

1 | One-tier en two-tier board: de vorm en de inhoud

Steven Schuit

1. Inleiding

Indien besloten wordt een one-tier board te vormen, dreigt grote verwarring onder de stakeholders bij de onderneming als de rolopvatting (de *inhoud*) van bestuurders en commissarissen over hun taken en verantwoordelijkheden niet ook aangepast wordt aan de gewijzigde *vorm* van de bestuursstructuur. Goede corporate governance vergt volstrekte duidelijkheid over deze taken en verantwoordelijkheden. Derhalve moeten mengvormen (zoals de veel genoemde one-and-a-half-tier-board¹) worden vermeden.

In paragraaf 2 zal ik ingaan op het belang van de vorm van de one-tier board en de tradities die omtrent de one-tier board heersen in landen die belangrijke spelers zijn in de kapitaalmarkt. In paragraaf 3 behandel ik het stakeholders model en de one-tier board. Daarna komen in paragraaf 4 tien aspecten van de Engelse board room traditie aan de orde, waarna ik tot slot in paragraaf 5 de vraag aan de orde stel of de Engelse traditie zich ook leent voor receptie door een Nederlandse one-tier board.

2. Het belang van de vorm

Nu dan eindelijk ook in Nederland de one-tier board structuur een wettelijke uitwerking heeft gekregen, is in vele raden van commissarissen de vraag aan de orde gekomen of de governance van de onderneming zou kunnen worden verbeterd door voor deze andere board structuur te kiezen. Dit is een legitieme vraag, mits aan die vraag niet de gedachte ten grondslag ligt dat de one-tier board op zich een betere vorm is. Beide vormen kunnen leiden tot goed functionerende besturen en toezichhouders. Het gaat veeleer om de vraag of er redenen zijn die onder de gegeven omstandigheden leiden tot een beter resultaat bij de toepassing van de ene of de andere vorm. Het gaat dus om de toepassing van de vorm in de context, en niet om de vorm zelf *in abstracto*.

¹ Daarmee wordt bedoeld een two-tier board die feitelijk functioneert als een one-tier board. Voor het eerst is naar deze mengvorm verwezen door G. Van Solinge in: 'Colleague or Cop, Corporate Governance, een agenda voor de toekomst'. Amsterdam Center voor Corporate Finance 10 (2004), p. 37 en verder.

De vorm van de Nederlandse one-tier board is nog niet ingevuld, zoals dat wel het geval is in vele andere landen die de one-tier board al lange tijd kennen. In elk van die landen is een traditie ontstaan over die invulling, die in hoge mate bepalend is voor de rolopvatting van de uitvoerend- en niet-uitvoerend bestuurders.² Er is veel voor te zeggen om niet een eigen traditie in Nederland op dit punt op te bouwen, maar door aansluiting te zoeken bij een bestaande traditie van één of meer andere (prominente) landen. De belangrijkste reden is hiervoor dat de actoren in de kapitaalmarkt,³ maar ook de banken en de financiële media in de praktijk niet kunnen werken met een groot aantal, onderling zeer verschillende varianten. De grotere fondsen hebben investeringen in meer dan vijftig jurisdicties! Nederland is niet onbelangrijk in de financiële wereld, maar wij kunnen ons natuurlijk niet langer rekenen tot de hoofdrolspelers op dat gebied. De meeste ondernemingen moeten in belangrijke mate rekening houden met de kapitaalmarkt en zij zouden dus moeten overwegen zich te voegen naar de tradities die omtrent de one-tier board heersen in landen die wel belangrijke spelers zijn in de kapitaalmarkt, zoals de Verenigde Staten ('VS'), het Verenigd Koninkrijk ('VK') en Frankrijk.⁴

