

9 | Executive Committees. Valt er wat te regelen?¹

Michiel Brandjes

1. Inleiding

Veel beursgenoteerde vennootschappen hebben naast de organen raad van bestuur en raad van commissarissen ook een executive committee (EC) gevormd. De vorming van een EC gaat bij de two-tier-board veelal samen met de reductie van het aantal leden van de raad van bestuur tot nog slechts de voorzitter (CEO) en de bestuurder voor financiële zaken (CFO) en bij de one-tier-board tot de beperking van het aantal executive directors of bestuurders tot de CEO en CFO. In dit hoofdstuk komt onder meer aan de orde wat onder een EC moet worden verstaan, hoe deze vaak wordt ingericht, een inventarisatie van de praktijk, de bedenkingen die men bij een EC zou kunnen hebben en of voor een EC wettelijke bepalingen of corporate governance code-bepalingen zouden moeten gelden of dat het beter is om deze in de praktijk gegroeide behoefte met rust te laten.

Terminologie

De EC bestaat doorgaans uit de bestuurders en senior managers of hoofden van ieder van de businessdivisies en -functies (financiën, juridische zaken, personeelszaken). De EC is niet te verwarren met de executive board of raad van bestuur bij sommige vennootschappen. De EC wordt bij sommige vennootschappen ook wel de management board of senior management team of executive council genoemd. Hoe het heet en wat het is, is dus niet overal hetzelfde maar het wordt altijd duidelijk dat de EC niet de one-tier-board is noch de raad van bestuur of raad van commissarissen ('RvC'). De vermelding dat een vennootschap een EC heeft, zegt op zich niets over de opzet, bevoegdheden, verhouding tot de raad van bestuur of RvC. Daarvoor is het nodig naar de situatie in de betreffende onderneming te kijken en naar het reglement van de EC als dat bestaat en kan worden ingezien.

¹ Michiel Brandjes is general counsel corporate en company secretary van Royal Dutch Shell plc, dit hoofdstuk is geschreven op persoonlijke titel.

2. One- en Two-Tier-Praktijk-Inventarisatie

2.1 Two-Tier-Board-Land Nederland²

Het rapport 2012 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code³ vermeldt dat bijna de helft van de vennootschappen een EC heeft ingesteld en dat AEX-vennootschappen relatief vaker een EC hebben ingesteld dan niet-AEX-vennootschappen. Uit een eigen onderzoek in maart 2014 constateer ik dat 16 van de 25 AEX (64%) en 10 van de 25 AMX (40%) een EC hebben ingesteld. Het gaat hier bijna allemaal om vennootschappen met een two-tier-board-structuur.

Uit een nadere beschouwing van de zestien EC's bij de AEX-vennootschappen blijkt dat de EC in Nederland:

- doorgaans aan de CEO of aan de raad van bestuur rapporteert;
- niet wordt genoemd in de statuten;
- geen formele beslissingsbevoegdheid heeft; en dat
- meestal wel een reglement heeft maar slechts een minderheid het reglement extern publiceert.

2.2 One-Tier-Board-Land Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk bestaat een instituut genaamd General Counsel 100 (GC 100). De GC 100 is de stem van de general counsel en company secretaries van de FTSE 100 companies. GC 100 geeft praktisch en business focussed commentaar op wet- en regelgeving aan de regering, toezichhouders en beleidsmakers. Op mijn verzoek hield de GC 100 een enquête naar de EC-praktijk en governance bij de 100 FTSE-genoteerde vennootschappen. Aan de GC 100-leden werd gevraagd:

1. Does your company have an executive committee?
2. To whom does the executive committee report?
3. Does the executive committee have legal status?
4. Does the executive committee have rules of governance or terms of reference and are these public?
5. Do you treat members of your executive committee as 'persons discharging managerial responsibilities'?

Van de honderd leden heeft ruim de helft gereageerd. Uit de enquête kwam het volgende beeld naar voren:⁴

- 88% geeft aan een EC te hebben ingesteld;
- het aantal leden van de EC varieert sterk, zo zijn er EC's met slechts vijf leden, maar ook met dertien leden;

2 Zie ook onderzoek Instituut voor Ondernemingsrecht (IvO): De samenstelling en het functioneren van de raad van commissarissen in het boekjaar 2011 alsmede het verslag van de raad van commissarissen oktober 2012, vindplaats www.mccg.nl/download/?id=2079.

