

Europese corporate governance beginselen met betrekking tot commissarissen

Inleiding

Op 15 februari 2005 heeft de Europese Commissie een aanbeveling vastgesteld betreffende de taak van toezichthoudende bestuurders of commissarissen en de commissies van de raad van bestuur of de raad van commissarissen van beursgenoteerde vennootschappen (hierna: de Aanbeveling).¹ De Aanbeveling volgt op het Europese actieplan.²

De Europese Commissie beveelt onder andere aan dat in de raad van bestuur dan wel de raad van commissarissen voldoende onafhankelijke leden worden opgenomen. De Europese Commissie beveelt voorts aan om binnen de raad van bestuur dan wel de raad van commissarissen aparte benoemings-, remuneratie- en auditcommissies te vormen.

De Aanbeveling sluit in grote lijnen aan op de Nederlandse corporate governance code (hierna: de Code). Bij het opstellen van de Code is rekening gehouden met het Europese actieplan. De Code is inmiddels aangewezen als gedragscode, zoals bedoeld in artikel 2:391 lid 4 BW.³ Ook zijn bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften vastgesteld over de inhoud van het jaarverslag die in het bijzonder betrekking hebben op naleving van de Code.⁴ Deze voorschriften gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel in Nederland waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn genoteerd aan een Nederlandse of buitenlandse effectenbeurs. Deze vennootschappen zijn verplicht tot het doen van een mededeling in het jaarverslag over de naleving door de vennootschap van de principes en best practice bepalingen die zijn gericht tot de raad van bestuur of de raad van commissarissen. Hierna worden enkele onderwerpen uit de Aanbeveling nader toegelicht en vergeleken met de Code. Hoewel de Aanbeveling is gericht tot alle EU-lidstaten, zullen hierna uitsluitend de gevolgen van de Aanbeveling voor het Nederlandse vennootschapsrecht worden behandeld.

In de Aanbeveling zijn beginselen neergelegd. De Aanbeveling bevat verder twee bijlagen met aanvullende richtsnoeren voor de interpretatie van deze beginselen. Bijlage I bevat richtsnoeren ten aanzien van de commissies van de raad van bestuur dan wel de raad van commissarissen. Bij-

lage II bevat richtsnoeren ten aanzien van het profiel van onafhankelijke toezichthoudende bestuurders of commissarissen.

De Europese Commissie heeft de EU-lidstaten opgeroepen ervoor te zorgen dat de beginselen uiterlijk vanaf 30 juni 2006 worden toegepast. Verder heeft de Europese Commissie de EU-lidstaten opgeroepen om haar vóór deze datum te informeren over de maatregelen die in overeenstemming met de Aanbeveling zijn getroffen.

Bestuursstructuur

In de Aanbeveling wordt geen keuze gemaakt tussen een *one-tier board*, waarbij in de raad van bestuur zowel uitvoerende als toezichthoudende bestuurders zitting hebben, en een *two-tier board*, waarin naast de raad van bestuur een aparte raad van commissarissen functioneert. In de Aanbeveling wordt gesproken over toezichthoudende bestuurders en commissarissen. In de Code wordt uitgegaan van een *two-tier board*, en wordt in beginsel uitsluitend gesproken over commissarissen. De bepalingen van de Code ten aanzien van commissarissen zijn echter ook van toepassing op toezichthoudende bestuurders van vennootschappen die een *one-tier board* kennen, en de bepalingen ten aanzien van de voorzitter van de raad van commissarissen zijn ook van toepassing op de voorzitter van de raad van bestuur van vennootschappen die een *one-tier board* kennen. In een Angelsaksische *one-tier board* worden de uitvoerende en toezichthoudende bestuurders *executives* en *non-executives* genoemd. Er zijn op dit moment enkele Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen die een *one-tier board* kennen. In het licht van de Europese verordening betreffende oprichting van de Europese vennootschap (SE), die op 8 oktober 2004 in werking is getreden⁵ en waarin een keuze tussen een *one-tier board* en een *two-tier board* uitdrukkelijk mogelijk wordt gemaakt, is het niet uitgesloten dat andere vennootschappen dit voorbeeld zullen volgen. De Nederlandse implementatiewetgeving inzake de Europese vennootschap is op 1 april 2005 in werking getreden.⁶ Hieruit blijkt echter dat de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de structuur van de *one-tier board* verder uit te werken. Wel heeft de Minister van Justitie aangekondigd dat er nadere regelgeving komt over de *one-tier board*, dit in het kader van de bespreking van de nota Modernisering van het ondernemingsrecht op 11 maart 2005.⁷

Hierna zal zowel met betrekking tot de Aanbeveling als de Code uitsluitend worden gesproken over commissarissen.

