingen van de tekst geïndiceerd zijn, enerzijds gelet op het dwingend wettelijk kader en anderzijds om ondernemingen de flexibiliteit te laten die nu juist uitgangspunt is voor het openen van de keuze voor onderscheiden bestuursstructuren.
- De status van de guidance, de toelichting daarop en de relativering daarvan. Centraal moet staan dat de guidance slechts handvatten biedt, waarbij het ondernemingen vrij staat om te beoordelen in hoeverre deze handvatten passen bij de wijze waarop het functioneren van de one tier board nader (in statuten en reglementen) is geregeld. In ieder geval zou er geen misverstand moeten bestaan dat het niet volgen van deze guidance niet tot gevolg heeft dat een onderneming daarmee als "non-compliant" geldt.

- Voor wat betreft de inhoud van de guidance is in de visie van de VEUO van groot belang dat de bepalingen omtrent, alsmede werking van en ervaringen met, de two tier board niet één-op-één geprojecteerd worden op de one tier board structuur. Dit geldt uitdrukkelijk ook voor wat betreft de guidance die wordt geboden met betrekking tot de wijze waarop een goedkeurend besluit door niet-uitvoerende bestuurders zou kunnen worden genomen.

Wij hopen met het bovenstaande het waardevolle werk van de Commissie van nuttig commentaar te hebben voorzien. Desgewenst zijn wij uiteraard graag beschikbaar om dat nader, schriftelijk of mondeling, toe te lichten.

Hoogachtend en met vriendelijke groet,

Jan Nooitgedagt
Voorzitter VEUO

Harm-Jan de Kluiver
Algemeen secretaris VEUO