

Commentaar op het conceptrapport 'De Nederlandse corporate governance code: beginselen van goede corporate governance en best practice bepalingen' van de Commissie corporate governance (de Commissie Tabaksblat) d.d. 1 juli 2003

.....

Drs. R. Klei

Senior-consultant Corporate Governance, GITP International B.V.

Prof. dr. ir. R. Goodijk

Hoogleraar Interne Arbeidsverhoudingen en Corporate Governance

Faculteit Bedrijfskunde, Rijksuniversiteit Groningen

Senior-consultant Corporate Governance, GITP International B.V.

Correspondentieadres:

Van der Does de Willeboissingel 13

5211 CC Den Bosch

Tel. 073-6919110

27 augustus 2003

1. Onderschrijving uitgangspunten.

In hoofdlijn kunnen we de uitgangspunten van de Commissie zoals geformuleerd in de preambule, onderschrijven (deze uitgangspunten zijn ook grotendeels in lijn met de recente voorstellen op EU-niveau):

- De vennootschap dient volgens de Commissie beschouwd te worden als een lange termijn samenwerkingsverband met diverse belanghebbenden. Dit uitgangspunt lijkt aan te sluiten bij de zg. stakeholderbenadering (en is ook het uitgangspunt van het SER-voorstel inzake de structuurregeling), maar het is gezien de verdere uitwerking van de code wel de vraag of de Commissie deze benadering ook daadwerkelijk kiest. In de stakeholderbenadering wordt immers uitgegaan van een zekere gelijkwaardigheid van de belanghebbenden en gepleit voor dialoog met en invloed geven aan die belanghebbenden in het belang van het goed functioneren van de onderneming. Terwijl de Commissie in de voorgestelde bepalingen vooral de groep shareholders (slechts een van de stakeholders) als belanghebbende ziet. De andere stakeholders worden in de inleiding wel even genoemd, maar komen in de uitwerking niet aan de orde.
- Terecht gaat de Commissie ervan uit dat het bestuur en de RvC een integrale verantwoordelijkheid hebben voor de afweging van de belangen van alle betrokken partijen (zij dienen rekening te houden met de belangen van de verschillende belanghebbenden: het gaat om het winnen van het 'vertrouwen' van de belanghebbenden). Bovendien behoren zij zich bij de uitoefening van hun taken niet te richten naar de belangen van één partij maar naar het (totale)

belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur is verantwoordelijk voor de afweging van de diverse deelbelangen en het zoeken naar een verantwoorde 'balans', en de RvC dient toezicht uit te oefenen op dit 'stakeholder-management'.

- Het specifiek Nederlandse structuurregime en de duale structuur (met een afzonderlijke RvB en RvC) worden op zichzelf niet ter discussie gesteld, ook al wordt de mogelijkheid open gelaten dat een onderneming meer en meer voor het one-tier systeem gaat kiezen. Dit is een goed uitgangspunt. Het two-tier systeem biedt volgens ons meer intrinsieke waarborgen voor 'good governance' wat betreft de onafhankelijkheid van het toezicht. Maar er dient ruimte te zijn voor internationaliserende ondernemingen om op corporate niveau voor het (in andere landen meer gebruikelijke) one-tier systeem te kiezen. Trouwens, meer en meer wordt onderkend – met name in de discussies over mogelijke convergentie tussen corporate governance modellen – dat good governance vooral ook afhangt van 'personal behaviour'.
- De RvC moet volgens de Commissie veel actiever bij het bestuur betrokken worden (ook al wordt dit uitgangspunt nog te weinig geëxpliciteerd en uitgewerkt) en zo onafhankelijk mogelijk (en zonder belangenverstrengeling) kunnen functioneren, en is dus ook niet zoals in het Angelsaksische systeem de vertegenwoordiger van (uitsluitend) de aandeelhoudersbelangen.
- Ook onderschrijven wij volmondig dat de aandeelhouders sterk geactiveerd dienen te worden, veel meer betrokken bij (en verantwoordelijk voor) de ontwikkelingen van de onderneming en daadwerkelijk van hun stemrecht gebruik dienen te maken. Wellicht zou hierbij meer onderscheid gemaakt moeten worden tussen 'typen' aandeelhouders, variërend van beleggers met uitsluitend het oog op het korte termijn-rendement, tot aandeelhouders met een langere termijn-betrokkenheid en groter verantwoordelijkheidsgevoel voor het langere termijn perspectief en de continuïteit van de onderneming.
- Een goed uitgangspunt lijkt ons ook een zekere flexibiliteit in de toepassing van de bepalingen. Maar we zijn het met de Commissie eens dat ondernemingen zich ingeval van afwijkingen wel expliciet dienen te verantwoorden (de 'comply or explain' regel). Een zekere flexibiliteit mag niet leiden tot meer vrijblijvendheid, maar kan wel resulteren in een grotere ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid van de onderneming.