3 Het rapport 2012 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.mccg.nl%2Fdownload%2F%3Fid%3D2073>, p. 32.

4 Het rapport is niet algemeen toegankelijk.

- de leden van de EC zijn vrijwel zonder uitzondering allen executive directors, de business directors en de functional heads (personeelszaken, juridische zaken, informatietechnologie, communicatie, etc);
- de voorzitter van de EC is vrijwel zonder uitzondering de CEO;
- de EC wordt vaak zowel omschreven als het management team van de CEO als diegene die rapporteert aan de CEO;
- de rapportagelijnen variëren sterk, 57% van de EC's rapporteert alleen aan de CEO, 30% aan de Board en 11% aan beide, maar er wordt ook vaak opgemerkt dat de aard van de EC geen rapporterend orgaan is;
- 73% geeft aan dat de EC geen juridische of formele status heeft;
- 70% geeft aan dat de EC terms of governance of terms of reference heeft maar 70% geeft om diverse redenen, waaronder het ontbreken van formele status of beslissingsbevoegdheid, aan dat deze terms of governance of reference niet publiek zijn;
- 57% geeft aan dat de EC geen formele beslissingen neemt, 43% neemt wel beslissingen maar deze variëren van uitsluitend interne tot zowel interne als externe en zowel met als zonder extern bindend effect.

2.3 *De EC-praktijk in Nederland en het Verenigd Koninkrijk vergeleken*

De beide onderzoeken bieden geen perfecte vergelijkingsbasis door de enigszins verschillende vragen die gesteld zijn maar het wordt toch duidelijk dat in beide landen de opzet en het gebruik van de EC varieert tussen verschillende vennootschappen maar dat er geen wezenlijk verschil is tussen de one-tier- en de two-tier-board-omgeving voor de EC. De EC bij de FTSE 100 is met 88% wel duidelijk vaker aanwezig in vergelijking met de 64% bij de AEX 25- en 40% bij de AMX 25-vennootschappen. Zowel in Nederland als het Verenigd Koninkrijk is de EC in een ruime meerderheid van gevallen geen besturend orgaan en de one-tier- of two-tier-omgeving lijkt weinig uit te maken voor de in de praktijk gegroeide behoefte aan een EC.

3. **Bestaansredenen EC**

De EC komt niet voort uit enig wetgevend of code-initiatief maar groeit uit de behoefte in de praktijk. De voordelen van een EC zijn tevens de bestaansredenen. Honée⁵ inventariseert als voordelen van een EC de grotere flexibiliteit in de aansturing van de onderneming, grotere flexibiliteit en minder formaliteiten bij benoeming kernfunctionarissen, gelijkshakeling hogere managementfuncties, kortere lijnen voor het nemen van besluiten die door de onderneming moeten worden geïmplementeerd, minder externe bemoeienis met remuneratiebeleid en wellicht niet toepasselijkheid van de claw back-regeling, iets wat ik niet herken in de

⁵ Ch.E. Honée, Het executive committee, haken en ogen aan een nieuwe trend, Ondernemingsrecht 2014/23.

discussies uit mijn eigen ervaring. Abma⁶ legt een verband tussen de opkomst van het CEO-CFO-bestuursmodel⁷ en de opgang van de EC. De redenen voor de overstap naar het CEO-CFO-bestuursmodel die hij noemt, lijken ook sterk op de redenen voor de vorming van een EC:

- ‘1. Snellere besluitvorming door de kortere lijnen tussen het statutair bestuur en het hoger management;
2. Meer draagvlak voor en betere en snellere implementatie van de bestuursbesluiten...;
3. Grotere flexibiliteit en het beter kunnen inspelen op marktdynamieken...;
4. Gelijktrekking van alle functies binnen het hoger management.’