1. De Aanbeveling is te downloaden via de website van de Europese Commissie: http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/independence/index_en.htm.

2. Actieplan 'Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie', COM (2003) 284.

3. Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling, Stb. 2004, 370.

4. Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag, Stb. 2004, 747.

5. Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), L 294/1.

6. Besluit van 17 maart 2005, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Uitvoeringswet Europese vennootschap, Stb. 2005, 151. Zie ook Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap, Stb. 2005, 150.

7. Kamerstukken II 2004/05, 29 752, nr. 3, p. 10.

Status van een aanbeveling

Een aanbeveling van de Europese Commissie heeft geen bindende werking voor de EU-lidstaten tot wie zij is gericht. Aanbevelingen kunnen worden uitgevoerd door nationale wetgeving, die dan op vrijwillige basis totstandkomt. Aanbevelingen kunnen onder omstandigheden ook een hulpmiddel vormen bij de uitleg van communautaire en nationale bepalingen.⁸

De Europese Commissie heeft de EU-lidstaten opgeroepen om de in de Aanbeveling neergelegde beginselen in nationale corporate governance codes dan wel in wetgeving te verankeren. Veel van de in de EU-lidstaten vastgestelde corporate governance codes trachten naleving van de codes te bevorderen op basis van openbaarmaking overeenkomstig het beginsel 'pas toe of leg uit'.

Voor de aanbevelingen in het kader van het Europese actieplan geldt dat de Europese Commissie zal controleren of de EU-lidstaten de aanbevelingen implementeren en, zo ja, welke maatregelen de EU-lidstaten hebben getroffen.⁹ De Europese Commissie sluit niet uit dat er Europese wetgeving komt als de EU-lidstaten niet vrijwillig overgaan tot implementatie van de Aanbeveling. Dit wil zeggen dat de EU-lidstaten vroeg of laat de beginselen van de Aanbeveling zullen moeten toepassen. In feite betekent dit dat de Aanbeveling een semi-dwingend karakter heeft.

Toepassingsbereik

De Aanbeveling is gericht op verbetering van de corporate governance van beursgenoteerde vennootschappen en herstel van het vertrouwen van beleggers. De bescherming van beleggers is van belang voor alle vennootschappen die zijn genoteerd aan een Europese beurs, ongeacht de plaats van de statutaire zetel.

Uit de Aanbeveling blijkt dat de EU-lidstaten er gezamenlijk voor moeten zorgen dat de Aanbeveling wordt geïmplementeerd ten aanzien van vennootschappen waarvan de statutaire zetel is gelegen in een EU-lidstaat en ten aanzien van vennootschappen die hun hoofdnotering hebben aan een Europese beurs (beginsel 1.4). De EU-lidstaten zullen onderling moeten afstemmen op welke wijze invulling wordt gegeven aan dit beginsel.

Het toepassingsbereik van de Code is beperkter. De Code is niet van toepassing op vennootschappen met statutaire zetel buiten Nederland die hun hoofdnotering hebben aan een Nederlandse beurs. Het ligt voor de hand dat de Aanbeveling ten aanzien van vennootschappen met statutaire zetel buiten de EU wordt toegepast door de EU-lidstaat waar de

beurs is gelegen waaraan de vennootschap haar hoofdnotering heeft, omdat de bescherming van beleggers met name speelt daar waar de beleggers toegang hebben tot de kapitaalmarkt. Daarom zal het toepassingsbereik van de Code waarschijnlijk moeten worden aangepast.

Onafhankelijkheid

De Europese Commissie beveelt aan dat in de raad van commissarissen voldoende onafhankelijke commissarissen worden opgenomen om te waarborgen dat een eventueel belangenconflict waarbij bestuurders betrokken zijn, naar behoren kan worden opgelost (beginsel 4). De Code bepaalt dat alle commissarissen, met uitzondering van maximaal één persoon, onafhankelijk moeten zijn (best practice bepaling III.2.1). Onafhankelijke commissarissen spelen voorts een rol bij de bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders of – in vennootschappen waarin wordt deelgenomen door een groot aantal aandeelhouders met een klein belang – 'zwakke' aandeelhouders.