2. Hoofdbezwaar: te weinig aandacht voor de stakeholders.

Ons hoofdbezwaar is echter dat de Commissie zich ondanks de erkenning van de betekenis van andere belanghebbenden (zie onder de uitgangspunten) zoals de werknemers, in de uitwerking van de bepalingen in haar rapport vooral/uitsluitend richt op de belangen van de aandeelhouders.

- Enerzijds lijkt de stakeholderbenadering te worden omarmd en wordt gesproken over het belang van een versterking van de structuur van 'checks and balances' (waarbij de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de verschillende organen binnen de vennootschap en de daarmee verbonden

onderneming helder moeten worden omschreven, zie ook punt 11 van de brief van de voorzitter van de Commissie CG). Anderzijds wordt bij de uitwerking van de code volstrekt voorbij gegaan aan de rol van bijvoorbeeld de werknemers.

- De Commissie zou met name oog moeten hebben voor de rol van de ondernemingsraden. Al eerder hebben wij in diverse publicaties aandacht gevraagd voor deze rol. Ook de OR heeft recht op een goede/transparante informatievoorziening en een verantwoording inzake de belangrijke bestuursbesluiten en (de kwaliteit van) het toezicht daarop. Bovendien zou de OR een belangrijke rol kunnen spelen bij de formulering van een profielschets voor de RvC gezien de rol die de OR nu al wettelijk heeft bij de (her-)benoeming van commissarissen. Ook kunnen eventuele toekomstige juridische problemen (o.a. vanwege mogelijke overlappings in bevoegdheden van de verschillende organen) voorkomen worden door nu al – en rekening houdend met de door de SER voorgestelde aanpassingen van het structuurregime - de verschillende bevoegdheden van de verschillende organen van de onderneming duidelijker te benoemen.
- Daarnaast zou de Commissie eveneens – gezien de actualiteit van maatschappelijk verantwoord ondernemen – aandacht moeten geven aan de wijze van verantwoording van de onderneming aan de ‘maatschappij’. Vele met name vooraanstaande grote ondernemingen besteden aan dit thema inmiddels bijzondere aandacht (ook in het licht van het corporate governance debat) en erkennen het belang ervan voor het goed functioneren van de onderneming.

De eenzijdige focus van de Commissie op de rechten van de (vergadering van de) aandeelhouders heeft ongetwijfeld te maken met de aan hen toegekende opdracht (en het feit dat de opdrachtgevers vooral uit de kring van werkgevers en beleggers komen) en de – mede daardoor (?) - te eenzijdige samenstelling van de Commissie. Al eerder is door ons gepleit voor een bredere samenstelling van de Commissie, met ook vertegenwoordigers vanuit andere kringen zoals de werknemers(-vertegenwoordigers) en maatschappelijke groeperingen.

3. Terechte aandacht voor het functioneren en de integriteit van het bestuur.

Het lijkt ons een goede zaak dat de Commissie voorstellen doet om het functioneren van het bestuur transparanter en de honorering van de bestuurders ‘maatschappelijk acceptabeler’ te maken.

