

Monitoring Commissie Corporate Governance
Code
Secretariaat
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG
Per e-mail: secretariaat@mccg.nl

Stibbe N.V.
Advocaten en notarissen
Beethovenplein 10
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
T +31 20 546 06 06
F +31 20 546 01 23

www.stibbe.com

Datum
5 oktober 2016

Reactie op het consultatiedocument "Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards"

Geachte Commissie,

Stibbe N.V. gaat graag in op uw uitnodiging te reageren op het consultatiedocument "Voorstel toepasbaarheid Code op *one tier boards*" (het "**Voorstel**").

Het Voorstel bouwt voort op uw eerdere consultatiedocument "Voorstel tot herziening van de Corporate Governance Code" (het "**Consultatievoorstel**"). Wij zijn bij het formuleren van deze reactie ervan uitgegaan dat het Consultatievoorstel de geldende tekst wordt van de Corporate Governance Code ("**Code**").

Wij beginnen met enkele algemene opmerkingen. Vervolgens reageren wij nader op het voorgestelde principe, en de bijbehorende *best practice* bepalingen ("**Bpb**").

1. ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. Een oproep tot meer aandacht voor de taakverdeling binnen het bestuur

- (1) Het Voorstel verdient zonder meer waardering. Wij onderschrijven de observatie van de Commissie dat vennootschappen in toenemende mate voor een monistisch bestuursmodel kiezen en dat in de praktijk nog op verschillende manieren wordt omgegaan met de *one tier board*. Een aangepaste Code met (verdere) aandacht voor de *one tier board* kan naar ons idee de kwaliteit van het monistische bestuur helpen verbeteren. Bovendien kan het ervoor zorgen dat partijen beter kunnen afwegen welk van de twee stelsels – monistisch of dualistisch – de voorkeur verdient voor een specifieke vennootschap.
- (2) Uiteindelijk heeft de Commissie vastgesteld dat de taakverdeling bij de *one tier board* in de praktijk nog "*te veel verschilt en op onderdelen nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om een volledig op de one tier board toegeschreven Code te rechtvaardigen*".¹ Mede vanwege deze conclusie bevat het Voorstel (slechts) één principe en 6 Bpb.

¹ Voorstel, p. 4.

- (3) Wij begrijpen deze conclusie van de Commissie en de redenen daarvoor. Bepaalde aspecten van de *one tier board* hebben onvoldoende *wettelijke* invulling gekregen. Het gaat dan in het bijzonder om de taakverdeling binnen het bestuur. Doordat wettelijke invulling ontbreekt, is veel verschil van mening mogelijk, en zijn veel verschillende varianten in de praktijk tot uiting gekomen. Een duidelijke 'Nederlandse' visie op taakverdeling in de *one tier board* bestaat nog altijd niet. De Nederlandse *one tier board* is thans veelal een verzameling van ideeën uit het monistisch en het dualistisch stelsel.
- (4) Wij komen tot de conclusie dat het goed zou zijn indien de Commissie het voortouw zou nemen grondig onderzoek te doen naar de vraag welke taakverdeling in de praktijk binnen de *one tier board* wenselijk is.
- (5) Net als in de huidige Code – en het Consultatievoorstel – ontbreekt in het Voorstel een algemene en fundamentele bezinning op de samenstelling, de taken en verantwoordelijkheden en het functioneren van het bestuur. Wij hebben in onze reactie op het Consultatievoorstel reeds gesteld dat in het licht van de zogenoemde Executive Committee ("**Exco**"), het in de rede ligt nader de gedachten te bepalen over de allocatie van taken en verantwoordelijkheden binnen en rondom het bestuur.² Dat geldt naar ons idee nog sterker waar het gaat om de *one tier board* waarin bestuur en toezicht op het bestuur samen komen. Nu de wet hierover goeddeels zwijgt, is het naar ons idee voor een goede governance essentieel dat duidelijk is wat de rollen zijn van de uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, hoe deze twee groepen bestuurders zich tot elkaar verhouden, en hoe zij zich verhouden tot andere organen en stakeholders (waaronder een eventuele Exco).
- (6) De Commissie schrijft terecht dat het onderscheid tussen toezicht en bestuursverantwoordelijkheid niet altijd evident is, en dat extra aandacht dus geboden is om adequaat toezicht te borgen.³ Dit sluit naar ons idee goed aan bij het voorgaande betoog en is juist een argument voor een fundamentele bezinning op de taken van de uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