De Europese Commissie beschouwt een commissaris als onafhankelijk wanneer hij geen zakelijke of andere relatie heeft met de onderneming, haar grootaandeelhouder of het bestuur van een van beide, die tot een belangenconflict leidt waardoor zijn oordeelsvorming kan worden beïnvloed (beginsel 13.1). In bijlage II van de Aanbeveling zijn enkele relaties en omstandigheden opgesomd die als een potentiële bron voor belangenconflicten worden beschouwd. Deze opsomming komt in grote lijnen overeen met de afhankelijkheidscriteria die zijn neergelegd in de Code (best practice bepaling III.2.2). Volgens de Europese Commissie is de raad van commissarissen zelf verantwoordelijk voor de beoordeling of de individuele commissarissen, al dan niet, onafhankelijk zijn. Bij toetsing aan de afhankelijkheidscriteria zal met name moeten worden gekeken naar de feitelijke situatie.

Transparantie en communicatie

Als de voorzitter van de raad van commissarissen ook bestuurlijke taken uitoefent of deze in het verleden heeft uitgeoefend, dan mag dit geen belemmering vormen voor het houden van objectief toezicht op het bestuur (beginsel 3.2). Dit risico doet zich in Nederland met name voor als een voormalig bestuurder wordt benoemd tot voorzitter van de raad van commissarissen. Als deze situatie zich voordoet, moeten er maatregelen worden getroffen om ervoor te zorgen dat er objectief toezicht wordt gehouden. De vennootschap moet onverwijld informatie verstrekken over de getroffen maatregelen. De Aanbeveling geeft niet aan welke maatregelen moeten worden getroffen. Ook de Code bepaalt dat de voorzitter van de raad van commissarissen geen voormalig bestuurder is van de vennootschap (best practice bepaling III.4.2). Met betrekking tot vennootschappen die een *one-tier board* kennen, bepaalt de Code dat de voorzitter van het bestuur niet tevens belast is of belast is geweest met de dagelijkse gang van zaken van de vennootschap (best practice bepaling III.8.1). De Code

8. Salvatore Grimaldi - Fonds des maladies professionnelles (C-322/88), uitspraak van het Hof van Justitie van de EG van 13 december 1989, European Court reports, p. 4407.

9. Zie hierover ook de aanbeveling van de Europese Commissie van 14 december 2004 betreffende de beloning van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen (2004/913/EG), L 385/55.

spreekt niet over het treffen van maatregelen indien van deze best practice bepalingen wordt afgeweken.

In bijlage I van de Aanbeveling is vermeld dat de voorzitter van elke commissie van de raad van commissarissen rechtstreeks in contact moet kunnen treden met de aandeelhouders. Deze bepaling lijkt een richtsnoer te zijn voor de interpretatie van het beginsel dat de raad van bestuur en de raad van commissarissen de aandeelhouders informeren over de activiteiten en de strategie van de onderneming en de wijze waarop de onderneming met risico's en belangenconflicten omgaat (beginsel 9.2). De Code spreekt niet over rechtstreeks contact tussen de commissarissen en de aandeelhouders. Volgens de Code moeten de raad van bestuur en de raad van commissarissen de aandeelhouders voorzien van alle relevante informatie voor het uitoefenen van hun bevoegdheden (principe IV.3). Hoewel de Aanbeveling dit niet expliciet vermeldt, ligt het mijns inziens voor de hand dat de voorzitters van de commissies uitsluitend op de algemene vergadering van aandeelhouders rechtstreeks in contact kunnen treden met de aandeelhouders. Dit lijkt echter in strijd te zijn met het uitgangspunt dat de taken van de raad van commissarissen als college worden vervuld (zoals hierna wordt besproken).

Commissies binnen de raad van commissarissen

De Europese Commissie beveelt aan dat binnen de raad van commissarissen aparte benoemings-, remuneratie- en auditcommissies worden gevormd (beginsel 5). De kans dat zich op het gebied van de benoeming van bestuurders, de beloning van bestuurders en de audit tegenstrijdige belangen voordoen, is groot. Met name omdat deze zaken niet of slechts ten dele onder de directe verantwoordelijkheid van de aandeelhouders vallen.