De one-tier board in Frankrijk wordt vrijwel steeds gedomineerd door de *Président Directeur Général* ('PDG'). Hoewel in toenemende mate deze rol wordt gescheiden van de rol van de voorzitter van de board, loopt de traditie nog achter. De PDG bepaalt in de praktijk in belangrijke mate de samenstelling en het functioneren van de board, de relatie tot de aandeelhouders en de informatievoorziening.⁵ De traditie in de VS is in veel opzichten heel anders.⁶ De Amerikaanse traditie is in hoge mate gebaseerd op het vertrouwen in het ondernemerschap van de CEO en in het functioneren van de (volkomen) markt.⁷ De CEO is in meer dan 60 procent van de Amerikaanse beursgenoteerde ondernemingen tevens de Chairman van de board. Daar wordt wel oppositie tegen gevoerd door sommige grootaandeelhouders, maar het effect daarvan is nog beperkt. De CEO/Chairman is vaak het boegbeeld van de onderneming en domineert de board. Door de *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), ingevoerd in 2004, is inmiddels ook de audit committee uit de board van zeer groot belang geworden. Deze committee bestaat uitsluitend uit "independent" board members, zoals nader gedefinieerd in deze wet en in de toepasselijke beursregels. Door het grote belang van de audit committee en het onafhankelijk functioneren⁸ daarvan, is in feite in de VS een two-tier board structuur ontstaan, hoewel juridisch de vorm van

2 De Engelse 'executive' komt vergaand overeen met de Nederlandse Uitvoerend bestuurder in zowel een one-tier als een two-tier board. De Engelse 'non-executive' heeft echter een andere taak en verantwoordelijkheid dan de Nederlandse commissaris in een two-tier board.

3 Zoals rating agencies, voting advisors, analisten, investment managers en investment owners.

4 Duitsland is wel een grote speler in de kapitaalmarkt, maar kent geen traditie van een one-tier board.

5 Verwezen wordt naar de zeer instructieve Engelstalige publicatie van M. Maclean, C. Harvey & J. Press, 'Business Elites and Corporate Governance in France and in the UK'. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2006.

6 Verwezen wordt naar W. Calkoen, 'De One-tier board', dissertatie 2011. Het boek bevat zeer waardevolle en uitvoerige informatie over de one-tier board, in vergelijking met de two-tier board, in de VS en het VK.

7 Een volkomen markt is een ideaal type dat volkomen concurrentie, volkomen transparantie en volledige liquiditeit in de markt veronderstelt. De effectenmarkt in de VS voldoet niet aan dit ideaal type, maar benadert het wel meer dan de Europese effectenmarkten.

8 De Audit Committee in de VS heeft krachtens de SOX een eigen verantwoordelijkheid. Daardoor ontstaat binnen de Audit Committee een onafhankelijke besluitvorming, die niet onderworpen is aan de instemming van de Board.

one-tier wordt aangehouden. Dit is anders in het VK. De UK Corporate Governance Code verhindert de samenvaal van de functies van CEO en Chairman. Het geeft de board een aantal Principles mee die van grote betekenis zijn voor de rolopvatting van de board members. De corporate governance in het VK staat model voor discussies daarover in Europa.

Wij moeten in Nederland kiezen wanneer het gaat om de wijze waarop wij naar de stakeholders van de onderneming duidelijkheid willen verschaffen over vorm én inhoud van het toepasselijke governance model. Door alleen voor een andere vorm, de one-tier board structuur, te kiezen met behoud van de Nederlandse two-tier traditie, creëren we verwarring over de taken en bevoegdheden van de executives en van de non-executives. Die verwarring zal niet alleen ontstaan bij de stakeholders, maar ook bij de executives en non-executives zelf. Zij moeten afgerekend worden op hun functioneren en de effectiviteit van de governance in de betreffende onderneming. Daarbij kan ook niet geheel voorbij gegaan worden aan de omvang van de aansprakelijkheid die bij verwaarlozing van of onbegrip over die verantwoordelijkheden kan ontstaan. Bij de discussie over de one-tier board in Nederland wordt nog veel gehoord dat de persoonlijke aansprakelijkheid van non-executives in een Nederlandse one-tier board structuur gelijk is aan die van de executives. Dat is veel te kort door de bocht.⁹ Het gaat daarbij immers niet alleen om de vorm, maar ook om de inhoud. Die inhoud wordt in belangrijke mate gevormd door de rolopvatting van de board members, en die steunt nu eenmaal op een traditie. Omdat we die in Nederland niet hebben wanneer het om een one-tier structuur gaat, is het dus aanbevelenswaardig om 'leentje-buur' te spelen.