Ik zou ook menen dat de vorming van een EC en reductie van het aantal executive directors of bestuurders tot de CEO en CFO, met andere woorden het CEO-CFO-model, logischerwijs hand in hand gaan. Een voordeel van wat uit de praktijk groeit is dat het per definitie ook praktisch is. Ik herken ook niet zozeer governance-ontgaansredenen om een EC en CEO-CFO-bestuursmodel in te stellen als wel twee andere hedendaagse realiteiten en praktische redenen. Tijdsbesparing voor het meest senior management en de executives en beperking van het aantal deelnemers aan de vergaderingen en besluitvorming. Besturen en dagelijks managen zijn niet hetzelfde en het eerste brengt verantwoordelijkheden met zich mee die een beslag leggen op tijd ten koste van tijd voor management. Het zijn van formeel bestuurder en deel uitmaken van een bestuursorgaan is veel meer tijd gaan kosten in de afgelopen jaren. Dit kan ten koste gaan van de benodigde senior managementtijd en -aandacht. De realiteit van het zijn van een senior manager of executive director bij een multinational is soms honderd nachten per jaar onderweg, honderd nachten aan boord van een vliegtuig. Het beperken van het aantal senior managers dat tevens ook bestuurder is, bespaart tijd en kosten voor de eerste. Het nadeel is echter dat het vragen kan oproepen over de status als de meest senior manager of vicepresident niet tevens ook een formeel bestuurder of executive director is met name in die delen van de wereld waar hiërarchie en het exact matchen van senioriteit van gesprekspartners belangrijk is. Creativiteit in titulatuur op business cards biedt soms uitkomst.

De vraag wordt wel gesteld of de CEO in een raad van bestuur bestaande uit twee personen of een one-tier-board met slechts twee executive directors te veel macht heeft en te weinig tegenwicht kan worden geboden. De ‘single point accountability’ voor operationele en dagelijkse zaken biedt de duidelijkheid waar aandeelhouders vaak om vragen, vooral als de resultaten tegenvallen of er problemen zijn. In de historie is de slinger heen en weer gegaan tussen een voorkeur voor collegiaal bestuur en besluitvorming en een voorkeur voor een sterke man focal point, waarbij

6 R. Abma, Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen, Ondernemingsrecht 2013/94, paragraaf 5, De opkomst van het CEO-CFO-model, “een toenemend aantal beursvennootschappen stapt over op een statutair bestuur dat nog slechts uit twee personen bestaat: de bestuursvoorzitter (ook wel aangeduid als chief executive officer) en de bestuurder verantwoordelijk voor financiële zaken (of: chief financial officer)”.

7 Hiermee wordt bedoeld dat de raad van bestuur slechts uit de CEO en CFO bestaat en dat in de one-tier-board er geen andere uitvoerende directeurs zijn dan de CEO en de CFO.

het eerste vaak een reactie is op de ervaring met het tweede in een vorige periode en vice versa. Tegenwicht voor een CEO is minder een kwestie van het aantal andere executive directors als wel hoe stevig en onafhankelijk de andere executive director (veelal de CFO) in zijn positie is. De RvC dient voor de benoeming van een voldoende stevige CFO te zorgen en de CFO moet weten dat hij gesteund wordt door de RvC in een onafhankelijke opstelling.

De vorming van een EC helpt ook bij het beperken tot een hanteerbaar aantal leden van de raad van bestuur in de two-tier-structure of executive directors in de one-tier-structure. Een stuwende kracht tot uitbreiding van het aantal bestuurders en commissarissen zijn: een ruime meerderheid aan non-executive directors ten opzichte van executive directors, diversiteit ten aanzien van geslacht, nationaliteit, etniciteit, ervaring en deskundigheid (technisch, commercieel, financieel, juridisch, informatie technologie) van de directors en bezetting van ieder van de vier board committees met drie tot vier non-executive directors. Om aan al deze eisen te voldoen zijn al snel tien tot twaalf non-executive directors of commissarissen nodig. De EC en het CEO-CFO-model helpen bij het verantwoord beperken van de one-tier-board, of de two-tier-boards tezamen, tot twaalf of veertien wat anders twintig of meer bestuurders (bijvoorbeeld zes executive directors tevens EC-leden en veertien non-executive directors) zou worden.

4. Bedenkingen bij de EC

Van de zijde van Eumedion, R. Abma en Ch.E. Honée is een aantal bedenkingen ten aanzien de EC geuit die de moeite van een nadere beschouwing waard zijn. Abma merkt samengevat op dat:

- de EC gepaard gaat met het CEO-CFO-model en daarmee wordt een Angelsaksisch managementmodel geïntroduceerd in het Rijnlandse two-tier-bestuursmodel;
- de afstand van de besluitvorming tot de raad van commissarissen te groot wordt;
- de mogelijkheden van aandeelhouders om de EC aansprakelijk te houden beperkt zijn; en
- het principe van collegiale besluitvorming wordt doorbroken.