In bijlage I van de Aanbeveling is vermeld dat bij de keuze van de voorzitters en de leden van de commissies rekening moet worden gehouden met de noodzaak om de leden van de commissies regelmatig te vervangen en te voorkomen dat te veel vertrouwen in bepaalde personen wordt gesteld. De Code bepaalt dat een commissaris maximaal drie keer voor een periode van vier jaar wordt benoemd (best practice bepaling III.3.5).

Uit de Aanbeveling blijkt dat de taken van de raad van commissarissen als college moeten worden vervuld. De commissies mogen in beginsel de raad van commissarissen niet vervangen. De commissies dienen aanbevelingen op te stellen ter voorbereiding van de door de raad van commissarissen zelf te nemen besluiten.

Het Nederlandse vennootschapsrecht gaat er ook van uit dat de raad van commissarissen zijn taak als college uitoefent. De raad van commissarissen kan bepaalde werkzaamheden die tot zijn taak behoren, opdragen aan bepaalde leden van het college. Dit kan bij de statuten, bij een commissarissenreglement of bij herroepelijke delegatie krachtens besluit

van de raad van commissarissen. Ook voor de vervulling van deze werkzaamheden blijft de verantwoordelijkheid echter rusten bij de raad van commissarissen.

Samenstelling en taken van de auditcommissie

In bijlage I van de Aanbeveling is vermeld dat de auditcommissie uitsluitend uit commissarissen moet bestaan en dat het merendeel van de leden van de auditcommissie onafhankelijk moet zijn. De Code bepaalt dat het voorzitterschap niet wordt vervuld door de voorzitter van de raad van commissarissen of door een voormalig bestuurder van de vennootschap (best practice bepaling III.5.6) en dat maximaal één lid van de commissie niet onafhankelijk is (best practice bepaling III.5.1).

Met betrekking tot de financiële expertise van de auditcommissie neemt de Europese Commissie als uitgangspunt dat de leden van de auditcommissie gezamenlijk moeten beschikken over de relevante kennis (beginsel 11.2). De Code bepaalt dat ten minste één financieel expert deel uitmaakt van de auditcommissie (best practice bepaling III.5.7).

Zowel de Aanbeveling als de Code noemt het toezicht op het interne risicobeheersings- en controlesysteem als een van de taken van de auditcommissie. Dit is een buitengewoon belangrijk punt ter verbetering van de corporate governance van beursgenoteerde vennootschappen. In dit verband wordt ook verwezen naar het voorstel voor de Europese richtlijn inzake de (geconsolideerde) jaarrekening.¹⁰ Uit dit voorstel blijkt dat beursgenoteerde vennootschappen verplicht worden in hun jaarverslag een beschrijving op te nemen van hun interne risicobeheersings- en controlesysteem.

Ook houdt de auditcommissie toezicht op de onafhankelijkheid van de externe accountant. Zowel de Aanbeveling als de Code bepaalt dat de auditcommissie jaarlijks rapporteert over de onafhankelijkheid van de externe accountant.

In bijlage I van de Aanbeveling is vermeld dat de auditcommissie verantwoordelijk is voor het instellen en handhaven van een procedure voor het melden van vermeende onregelmatigheden binnen de onderneming. Volgens de Code is in beginsel het bestuur verantwoordelijk voor de zogenoemde klokkenluidersregeling. De klokkenluidersregeling moet echter wel bepalen dat vermeende onregelmatigheden die het functioneren van bestuurders betreffen, aan de voorzitter van de raad van commissarissen worden gerapporteerd (best practice bepaling II.1.6).

10. Voorstel voor een Europese richtlijn tot wijziging van de Europese richtlijnen nr. 78/660/EEC en 83/349/EEC met betrekking tot de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening, 2204/0250 (COD).

Samenstelling en taken van de remuneratiecommissie

In bijlage I van de Aanbeveling is vermeld dat de remuneratiecommissie uitsluitend uit commissarissen moet bestaan en dat het merendeel van de leden van de remuneratiecommissie onafhankelijk moet zijn. De Code bepaalt dat het voorzitterschap niet wordt vervuld door de voorzitter van de raad van commissarissen of door een voormalig bestuurder van de vennootschap of door een commissaris die bij een andere beursgenoteerde vennootschap bestuurder is (best practice bepaling III.5.11). De Code bepaalt voorts dat maximaal één lid van de commissie niet onafhankelijk is (best practice bepaling III.5.1) en dat maximaal één lid van de commissie bij een andere Nederlandse beursgenoteerde vennootschap bestuurder is (best practice bepaling III.5.12).