Gezien het grote belang van de Engelse kapitaalmarkt en de leidende rol die het VK speelt in de corporate governance discussie wordt in deze bijdrage aansluiting gezocht bij de aldaar bestaande board tradities.

3. Het stakeholders model en de one-tier board

De Engelse tradities betreffende de governance van een onderneming zijn natuurlijk beïnvloed door het aldaar geldende shareholders model. In Nederland wordt het stakeholders model gevolgd. Beide modellen kennen diverse varianten, maar in hoofdzaak wordt het verschil bepaald door de vraag of het belang van de aandeelhouders uiteindelijk bepalend is bij de strategie en de implementatie daarvan, of het belang van alle stakeholders (waaronder de aandeelhouders). De beantwoording van deze vraag kan grote betekenis hebben voor het langetermijnbeleid, de duurzaamheidsdiscussie en voor de vorm, inhoud en frequentie van de financiële rapportage.

⁹ Verwezen wordt naar mr. D.M.H.W. Strik, 'Grondslagen Bestuurdersaansprakelijkheid', Kluwer 2011.

De Engelse board traditie gaat uit van het creëren van aandeelhouders waarde en volgt een verlichte vorm van het shareholders model. Maar in de praktijk zijn de verschillen met de Nederlands AEX en Midcap fondsen op dat punt echter niet groot. Ook in Nederland zijn de beurskoers, de *total shareholders return* (TSR) en de rapporten van analisten in belangrijke mate bepalend voor de besluitvorming binnen de raad van bestuur en de raad van commissarissen. Zowel in het VK als in Nederland wordt ook beleden dat deze aandeelhouderswaarde ‘op lange termijn’ moet worden gerealiseerd.¹⁰ Hoewel het verschil tussen de beide modellen dus heel groot kan zijn, is het in de praktijk vermoedelijk heel veel kleiner dan in academische en politieke kringen wordt verondersteld. Maar zelfs als die verschillen groot zouden zijn, maakt dat weinig uit voor een Nederlandse ‘receptie’¹¹ van de Engelse boardroom traditie, mits in Nederland het stakeholders model wordt gehandhaafd.

4. Tien aspecten van de Engelse board room traditie¹²

De navolgende samenvatting van de boardroom traditie in het VK heeft betrekking op grotere ondernemingen, die genoteerd zijn aan de London Stock Exchange. Getracht is om zo min mogelijk te vervallen in detail. Er zijn onderling natuurlijk grote verschillen. Sommige verschillen berusten op bewuste keuzes en zijn van structurele aard. Andere zijn veroorzaakt door de persoonlijkheid van de directors; het gaat uiteindelijk allemaal om mensen, en die zijn (gelukkig) nu eenmaal niet hetzelfde.

1. De gezamenlijke besluitvorming

Alle besluiten zijn te herleiden tot de board, bestaande uit de executives en de non-executives. Als de executives zelfstandig besluiten nemen, berust dat altijd op een mandaat van de volledige board, inclusief de non-executives. Dat mandaat kan altijd herroepen of gewijzigd worden. Kortom: de board is de baas. Maar deze bevoegdheid wordt door de board uitgeoefend met inachtneming van het uitgangspunt: *‘The Chairman runs the board, the CEO runs the company’*.

Dit uitgangspunt is essentieel voor de onderlinge taakverdeling tussen executives en non-executives, maar ook tussen de Chairman en de CEO. De executives hebben de non-executives nodig. Anders dan in Nederland bij een raad van commissarissen, worden in het VK de non-executives regelmatig door de CEO of een andere executive voorafgaand aan de vergadering benaderd om te lobbyen voor een bepaald besluit dat aan de orde komt; ook de Chairman speelt daarbij een rol.