- De Commissie pleit terecht voor het maatschappelijk acceptabeler maken en limiteren van de extra vergoedingen, de additionele beloningen (in de vorm van opties, aandelen, vertrekbonussen, ontslagvergoedingen en ‘gouden handdrukken’) van de bestuurders. Ook is het een goede zaak dat deze vergoedingen transparanter worden gemaakt en meer gerelateerd aan aantoonbare prestaties van de bestuurder. Wel moet gewaakt worden voor (verdere, en in veel situaties onterechte) verdachtmakingen aan het adres van

bestuurders. Deze kwestie krijgt naar onze mening verhoudingsgewijs toch al teveel aandacht in de pers, terwijl de essentie van een betere corporate governance vooral moet liggen in de kwaliteit van bestuur, toezicht en verantwoording aan stakeholders.

- Een aanstelling van maximaal 4 jaar (met daarna een eventuele verlenging) voor elke bestuurder ongeacht het type onderneming en de ontwikkelingsfase, lijkt ons sympathiek maar zal ongetwijfeld bij veel ondernemingen weerstand oproepen. Een dergelijke bepaling kan de indruk wekken dat een verbetering van de corporate governance vooral gezocht wordt in kwantitatieve in plaats van kwalitatieve oplossingen. Wellicht is het beter te eisen dat bestuurders periodiek beoordeeld worden op basis van 'key performance indicatoren' en de vraag in hoeverre zij in de achterliggende periode tot een verantwoorde afweging van (alle) belangen zijn gekomen (de belangen van de aandeelhouders, medewerkers, klanten, maatschappelijke groepen e.d.). Deze beoordeling zal niet alleen door de aandeelhouders maar ook door de werknemers (via de OR, in de lijn met artikel 30 van de WOR) moeten plaatsvinden. Ook zal er hier en daar weerstand komen tegen de bepaling dat bestuurders niet meer moeten worden beschouwd als 'werknemers' en dat de wet moet worden aangepast.
- We vinden het terecht dat bestuurders naast hun zware en verantwoordelijke taak hooguit enkele (genoemd wordt 'twee') commissariaten in andere ondernemingen kunnen vervullen en geen voorzitter van een RvC kunnen zijn. Minder juist daarentegen lijkt ons de bepaling dat een bestuurder (nog steeds) commissaris kan zijn bij een dochteronderneming. Is dat niet in strijd met het principe van een zo groot mogelijke onafhankelijkheid van de RvC en de bepalingen onder punt II.5 ? Hierover dient verder nagedacht te worden. We kunnen ons voorstellen dat bestuurders via deelname in de RvC van een dochteronderneming meer 'control'-mogelijkheden willen hebben. Maar anderzijds is een RvC ook bij een vrijwillige toepassing in een dochterbedrijf, bedoeld om zo onafhankelijk mogelijk toezicht uit te oefenen op het bestuur van dat bedrijf.

4. De link tussen corporate en internal governance.

Er wordt door de Commissie terecht een koppeling verondersteld tussen de corporate governance en de zg. internal governance. Op deze kwestie is al eerder ook door anderen gewezen maar de relatie is nu voor het eerst in een Nederlandse corporate governance code expliciet naar voren gebracht. Internal governance verwijst naar het besturen en managen van het interne ondernemingsgebeuren zelf: het richting geven aan de ontwikkelingen, het bepalen van de strategie en doelen van de onderneming (en haar onderdelen zoals divisies en business-units), het formuleren en goedkeuren van plannen, toewijzen van middelen en monitoren van de resultaten, en het mobiliseren van de betrokkenheid binnen de onderneming. Daarvoor zijn interne 'instrumenten' nodig. Het inzicht is gegroeid dat er een verband bestaat tussen de kwaliteit van de 'interne' transparantie, monitoring en verantwoording en de kwaliteit van bestuur, toezicht en verantwoording op het corporate niveau. Daarom is er in het corporate governance debat terecht meer aandacht gekomen voor het interne auditing proces. Een goede verantwoording richting stakeholders op corporate niveau is alleen maar

mogelijk ingeval van een goed intern planning-, risicobeheersings- en controlsysteem (vergelijk ook de Sarbanes Oxley Act, 2002).