Naast de taken met betrekking tot de beloning van bestuurders worden in de Aanbeveling ook taken aan de remuneratiecommissie toegekend met betrekking tot de beloning van hoger kaderpersoneel. Zo moet de remuneratiecommissie voorstellen doen aan de raad van commissarissen met betrekking tot aandelenopties voor bestuurders én hoger kaderpersoneel. Verder moet de remuneratiecommissie aanbevelingen doen aan het bestuur voor de hoogte en de samenstelling van de beloning van het hoger kaderpersoneel en moet het de toegekende beloning controleren. Hieruit volgt dat er rechtstreeks contact is tussen de remuneratiecommissie en het bestuur. Dit lijkt in strijd te zijn met het uitgangspunt dat de commissies aanbevelingen doen aan de raad van commissarissen en dat de taken van de raad van commissarissen als college worden vervuld.

De Code vermeldt niets over de beloning, al dan niet in de vorm van aandelenopties, van hoger kaderpersoneel. Het hoger management van de meeste Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen bestaat vaak uit tientallen leden. Het is niet ongebruikelijk dat de beloning van het hoger management in de buurt komt van de beloning van de bestuurders. Als de Code moet worden aangepast om ook de beloning van hoger kaderpersoneel onder toezicht te brengen van de raad van commissarissen, dan zal dit waarschijnlijk weerstand oproepen vanuit het bedrijfsleven. Ook betekent dit een verzwaring van de taken van de raad van commissarissen.

Samenstelling en taken van de benoemingscommissie

Uit bijlage I van de Aanbeveling blijkt dat in vennootschappen met een *one-tier board* de voorzitter van het bestuur onder omstandigheden deel kan uitmaken van de benoemingscommissie. De Code bepaalt dat maximaal één lid van de commissie niet onafhankelijk is (best practice bepaling III.5.1).

De taakomschrijving van de benoemingscommissie in de Aanbeveling komt overeen met de Code. Uit beide documenten blijkt dat de benoemingscommissie ook toezicht houdt op het beleid van het bestuur op het gebied van de selectie en benoeming van hoger kaderpersoneel.

Conclusie

De in de Aanbeveling neergelegde beginselen zijn in grote lijnen terug te vinden in de principes en best practice bepalingen van de Code. Op sommige punten zijn er echter belangrijke verschillen, bijvoorbeeld ten aanzien van de taken die de Aanbeveling toekent aan de remuneratiecommissie op het gebied van de beloning van hoger kaderpersoneel.

Het toepassingsbereik van de Code zal in het licht van de Aanbeveling waarschijnlijk moeten worden aangepast. De Aanbeveling is van toepassing op vennootschappen die zijn genoteerd aan een Europese beurs. Het toepassingsbereik van de Code is beperkter. De Code is van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen met statutaire zetel in Nederland. De Code is niet van toepassing op vennootschappen met statutaire zetel buiten Nederland die hun hoofdnotering hebben aan een Nederlandse beurs.

De EU-lidstaten worden opgeroepen vrijwillig over te gaan tot implementatie van de Aanbeveling in nationale corporate governance codes dan wel wetgeving. In feite heeft de Aanbeveling een semi-dwingend karakter. Indien de EU-lidstaten de Aanbeveling niet implementeren, zal de Europese Commissie verdergaande maatregelen treffen en wordt Europese wetgeving niet uitgesloten.

De Europese Commissie erkent dat de in de Aanbeveling neergelegde beginselen niet door alle EU-lidstaten gelijkelijk kunnen worden toegepast vanwege de onderlinge verschillen in het nationale vennootschapsrecht. De Aanbeveling is niet gericht op volledige harmonisatie, maar op het vastleggen van bepaalde belangrijke principes en bepalingen waardoor de nationale corporate governance codes en de wetgeving van de EU-lidstaten beter op elkaar worden afgestemd. In de praktijk zal de uitleg en de toepassing van de beginselen en de richtsnoeren nog tot problemen kunnen leiden. De vraag is ook wanneer de EU-lidstaten van de Aanbeveling mogen afwijken. Deze onduidelijkheden kunnen ertoe leiden dat de EU-lidstaten op korte termijn onvoldoende maatregelen nemen om de Aanbeveling te implementeren.

*Mr. M. van Harten
Allen & Overy*