1.2. Inzake de "guidance"

- (7) Wij vragen ons af of het wenselijk is een "guidance" op te stellen naast de Code. De Code behoort naar ons idee zelf richtsnoer te zijn. Wanneer het niet mogelijk is om voldoende richting te geven in de vorm van een principe, en dit uit te werken in een Bpb, dan verdient het de voorkeur om te concluderen dat het kennelijk (nog) niet mogelijk is iets met voldoende hardheid te formuleren. In een dergelijk geval dient de Code te zwijgen.⁴ Het is dan aan de praktijk om verdere duidelijkheid te creëren, tenzij de Commissie het normatief van belang acht dat de praktijk zich in een bepaalde richting ontwikkelt en daar onderzoek naar doet (zie ook 1.1).

² Consultatiereactie Stibbe d.d. 6 april 2016, p. 1 (laatste alinea) en 9 (inzake principe 2.1).

³ Voorstel, p. 3.

⁴ Wij realiseren ons dat ook eerder gebruik is gemaakt van guidance. Wij menen dat ook in die gevallen onze opmerking opgaat.

1.3. De Exco

- (8) Wij zouden een Bpb op prijs stellen die ingaat op de verhouding tussen de *one tier board* en de Exco. In het Consultatievoorstel is een nieuwe Bpb 2.1.3 over de Exco voorgesteld, maar die Bpb is geformuleerd voor toepassing binnen een *two tier* systeem. Bij een *one tier board* is naar ons idee de interne toezichthouder (de niet uitvoerende bestuurder(s)) direct betrokken bij de keuze voor een Exco, de rol en wijze van samenwerken met de Exco en de wijze waarop het contact is vormgegeven (tussen Exco en bestuur en Exco en uitvoerende bestuurders). Dit is in wezen een onderdeel van de eerder genoemde meer systematische, fundamentele gedachtebepaling over de taakverdeling.

2. OVER PRINCIPE 2.8 EN BIJBEHORENDE BPB

2.1. Principe 2.8

- (9) Met het principe zijn wij het graag eens.
- (10) Het valt wel op dat het principe de nadruk legt op het toezicht dat in de *one tier board* te vinden is. Het monistisch bestuur moet inderdaad zo worden vormgegeven dat het toezicht naar behoren is, en dat onafhankelijk toezicht is gewaarborgd. Tegelijk dient de bestuursstructuur echter ook zo te zijn dat (behoorlijk) bestuur is gewaarborgd. Met andere woorden: het bestuur dient te besturen en dient niet *de facto* te verschrompelen tot het orgaan waar slechts het toezicht wordt gehouden op (bijvoorbeeld) de Exco waar het werkelijke besturen plaatsvindt. Dit spreekt voor zich, en verklaart mogelijk waarom het principe aandacht heeft voor het waarborgen van het onafhankelijk toezicht, maar het verdient naar ons idee de voorkeur ook in het principe tot uitdrukking te brengen dat de samenstelling en het functioneren van het bestuur zodanig moet zijn dat ook behoorlijk (dagelijks) bestuur is gewaarborgd.

