

Aan de Commissie Corporate Governance

T.a.v. drs. R. Abma
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Betreft: Reactie op het concept van de Nederlandse Corporate Governance Code

Datum
5 september 2003

1 HOOFDLIJNEN

1.1 Waardering voor het initiatief

Op 1 juli jl. heeft de Commissie Corporate Governance, onder voorzitterschap van mr. M. Tabaksblat, een concept code uitgebracht ten aanzien van de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna aangeduid als de concept code). De commissie nodigt belanghebbenden uit commentaar te leveren voor 5 september 2003. Gaarne maken wij daarvan gebruik.

Allereerst willen wij graag onze waardering uitspreken voor het genomen initiatief. Het onderwerp behoorlijk ondernemingsbestuur is ontegenzegglijk van groot maatschappelijk belang, zowel nationaal als internationaal. Al langere tijd is een tendens gaande waarin ondernemingsbesturen in toenemende mate geconfronteerd worden met veranderende patronen van verantwoordelijkheid. In toenemende mate zijn ondernemingsbesturen zich bewust van het belang dat aan de behoeften van uiteenlopende belanghebbenden voldaan dient te worden. Integriteit, het afleggen van verantwoording en aanspreekbaarheid zijn daarbij centrale begrippen. Het is daarbij van belang dat steeds wordt gezocht naar het juiste evenwicht in de verhoudingen tussen de betrokken belanghebbenden, de zogeheten checks and balances. Een goede code voor corporate governance zal naar onze mening een positieve bijdrage kunnen leveren aan dit proces in Nederland en aan de totstandkoming van een Europese structuur op dit terrein.

Deze ontwikkelingen zijn mede van toepassing op de financiële sector. Vanuit onze verantwoordelijkheid voor financiële stabiliteit en onze prudentiële toezichtstaken op banken, verzekeringsmaatschappijen, effecteninstellingen, beleggingsinstellingen en pensioenfondsen hebben wij in de afgelopen jaren bijdragen geleverd aan de ontwikkeling van corporate

governance structuren voor de (internationale) financiële sector. Het Financial Stability Forum heeft, bijvoorbeeld, corporate governance als één van twaalf actiepunten geformuleerd. De voorschriften van het nieuwe Bazelse Akkoord (Bazel II) zijn ook gestoeld op een toenemende verantwoordelijkheid van banken op het gebied van risicobeleid en risicobeheersing, ondersteund door informatievoorziening aan de markt (pilaar 3, marktdiscipline en disclosure). In de verzekeringssector en inzake pensioenfondsen zijn vergelijkbare ontwikkelingen in gang gezet. Ook op nationaal niveau speelt corporate governance een steeds grotere rol in het prudentiële toezicht. Enige jaren geleden is daartoe voor de bankensector de Regeling Organisatie en Beheersing (ROB) uitgevaardigd. Ons algemene oordeel is dat de governance bij de grote financiële instellingen in Nederland op een behoorlijk niveau ligt. Maar uiteraard zal ook daar het toepassen van positieve elementen uit de concept code een verdere versterking kunnen betekenen.

1.2 Flexibiliteit belangrijk voor onze open economie

In deze brief concentreren wij ons op die onderdelen die te maken hebben met onze toezichtstaak. Vooraf willen wij echter een enkel verder reikend aspect niet onderbelicht laten.

Het is slecht voor de Nederlandse economie als in ons land een corporate governance praktijk zou bestaan die in negatieve zin zou afwijken van die in andere belangrijke economieën, of waarvan de perceptie zou bestaan dat dat zo was. Alleen al daarom is het goed dat er voorstellen zijn als de onderhavige.

Tegelijk onderstreept dit dat de voorstellen goed moeten worden gebalanceerd. Mogen de spelregels omtrent de corporate governance enerzijds niet te licht worden beschreven, anderzijds moeten ze ook niet overkomen als zwaarder dan in de voor ons relevante omgeving. Wij wijzen erop dat Nederland, als potentieel vestigingsland, zeer kwetsbaar is. Onze openheid maakt ons aantrekkelijk om te komen, en maakt het makkelijk om te gaan.

Het is daarom essentieel dat de Code Corporate Governance enerzijds duidelijke principes vastlegt, maar anderzijds duidelijk ruimte laat voor flexibiliteit in de toepassing. Centraal scharnier in de besluitvorming over de corporate governance van een onderneming moet de aandeelhoudersvergadering zijn. In het juridisch handavingskader moeten deze uitgangspunten geconcretiseerd worden.