Abma⁸ concludeert ‘Alles overziende ben ik van mening dat wanneer uit efficiencyoverwegingen toch wordt gekozen voor een CEO-CFO model, de vennootschap zou moeten doorpakken naar de invoering van het one-tier-bestuursmodel.’ Honée⁹ merkt op dat de EC geen basis heeft in de wet noch (over het algemeen) de statuten en dat bestuurstaken aan het bestuur voorbehouden moeten blijven. Hij wijst ook op de aspecten van benoeming en het ontslag, de verhouding tot de RvC, het risico van aansprakelijkheid voor leden van de EC die geen statutair

8 R. Abma, Ondernemingsrecht 2013/94.

9 Ch.R. Honée, Ondernemingsrecht 2014/23.

bestuurder zijn op grond van artikel 2:151/2:261 BW en eisen die aan het reglement van een EC zouden moeten worden gesteld.¹⁰ Honée concludeert dat het wenselijk is dat de benoeming tot EC-lid geschiedt door het bestuur als geheel en dat besluiten van de EC om als bestuursbesluiten te kunnen gelden door een meerderheid van de statutaire bestuurders dienen te worden gesteund en een afbakening moet worden overwogen van de taken en verantwoordelijkheden ten opzichte van het bestuur, met nadruk op advisering en ondersteuning van het bestuur.

5. Regelen of laten rusten?

Zowel Abma als Honée bepleiten dat de Monitoring Commissie aandacht besteedt aan de EC. Daarbij meent Abma dat de Nederlandse Corporate Governance Code ook bepalingen zou moeten bevatten ten aanzien van de betrokkenheid van de RvC bij de EC, de informatieverstrekking van de EC aan de RvC, de remuneratie van de EC-leden en de publicatie van de EC-procedure en governance-bepalingen. De vraag is of dit wenselijk en ook doeltreffend is. Wat is het probleem met de EC dat moet worden opgelost? Veel is afhankelijk van de vraag of de EC een bestuurs- of beslissingsorgaan is. Uit de eerdergenoemde onderzoeken komt het beeld naar voren dat de EC zelden een orgaan of feitelijke beleidsbepaler is. De EC is eerder een overlegvergadering van de CEO met de meest senior managers. Wordt de EC als een orgaan geregeld, dan bestaat het gevaar dat het ook een leven als een derde orgaan gaat leiden.

Voor de overgang naar de one-tier-board valt naar mijn mening veel te zeggen.¹¹ Echter de verschillen tussen de one- en two-tier-board zijn niet dusdanig significant dat de EC in samenhang met het CEO-CFO-model wel verenigbaar is met de one-tier-board maar niet met de two-tier-board. De one-tier-board neemt besluiten als geheel maar executives en non-executives vergaderen ook apart en de laatstgenoemden buigen zich in de praktijk toch vaak over de voorstellen van de eerstgenoemden die ook de vragen beantwoorden. Bij de beoordeling van de

10 Honée: "Afgezien van het voorgaande zou ik menen dat het aansprakelijkheidsrisico voor leden van de Exco die geen statutair bestuurder zijn wel dreigt op grond van artikel 2:151/261 BW. Dit artikel bepaalt: 'Allen commissarissen of anderen, die, zonder deel uit te maken van het bestuur der [naamloze/besloten] vennootschap, krachtens enige bepaling der statuten of krachtens besluit der algemene vergadering, voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden daden van bestuur verrichten, worden te dien aanzien, wat hun rechten en verplichtingen ten opzichte van de vennootschap betreft, als bestuurder aangemerkt.' Zoals ik hiervoor al heb opgemerkt, worden Exco's in de praktijk vormgegeven bij reglement, dat in de meeste gevallen een statutaire grondslag kent. Ik acht het aannemelijk dat wanneer in een dergelijke op statutaire grondslag gebaseerd reglement de verantwoordelijkheden van de Exco worden omschreven als verantwoordelijkheden die de bestuurstaak betreffen, de kernfunctionarissen die lid zijn van de Exco onder het bereik van artikel 2:151/261 zullen vallen."