2.2. De Bpb bij principe 2.8

- (11) Wij onderschrijven Bpb 2.8.1. Wel ligt het in de rede om verder te duiden dat het hier niet louter om een meerderheid in personen moet gaan, maar ook om een meerderheid qua stemmen (zie: artikel 2:129 lid 2 BW).
- (12) Bpb 2.8.2 en Bpb 2.8.6 bevatten een aantal zinsneden die vragen bij ons oproepen. In Bpb 2.8.2 wordt gesteld dat de voorzitter van het bestuur "*primair verantwoordelijk*" is voor "*leiderschap binnen en effectiviteit van het bestuur en de commissies*". In Bpb 2.8.6 staat dat er een "*eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder*" wordt aangewezen (die dan de titel CEO kan dragen). Deze CEO geeft "*leiding aan de dagelijkse gang van zaken*".
- (13) Deze zinsneden impliceren dat er een belangrijke, verzwaarde verantwoordelijkheid ligt op de voorzitter en de CEO. Zij zijn aldus niet langer louter *primus inter pares*. Daarmee neemt de Code afstand van het wettelijke uitgangspunt dat sprake is van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, behoudens een gemaakte taakverdeling (de taakverde-

ling wordt als gegeven aangenomen).⁵ Wij onderschrijven dat het in de praktijk veelal zo is dat de voorzitter een leiderschapsrol op zich neemt en dat er een CEO is die de uitvoerende kapitein is op het schip.

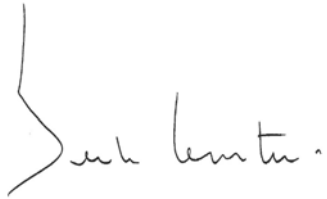
- (14) Wij menen echter dat deze Bpb te ver gaan met het vooraf duiden (of suggereren) van een verdergaande verantwoordelijkheidsverdeling. Ten eerste is het naar ons idee in beginsel aan het voltallige bestuur om leiderschap en effectiviteit van het bestuur te waarborgen. Er is geen reden dit een specifieke voorzitterstaak te achten. De voorzitter is in elk geval daar niet "*primair*" voor verantwoordelijk. Ten tweede geeft de CEO niet als enige "*leiding aan de dagelijkse gang van zaken*", dat doen in beginsel de uitvoerende bestuurders gezamenlijk.
- (15) Voorts is ons onvoldoende duidelijk wat het precies betekent dat de voorzitter "*primair verantwoordelijk is voor leiderschap*" binnen het bestuur. Zowel het gebruik van "*primair verantwoordelijk*" als het woord "*leiderschap*" zullen naar onze inschatting in de praktijk aanleiding kunnen zijn voor discussies over de precieze betekenis van deze Bpb. Deze aanduidingen en bijzondere taken die in het Voorstel aan de voorzitter van het bestuur respectievelijk CEO in een *one tier board* structuur worden toegekend, gaan ook verder dan bij een *two tier board* structuur. Onduidelijk is waarom dit vanuit het perspectief van goede corporate governance afwijkt van elkaar.
- (16) Wij adviseren verder een Bpb op te stellen die ofwel een verdere (concrete) taakverdeling voorschrijft, ofwel op zijn minst vastlegt dat in de statuten dan wel de reglementen van een *one tier board* een verdere taakverdeling wordt vastgelegd (tussen in elk geval de uitvoerende en de niet uitvoerende bestuurders). Naar ons idee verdient het de voorkeur dat de Commissie een voorzet doet voor een Bpb waarin een uitgangspunt qua taakverdeling (tussen uitvoerende en niet uitvoerende) bestuurders wordt voorgesteld. Wij menen tegelijk – zo blijkt uit paragraaf 1.1 – dat eerst nader onderzoek moet worden gedaan, omdat thans vermoedelijk geen breed draagvlak te vinden zal zijn voor een voorstel.
- (17) In de laatste zin van Bpb 2.8.6. wordt gesteld dat de voorzitter regelmatig overleg heeft met de eerstverantwoordelijke uitvoerende bestuurder. Hoewel een dergelijk contact zeker nuttig kan zijn, rijst de vraag of het zinvol is dit te verheffen tot een Bpb, aangezien er regelmatig contact behoort te zijn tussen alle uitvoerende bestuurders en alle niet uitvoerende bestuurders.

Uiteraard zijn wij graag bereid om onze reactie op het Voorstel nader toe te lichten en met u te bespreken.

⁵ Dat dit echt de bedoeling is, blijkt naar ons idee uit de toelichting op deze Bpb.

Stibbe

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Derk Lemstra". The signature is written in a cursive style with a large initial 'D'.

Derk Lemstra