Bij de invulling van deze uitgangspunten denken wij onder meer aan arbeidsvoorwaarden, aanstellings- en ontslagbepalingen, en nevenfuncties.

2 SPECIFIEKE PUNTEN

2.1 Verantwoording en handhaving

2.1.1 ‘Comply and explain’

De commissie zegt bij de presentatie van het rapport een voorkeur te hebben voor zelfregulering. Als daarmee de eigen verantwoordelijkheid van betrokkenen wordt bedoeld, zijn wij het volledig

eens. Echter, zelfregulering op dit niveau vereist een adequate mate van toezicht op de naleving van voorschriften, zeker gezien vanuit internationaal perspectief (vergelijk USA, Sarbanes-Oxley Act). De commissie schenkt op diverse plaatsen in de concept code aandacht aan het toezicht op de naleving van de concept code. In de preambule nummer 6 wordt vermeld dat het principe 'comply or explain' in Boek 2 BW dient te worden opgenomen. In best practice bepaling V.1 wordt vermeld dat het jaarverslag de hoofdlijnen (op principe niveau) van de corporate governance structuur dient te bevatten, wat daarmee onderwerp van (beperkte) toetsing wordt door de externe accountant. Daarnaast wordt in best practice bepaling V.3 aangehaakt bij het toekomstige toezicht op financiële verslaggeving. In de praktijk zou het zo kunnen zijn dat deze toezichtstructuur adequaat genoeg is, maar er is een risico dat dit aspect niet goed uit de verf komt. Reden hiervoor kan de versnipperde weergave zijn in het rapport.

Het is ons niet duidelijk in hoeverre de Commissie meent dat niet alleen de principes maar ook de best practice bepalingen moeten vallen onder het 'comply' beginsel. Zou dat bedoeld zijn, dan zullen ondernemingen gedetailleerd moeten uitleggen ('explain') waarom principes en/of best practice bepalingen niet zijn toegepast. Echter, de bewoordingen in Preambules 4 en 5 en in best practice bepaling V.1 lijken veeleer te zeggen dat alleen de principes voor 'comply' in aanmerking komen en dat de best practice bepalingen mogelijke concretisering en danwel vrijwillig toe te passen extra's zijn. Vanwege deze onduidelijkheid pleiten wij voor een nadere toelichting door de commissie op deze nalevingsaspecten. Het heeft daarbij onze sterke voorkeur dat de verantwoording zich richt op de principes (24 in getal), zodat voldoende ruimte wordt gelaten aan de onderneming voor nadere invulling. Hiermee kan worden bereikt dat een grotere acceptatie ontstaat voor toepassing van de principes ('comply'), terwijl door te variëren in de mate van detail in de best practice bepalingen de ondernemingen zich kunnen onderscheiden. Overigens is 'best practice' nogal tijds- en plaatsgebonden. Daarom zou het begrip 'Aanbevelingen' o.i. beter zijn. Te overwegen ware verder dat het te gedetailleerd moeten toepassen van het 'comply or explain' principe in (latere) civielrechtelijke procedures onvoldoende waarborgen kan bieden aan hen die ervoor hebben gekozen "to explain". Wij bevelen daarom aan om de concrete toepassing van de Code door een onderneming jaarlijks als apart agendapunt in de Aandeelhoudersvergadering te behandelen. Goedkeuring door de aandeelhouders van de 'Explanation' door Bestuur en Raad van Commissarissen inzake de 'Compliance' is dan ook een duidelijk richtsnoer voor derden, waarmee een zuivere rechtsgang is gediend.

Dit laat echter nog open dat een niet letterlijke navolging van een Best practice door een individuele bestuurder of commissaris buiten een dergelijk mechanisme kan vallen. Wij menen dat ervoor gewaakt moet worden dat de onderneming zich kan disculperen door extra uitleg, maar dat daarmee de juridische kwetsbaarheid van de individuele bestuurder of toezichthouder niet wordt gereduceerd. Aan te bevelen is derhalve ook voor individuele bestuurders en commissarissen een grote mate van transparantie te betrachten, onder meer via jaarverslagen en aandeelhoudersinformatie van de relevante ondernemingen, persberichten, websites e.d. Zulks in aansluiting op het bovengestelde met betrekking tot het 'Aanbevelingen'-karakter van deze 'Best practices'.