11 Enerzijds moet men de verschillen tussen een one tier board en two tier board niet overschatten. In de one tier board vergaderen de non-executive directors ook zonder de executive directors, het dagelijks management is aan de executive directors en wat de non-executive directors doen, heeft toch veel weg van toezicht. Anderzijds zijn duidelijke voordelen van de one-tier-board: de eenvoud en duidelijkheid voor derden, de internationale herkenbaarheid met name voor anglo-amerikaanse partijen, een orgaan waarin alle stemmen tegelijk om de tafel zitten (geen geschillen tussen twee organen), geen aparte formele vergaderingen, en praktische slagvaardigheid in urgente situaties.

verschillen tussen de one- en two-tier-board wordt vaak te veel gekeken naar formele en procedurele verschillen in plaats van naar de realiteit van de praktijk. De vergadering van een one-tier-board verschilt bij veel vennootschappen niet veel van een gecombineerde vergadering van de raad van bestuur en de RvC. Een formele stemming om tot een besluit te komen gebeurt vrijwel nooit. De steun voor een beslissing wordt in een of meerdere vergaderingen afgetast en wanneer zich al dan niet na aanpassingen, verdere gesprekken en verdere informatie verstrekking een duidelijke meerderheid voor het voorstel aftekent, wordt het besluit doorgaans unaniem genomen.

Wanneer de EC geen orgaan is en geen formele besluiten neemt past de RvC en de non-executive directors ook terughoudendheid bij directe bemoeienis bij de EC-vergaderingen. Het is overigens bij veel ondernemingen wel gebruikelijk dat de EC-leden een deel van de one-tier-board of RvC-vergadering bijwonen om over de resultaten van hun business te rapporteren. Van een formele benoeming tot EC-lid is zelden sprake. De praktijk is eerder dat iemand in een bepaalde functie wordt benoemd en dat die functie een EC-lidmaatschap of deelname met zich brengt. Een verstandig opererende CEO zal over een dergelijke senior benoeming vooraf met de one-tier-board of RvC communiceren en steun sonderen ongeacht waar de formele beslissingsbevoegdheid ligt.

Indien de EC wel beslissingen neemt rijst de vraag wat de aard daarvan is en waar de bevoegdheid daartoe op is gebaseerd. Gaat het om beslissingen van interne aard of ook om beslissingen met externe werking en hoe verhouden deze beslissingen zich tot de bevoegdheid van de raad van bestuur of executive directors? Indien de EC-beslissing een advies is aan de raad van bestuur en door de raad van bestuur eerst wordt besloten en er dus pas dan effect is voor de vennootschap, zie ik nog geen reden tot zorg en regelgeving. Gaan de EC-beslissingen echter verder en vertonen deze trekken van een besluit van een orgaan of dagelijkse beleidsbepaler dan wordt de situatie anders, wordt de aansprakelijkheid van de EC-leden ten aanzien van de vennootschap een reëel risico ('shadow directors' in het Verenigd Koninkrijk), en is de roep om governance-bepalingen op zijn plaats.

De inschatting op basis van mijn ervaring is dat aandeelhouders een additioneel orgaan niet toejuichen en de voorkeur geven aan eenvoud en duidelijkheid ten aanzien van bestuur en toezicht binnen de vennootschap, daaronder begrepen wie ze kunnen aanspreken, benoemen en ontslaan. Wanneer de EC een interne organisatie of overlegstructuur is onder verantwoordelijkheid van de raad van bestuur of uitvoerende bestuurders zie ik geen reden tot corporate governance-zorgen net zo min als ik ooit bezwaren hoor tegen de delegatie van dagelijkse verantwoordelijkheden aan businessmanagers of hoofden van functies (personeelszaken, juridische zaken, communicatie, informatietechnologie). Het kan anders worden wanneer de EC zich naar buiten presenteert als een orgaan of bestuurslaag en dat gevaar is niet denkbeeldig. De EC bestaat vaak uit de meest senior managers in de organisatie en die manifesteren zich menselijkerwijs begrijpelijk ook graag

naar buiten voor erkenning beginnend met een EC-groepsfoto in het jaarverslag. Die informatie over wie de EC vormen is op zich ook goede informatie voor de aandeelhouder en externe herkenning in contact met derden zoals overheden, joint venture partners, klanten en leveranciers.

6. Conclusie

De EC, valt er wat te regelen? Zolang over de verantwoordelijkheid van de raad van bestuur of uitvoerende bestuurders jegens aandeelhouders geen misverstand is en de EC zich niet als 'shadow directors' of een bestuursorgaan gaat gedragen, zie ik geen reden voor de introductie van corporate governance-regels over de EC. Het beeld over de EC in Nederland en in de UK geeft niet de indruk dat de EC in het algemeen zich richting een additioneel vennootschappelijk orgaan ontwikkelt. Zijn regels nodig ten aanzien van de EC dan rijst de vraag of dit wel in corporate governance-regels kan worden geadresseerd of dat herziening van het vennootschapsrecht de aangewezen weg is.