10 Betwijfeld mag worden of die lange termijn echt wel nagestreefd kan worden als de kapitaalmarkt de onderneming afrekenet op kwartaal- en halfjaar berichten.

11 Het begrip receptie is hier gebruikt om een parallel duidelijk te maken met de receptie die in Nederland heeft plaats gevonden van buitenlandse rechtsregels, zoals het Romeinse recht, de Franse Code Civil en de zeer omvangrijke rechtsregels door of vanwege de Europese Unie.

12 De schrijver dezes is zich bewust van de generalisaties die hij maakt en de daaruit voortvloeiende onzorgvuldigheden. Hij beoogt in een vogelvlucht een impressie te geven van de traditie in de Engelse boardroom, gebaseerd op een aantal interviews die hij heeft gehouden ter voorbereiding van een recente publicatie (zie voetnoot 11) en op zijn eigen ervaring als non-executive in een Engelse Plc. Het gaat hem om het totale beeld dat wordt geschetst van de governance van een groot aantal onderling zeer verschillende ondernemingen in het VK. Dat beeld zal wel haast nooit volledig accuraat zijn, hoe gedetailleerd ook.

2. De relatie met het tweede echelon

Omdat alle board members verantwoordelijk zijn voor de onderneming wordt meer dan in Nederland, ook door de non-executives contact onderhouden met divisiedirecteuren, landendirecteuren en staffunctionarissen (zoals de controller, de treasurer en de hoofden van de afdelingen fiscale en juridische zaken). Benoemingen en de bijbehorende remuneratie op dat niveau worden door de board (of een board commissie) beoordeeld. Individuele board members treden met hen desgewenst ook rechtstreeks in contact, vanzelfsprekend na overleg met de Chairman. Anders dan in Nederland wordt dit niet gezien als een bedreiging van het gezag van de CEO. Om dat te voorkomen is wel nodig dat deze rechtstreekse contacten met de nodige zorgvuldigheid plaatsvinden.

3. De Chairman

'The Chairman makes or breaks the Board'.¹³ De rol van de Chairman verschilt fundamenteel van die van de president-commissaris. De beste typering is wellicht dat de Chairman fungeert als de 'oudere en wijzere broer' van de CEO, met een aanzienlijk grotere inzet en met meer aanwezigheid op de board floor dan de president-commissaris. In het VK zorgt de Chairman voor de countervailing balance met de CEO. In Nederland werd die balans oorspronkelijk binnen de board gevonden. Het collegiale bestuursmodel, met de CEO als *primus inter pares*, is echter ondermijnd door het thans zeer gebruikelijke CEO model, met de CEO als boegbeeld en eindverantwoordelijke persoon.

De Chairman overlegt ook zeer regelmatig met de CEO en de andere executives over de lopende zaken; hij bereidt de komende board vergaderingen voor, hij overlegt daarover met de corporate secretary, hij laat zich regelmatig informeren door de landen- en divisiedirecteuren, hij gaat op bezoek bij de binnen- en buitenlandse vestigingen en hij onderhoudt het contact met de institutionele beleggers en met de regulators. Plat gezegd: hij is het smoel naar buiten. Dat geschiedt natuurlijk in overleg met de CEO, die zich primair richt op de ondernemingsresultaten. Daardoor is de CEO nog geen COO geworden; de CEO heeft voor de operationele zaken intern de eindverantwoordelijkheid. Voor zover bekend hebben in Nederland slechts drie president-commissarissen een eigen kamer, die regelmatig (2 à 3 dagen per week) ook door hen gebruikt wordt. In het VK is het bijna regel dat de Chairman over een eigen kamer beschikt, een eigen secretaresse heeft en zich veelal ook bedient van een eigen auto met chauffeur van de onderneming. Door de grotere macht van de Chairman dreigt ook hij 'zonnekoning gedrag' te vertonen. Om die reden schrijft de UK Corporate Governance Code voor dat de board een *'Senior Independent Director'* (SID) aanwijst die de jaarlijkse evaluatie van de Chairman verzorgt en voor alle aandeelhouders desgewenst fungeert als aanspreekpunt (zie hierna onder 6.).