2.1.2 Jaarverslaggeving en toetsing

Best practice bepaling V.1 geeft aan dat het jaarverslag de hoofdlijnen van de corporate governance structuur dient weer te geven. Daarbij is aangegeven dat dit mede aan de hand van de principes van de code zal kunnen gebeuren. Er wordt gesproken over een 'corporate governance verklaring' (in verband met mogelijke verwarring met de 'accountantsverklaring' zou overigens de Engelse term 'statement' beter vertaald kunnen worden met 'verslag'). Daarnaast geeft de concept code onder diverse best practice bepalingen aanwijzingen voor de plaatsen in de jaarverslaggeving waar corporate governance gegevens opgenomen kunnen worden. Het geheel komt verwarrend over. Het verdient de voorkeur om de verslaglegging terzake toe te spitsen op het corporate governance verslag dat in het jaarverslag zal worden opgenomen. Het verdient, in het verlengde, ook aanbeveling om alle gewenste onderdelen van de structuur op principe niveau te houden (meer eenduidigheid). Verspreid in de code staan Best practice bepalingen opgenomen omtrent in het jaarverslag op te nemen issues; wij adviseren om deze bepalingen samen te brengen in één jaarverslagprincipe.

De concept code geeft aanwijzingen voor verantwoording middels voorschriften voor de jaarverslaggeving. Eén van de kritiekpunten, die mede aanleiding was voor een nieuwe code, was de slagvaardigheid van optreden door (Nederlandse) ondernemingsbesturen. Aangezien de jaarverslaggeving éénmaal per jaar wordt uitgebracht, had verwacht mogen worden dat de commissie had stilgestaan bij voorschriften omtrent tussentijdse informatievoorziening. De tussentijdse berichten zijn naar onze mening geschikt om tussentijds corporate governance knelpunten en voorgenomen maatregelen te communiceren met belanghebbenden (waaronder AVA). Hierdoor kan de slagvaardigheid van bestuur (RvB) en toezicht (RvC) beter aangetoond worden.

De Europese Commissie is van plan om een Corporate Governance Forum in te stellen met coördinerende en toezichthoudende taken op de nationale codes. De commissie stelt voor een panel periodiek (na drie jaar) te laten kijken naar noodzakelijke aanpassingen in de code. Aangezien het aspect toezicht belangrijk is, zijn wij van mening dat ook toezichthouders de gelegenheid moeten hebben om ervaringen te delen en aanbevelingen te doen binnen het genoemde panel. Dit panel kan te zijner tijd aansluiting kunnen vinden bij het Europese Corporate Governance Forum.

Met betrekking tot de bepalingen inzake de naleving van de code merken wij het volgende op:

- Onder Best practice bepaling IV.4.3.A inzake de punten, die de externe accountant aan de RvC en RvB rapporteert, zouden wij het punt willen toevoegen dat de externe accountant ook rapporteert omtrent interpretatievraagstukken bij de toepassing van IFRS/IAS en de keuzes die door RvB hierin gemaakt zijn.
- Onder Best practice bepaling V.3 inzake openbaarmaking, naleving en handhaving wordt voorgesteld om de toezichthouder (u.h.v. de komende Wet toezicht financiële verslaggeving) de aanwezigheid te laten toetsen van de corporate governance gegevens in de

jaarverslaggeving. Zoals de stand van zaken nu is, zullen DNB en PVK na 2004 bij dit toezicht op financiële instellingen een deeltaak vervullen. Tevens voeren DNB en PVK op basis van de Wet toezicht kredietwezen (inclusief de Regeling Organisatie en Beheersing), respectievelijk de Wet toezicht verzekeringsbedrijf al toezicht op corporate governance aspecten bij banken en verzekeraars uit. Dit sluit op elkaar aan, hetgeen wij verwelkomen.

De commissie heeft aangegeven dat de code van toepassing zal zijn op beursgenoteerde ondernemingen met een zetel in Nederland. In dit kader is vaak sprake van zogeheten public interest entities (PIE's). De discussie of en zo ja in hoeverre andere dan beursgenoteerde organisaties onder de reikwijdte van de code zouden moeten vallen, is nagelaten. De commissie heeft geen definitie opgenomen van een public interest entity. Het lijkt ons wenselijk dat principes van de code ook van toepassing zijn op niet-beursgenoteerde financiële instellingen.

2.2 Verhoudingen tussen organen

De concept code legt nadruk op het versterken van de rechten van aandeelhouders. Bij de taakomschrijving van commissarissen ligt het accent dientengevolge op financiën (aandeelhouderswaarde). Toepassing van het principe dat het bestuur en de commissarissen de belangen van alle stakeholders dienen te betrekken in hun beslissingen, leidt ertoe dat de code zich in bredere zin ook zou moeten richten op stakeholderwaarde. Zo zou, bijvoorbeeld, het toezicht op gedragscodes en het omgaan met andere omgevingsfactoren (de Triple-P benadering, ofwel Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen) eveneens aandacht moeten krijgen (nu is slechts onder II.4.6 inzake het auditcomité opgenomen dat dit comité toeziet op de werking van gedragscodes).

De commissie onderkent in de omschrijvingen van de taken van bestuur en commissarissen dat risicobeleid en beheersingsstructuren van belang zijn. De commissie Peters vroeg destijds, o.i. terecht, al aandacht voor deze punten. Principe I.1 behandelt deze taak voor de Raad van Bestuur. Echter, voor commissarissen is deze taak als een Best practice bepaling opgenomen (II.1.6); dit is naar onze mening een onevenwichtige verdeling. Wij adviseren om de bepaling voor commissarissen ook op principe niveau te tillen, en bovendien adviseren wij om de rolverdeling ten aanzien van risicobeleid te formuleren. Zo zullen de commissarissen meer een 'oversight' rol (effectiviteit, evenwicht in stakeholderbelangen, etc) spelen en het bestuur meer letten op de 'technical' aspecten (efficiëntie, uitvoerbaarheid, controleerbaarheid, etc).

De commissie versterkt met name de aandeelhouderrechten van aandeelhouders van niet-structuurvennootschappen. De commissie laat het structuurregime ongemoeid. Dit kan tot gevolg hebben dat onevenwichtigheid ontstaat in de checks and balances tussen ondernemingen die de Code toepassen en die het structuurregime toepassen. Het is naar onze mening ten minste nodig om een onderzoek naar handhaving respectievelijk aanpassing van het structuurregime aan te bevelen. Dit ligt overigens in lijn met de overige bepalingen van de concept code. Er is zeker een

koppeling denkbaar tussen de stakeholderbenadering van deze concept code en de inspraakbeginselen die mede aan het structuurregime ten grondslag liggen.

De EC wil graag komen tot minimumnormen voor de oprichting, samenstelling en rol van benoemings-, belonings-, en auditcommissies als subcommissies van de RvC. De concept code geeft Principes en Best practice bepalingen hiervoor. Helaas is daarbij niet aangegeven wat naar de mening van de commissie de minimumnormen zijn die op termijn in een EC-richtlijn opgenomen zouden kunnen worden. Naar onze mening zou een minimumniveau het Principe niveau kunnen zijn (na genoemde aanpassingen).

In Best practice bepaling I.1.1 wordt vermeld dat bestuurders worden benoemd voor een periode van maximaal vier jaar. Wij vinden de genoemde termijn te kort en voor discussie vatbaar. Als het al noodzakelijk wordt gevonden om een termijn te stellen, dan geven wij in overweging om een langere termijn te kiezen, bijvoorbeeld de zevenjaars-termijn.

2.3 Rol van commissarissen

In het hoofdstuk omtrent de Raad van Commissarissen wordt in II.5 het belangrijke principe van onafhankelijkheid behandeld. Dit principe is essentieel en wordt door ons van harte ondersteund. Maar vervolgens wordt een aantal ‘best practice’bepalingen opgevoerd die op diverse punten ons te rigide en wat arbitrair overkomen. Wij denken hierbij aan bijvoorbeeld aanverwanten in de tweede graad van een commissaris, die in de vijf (!) jaar voorafgaande aan de benoeming van de commissaris geen werknemer of bestuurder van de vennootschap geweest mogen zijn, dan wel in de drie (!) voorafgaande jaren geen belangrijke zakelijke relatie met de vennootschap mogen hebben gehad. Nadat aldus een wel zeer speciale definitie van ‘onafhankelijkheid’ is gecreëerd, moet volgens Best practice II.5.3. de Raad van commissarissen in het verslag verklaren welke commissarissen hij als onafhankelijk beschouwt. Deze bepaling herkennen wij niet als best practice.

In II.2.4. is een Best practice bepaling opgenomen over de maximering van het aantal commissariaten per commissaris. Wij onderschrijven de onderliggende gedachte hiermee te benadrukken dat de rol van commissaris zeer serieus genomen moet worden. Echter, de opgenomen maximering (maximaal 5 commissariaten waarbij het voorzitterschap dubbel telt) lijkt een stap te ver. Hier zou toch meer ruimte gelaten moeten worden voor individuele afwegingen, doch wel in transparantie naar de aandeelhouders.

Principe II.7 over de Bezoldiging is een ander voorbeeld van een adequaat en helder principe. Waarom daar vervolgens een Best practice II.7.3. bijhoort dat een commissaris alleen in beursgenoteerde beleggingsfondsen mag beleggen, is ons niet helder.