13 Dit is de titel van een recente Nederlandstalige publicatie van schrijver dezes, Gopher, 2010 ISBN 9789051797251.

4. *De rol van de Independents*

Tot de non-executives worden gerekend de Independents. Gezien zijn grote betrokkenheid bij de CEO en zijn vooruitgeschoven positie is de Chairman nooit independent. In het VK wordt het begrip independence ook minder formeel gedefinieerd dan in Nederland. De audit committee bestaat uitsluitend uit Independents. Als zij afzonderlijk bijeenkomen, bijvoorbeeld om de Chairman en de executives in de board te beoordelen, wordt dit overleg voorgezeten door de SID. Zij vormen ook de meerderheid van de remuneratie commissie uit de board.

5. *De rol van de committees uit de board*

Ook in Nederland kent de raad van commissarissen drie of soms meer committees, die veelal bijeenkomen met één of meer leden van de raad van bestuur. Het grote verschil tussen deze committees en die van de board in het VK is gelegen in het onder 1. genoemde onderwerp: de gezamenlijke eindverantwoordelijkheid van de executives en de non-executives. Die eindverantwoordelijkheid is ook merkbaar in het overleg van de committees. Zowel in Nederland als in het VK zijn het (althans formeel) advies commissies, maar de commissies in het VK zijn meer intensief bij de gang van zaken betrokken, beter geïnformeerd en vaker voorzien van eigen adviseurs.

6. *De rol van de SID*

De rol van de SID kwam reeds eerder aan de orde. Het belang van die rol wordt in Nederland slecht begrepen. Sommigen beweren dat deze rol alleen maar leidt tot een opeenstapeling van elkaar controlerende organen ('wie controleert dan weer de SID?'). Anderen stellen dat deze rol in Nederland prima vervuld kan worden door de vice-chairman. Dit alles geeft blijk van een onvolkomen opvatting over de rol van de SID in het VK. Het belangrijkste is dat de SID volstrekt independent is – juridisch en mentaal – en ook geen ambities koestert om zelf Chairman te worden. Hij is het aanspreekpunt voor het geval onvrede bestaat over de governance, die beter in dat stadium (nog niet) met de Chairman of met de CEO wordt besproken. Zijn macht is zeer beperkt; hij fungeert alleen in die bijzondere gevallen en éénmaal per jaar bij de evaluatie van de Chairman. Kan deze rol door de vice-chairman worden vervuld? Zeker wel, als deze aan de genoemde criteria voldoet en deze rol ook expliciet aan hem wordt opgedragen en ook extern wordt gecommuniceerd. De stakeholders hebben er recht op te weten of deze rol wordt ingevuld en door wie.

7. *De informatievoorziening*

Vanwege de eindverantwoordelijkheid van alle leden van de board wordt in het VK aan de informatievoorziening veel aandacht besteed, meer dan in Nederland. Een belangrijke schakel bij deze informatievoorziening voor de board wordt gevormd door de corporate secretary. Dit is in het VK een wettelijk geregelde positie. In Nederland is deze rol de laatste jaren in de grotere ondernemingen eveneens tot ontwikkeling gekomen. De intensiteit van het contact tussen de Chairman en de corporate secretary en de taakopdracht leidt er in het VK toe dat hij/zij meer dan in Nederland voor de non-executives zorgt. Door deelname aan de committees en de

contracten met het tweede echelon en de staffunctionarissen wordt eveneens door de non-executives veel informatie ingewonnen. Ook bij dit onderwerp is de rol van de Chairman belangrijk. Hij ziet er op toe dat de board tijdig de juiste stukken krijgt, en ook niet meer dan nodig voor een goede besluitvorming.