Wij bevelen aan deze en andere bepalingen kritisch te bezien. Daarbij moet meer recht worden gedaan aan het belang om hele goede mensen voor deze zware functies – in het bijzonder voorzitterschappen - te kunnen aantrekken, ook van buitenlandse komaf met andere best

practices. Dat vraagt om meer flexibiliteit, gepaard gaande met transparantie naar alle stakeholders.

De Best practice bepaling dat een commissaris geen gewezen bestuurder mag zijn, inclusief de uitzondering dat één commissaris niet hoeft te voldoen aan deze onafhankelijkheidseisen, heeft in algemene zin – onder de bovengemaakte kanttekeningen - onze instemming. Wij tekenen hierbij echter aan, dat het voor financiële instellingen dienstig kan zijn een oud-bestuurder in de Raad van Commissarissen op te nemen vanwege diens schaarse en specifieke materiedeskundigheid. Hierbij denken wij in het bijzonder aan de belangrijke rol van de Raad van Commissarissen bij het toezicht op de risicobeheersing door de Raad van Bestuur. Bij financiële instellingen betreft dit complexe systemen en technieken, die specifieke deskundigheid vereisen. (II.5.2.a) Bij de eerder aanbevolen herziening van de Best practices in II.5 ware dit te expliciteren, zonder te moeten terugvallen op de optie van één ‘niet-onafhankelijke’ commissaris.

2.4 Institutionele beleggers

De commissie stelt dat waar de algemene vergadering van aandeelhouders de rol van correctiemechanisme heeft, het van essentieel belang is dat aandeelhouders meer gebruik maken van hun rechten. In dat verband wordt de groeiende aandacht van institutionele beleggers voor corporate governance gesignaleerd. De commissie moedigt een actieve rol aan door institutionele beleggers te wijzen op hun verantwoordelijkheid om op zorgvuldige en transparante wijze met hun rechten als aandeelhouder om te gaan. (III.5) Concreet beveelt de commissie de wetgever aan een drietal transparantie-verplichtingen voor institutionele beleggers te verankeren. (III.5.1, III.5.2, III.5.3)

In dat verband benadrukken wij dat verzekeraars en pensioenfondsen zich als institutionele beleggers – in het belang van polishouders/pensioengerechtigden – richten op een activabeheer dat is afgestemd op de structuur van hun verplichtingen. Inzoverre institutionele beleggers aandacht voor corporate governance dan wel een actieve participatie in de algemene vergadering van aandeelhouders daartoe als middel inzetten, lopen het (uiteindelijke) belang van polishouders/pensioengerechtigden en het belang van een verbetering van corporate governance parallel. In het licht van de doelstelling van het toezicht dat de PVK uitoefent, tekenen wij daarbij aan dat verzekeraars en pensioenfondsen genoemd middel slechts zouden mogen inzetten indien dat dienend is aan het belang van polishouders/pensioengerechtigden (hun rol in corporate governance mag daar niet los van staan).

3 CONCLUSIE

Wij spreken onze waardering uit voor de aanzetten in de Concept Code en de daarin vervatte Principes voor goede Corporate Governance. Het belang hiervan achten wij hoog.

Vervolgens vragen we aandacht voor het belang van flexibiliteit met het oog op onze open economie. Onze ondernemingen moeten zowel de toets der kritiek kunnen doorstaan van een stevig corporate governance examen als in staat zijn om bestuurders en commissarissen van hoog niveau op de internationale markt aan te trekken. Dit pleit voor toepassing van ‘Comply and explain’ op het niveau van de Principes. De aandeelhoudersvergadering is het belangrijkste adres om verantwoording af te leggen over toepassing en uitwerking van de Principes, zodat de besluitvorming daarover helder is en transparant voor alle stakeholders. Dit is mede van belang voor een heldere rechtspositie van betrokkenen. We hebben voorbeelden gegeven van naar onze mening te rigide Best practices, en aanbevelingen gedaan om meer balans daarin te brengen. Ook hebben we voorstellen gedaan voor een éénduidige verslaglegging over de toegepaste corporate governance, en accentuering van de taken van de RvC en de RvB op het gebied van risicoprofiel en risicobeheersing.

Wij hopen dat de definitieve Code voor alle betrokkenen voldoende waarborg zal bieden om adequaat hun rol te spelen in het maatschappelijke belang van ondernemingen en hun stakeholders. In lijn met onze huidige wijze van toezichtsuitoefening zijn wij voornemens de Code daarin expliciet te betrekken.

Hoogachtend,

Prof. dr. A. Schilder RA
Directeur DNB en Bestuurslid PVK