8. Overleg met de (groot-)aandeelhouders

In Nederland geldt als uitgangspunt dat de CEO het contact met de aandeelhouders onderhoudt. De president-commissaris komt er alleen bij zitten als dat onder de bijzondere omstandigheden gewenst is, maar niet buiten de aanwezigheid van de CEO. Dat past ook zo in het Nederlandse two-tier systeem. Maar in het one-tier stelsel heeft de board de eindverantwoordelijkheid, en in het VK is het dan aan de Chairman van de board om namens de board het woord te voeren. Natuurlijk laat de Chairman de verslaggeving over aan de CEO en de CFO, maar een discussie over de taakvervulling door de executives, door de board als geheel en over de strategie moet hij desgewenst bereid zijn te voeren. Zijn inzet en zijn betrokkenheid bij het toezicht op operationele zaken maakt dat ook mogelijk.

9. De strategie

De Nederlandse regel is dat de strategie wordt opgesteld door de raad van bestuur en wordt goedgekeurd door de raad van commissarissen. Bij sommige grote Nederlandse ondernemingen wordt uit de raad van commissarissen een strategiecommissie gevormd, die de discussie in de voltallige raad voorbereidt. Maar ook dan is de betrokkenheid minder intensief dan bij een one-tier board in het VK. Ook in het VK wordt de ontwikkeling van de strategie van de onderneming in beginsel aangestuurd door de CEO, maar de CEO treedt daarover in dialoog met de board, die hij nodig heeft om de strategie in al zijn onderdelen op te kunnen stellen. De leden van de board worden ook verondersteld deze strategie in al zijn onderdelen te begrijpen. Dat vergt kennis van de markten waarin de onderneming opereert, van de technologische ontwikkelingen, van de concurrentie posities, van de kwaliteit van de eigen mensen en van de financieringsmogelijkheden van de onderneming. Binnen een goed samengestelde board moet die kennis aanwezig zijn. Een belangrijk voordeel van deze grotere betrokkenheid van de board bij de strategievorming is dat ingeval van een crisis binnen de board veel sneller inzicht bestaat welke maatregelen moeten worden getroffen.¹⁴ Kort gezegd: je weet immers aan welke knoppen je moet draaien.

10. Het tijdsbeslag

De deelname aan de Engelse one-tier board vergt aanzienlijk meer tijd dan een Nederlandse raad van commissarissen. Er wordt meer en langer vergaderd, de informatiestroom is groter, regelmatige werkbezoeken zijn volstrekt normaal en buiten vergadering wordt nog heel wat overlegd, ook onder normale omstandigheden.

¹⁴ Een crisis is per definitie altijd onvoorziën en kan lang niet altijd worden vermeden. Door goede risicobeheersing kunnen natuurlijk bepaalde risico's worden vermeden of kan de impact daarvan worden beperkt, maar een onderneming kan niet alle risico's uitsluiten.

5. Leent de Engelse traditie zich voor receptie door een Nederlandse one-tier board?

Elke cultuur kent zijn eigen afspiegeling in de wijze waarop een onderneming wordt bestuurd. Deze mening wordt thans wel algemeen gedeeld.

*‘We do not share the view that living in an interdependent world necessarily will lead to homogeneity in corporate governance practices. Our position is that globalisation does not imply that all countries and all companies will in time abandon their own distinctive identities, cultures and business practices’.*¹⁵

Maar dat staat niet in de weg aan de receptie van een traditie betreffende de one-tier board binnen de Nederlandse context. De Engelse board cultuur wordt in Nederland redelijk goed begrepen. Er zijn wat culturele verschillen, al moeten we die niet overdrijven. Nederlandse boards zoeken consensus; een stemming blijft meestal achterwege. In het VK wordt vaker gestemd, maar essentieel is dat niet. In Nederland vermijden we de achterkamertjes en willen we niet graag horen bij het Old Boys Network. In het VK wordt het konkelen niet gemeden en wordt het als een eer gezien om tot het Old Boys Network te worden gerekend. En zo zijn er nog wel meer verschillen te noemen. Maar dat betekent niet dat we in Nederland niet de meeste, zo niet alle hiervoor genoemde tien punten zouden kunnen volgen bij het maken van de keuze voor de one-tier board. Dat zou aan de stakeholders veel duidelijkheid verschaffen over de inhoud, de rolopvatting door de board members.

15 Zie voetnoot 5, p. 195.