Maar ook hier is de aanpak te beperkt als alleen een goede 'financiële' verslaglegging wordt gezien als voorwaarde voor de door het bestuur en de RvC af te leggen verantwoording over het gevoerde beleid. Voor een goede verantwoording heeft het bestuur en hebben de toezichthouders ook inzicht nodig in de andere (zoals de organisatorische en sociale) aspecten van het ondernemingsbeleid. Ook deze aspecten dienen voldoende gemonitord te worden.

Verder is het toe te juichen dat de Commissie bijzondere aandacht vraagt voor de positie (en kwetsbaarheid) van de zg. klokkenluiders. Klokkenluiders dienen volgens de Commissie zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid te krijgen te rapporteren over onregelmatigheden en klachten te melden.

5. Het belang van een meer professioneel en onafhankelijk opererende RvC.

Een van de belangrijkste issues in het corporate governance debat is – al decennia lang trouwens - het opereren van de toezichthouders. De Commissie doet de zoveelste poging om de RvC – uitgaande van de Nederlandse verhoudingen en bestaande wetgeving – te professionaliseren en het 'old boys network' te doorbreken.

- Om te beginnen dient een RvC een eigen reglement te hebben waarin taakverdeling en werkwijze zijn geregeld, maar ook de omgang met de RvB, de OR en de AVA. Opmerkelijk is het dat de Commissie in deze bepaling (II.1.1) wél (en bij uitzondering) verwijst naar de OR. Gezien de vele misverstanden over de relatie tussen RvC en OR tot nu toe en de beperkte formele mogelijkheden die de wetgeving daarvoor biedt, ligt het voor de hand dat er per onderneming concrete (en werkbare) afspraken over die relatie worden gemaakt. Er bestaan inmiddels voldoende schriftelijke convenanten en best-practices op dit gebied om richting te geven aan de afspraken. En diverse RvC's hebben reeds de ervaring opgedaan dat contacten met de OR – passend binnen het bestaande 'regime' - belangrijke informatie kan opleveren voor hun toezichthoudende taak.
- Terecht wijst de Commissie (nogmaals) op het belang van een – tenminste jaarlijkse - zelf-evaluatie door de RvC. Deze aanbeveling zou nader uitgewerkt moeten worden: wijzen op de noodzaak van een goede en actuele profielschets, passend bij de aard en ontwikkelingsfase van de onderneming; aangeven op basis van welke (hoofd-)criteria de RvC zichzelf dient te beoordelen; en vaststellen hoe en tegenover wie de RvC zich vervolgens dient te verantwoorden. Deze wijze van verantwoording zou méér kunnen omvatten dan de verplichting om melding te maken van de besprekingen in het verslag van de RvC. Vermeld zou bijvoorbeeld ook kunnen worden op welke wijze geëvalueerd is, wat de uitkomsten van de evaluatie waren en welke conclusies daaruit getrokken zijn. Ook zou de Commissie wat meer aandacht kunnen vragen voor de kwaliteit van het 'interne proces' binnen de RvC.

- De Commissie stelt een limiet aan het aantal commissariaten en zittingstermijnen en is van oordeel dat een bestuurder niet tegelijkertijd voorzitter van een RvC kan zijn. De aantallen zijn op zichzelf wat willekeurig gekozen, maar het principe van bovengrenzen-stellen vinden wij juist. Bovendien kan ook hiermee bereikt worden dat de kring van waaruit commissarissen worden gerekruteerd, verbreed wordt en het old boys network doorbroken. Terecht ook is de Commissie tegen een 'automatische herbenoeming'. Maar de Commissie laat zich onvoldoende uit over de vraag wanneer een RvC 'naar behoren' is samengesteld. Het is (alweer) te eenzijdig om alleen te wijzen op het hebben van minimaal één financiële expert in de RvC (bepaling II.2.2). Om goed toezicht te kunnen uitoefenen op het ondernemingsbeleid in al zijn aspecten en toe te kunnen zien op een verantwoorde belangenafweging van alle belanghebbenden, is het hebben van experts op andere terreinen (zoals het sociaal-maatschappelijk terrein) net zo belangrijk lijkt ons.
- Interessant is het verder dat de Commissie aangeeft dat de RvC een eigen verantwoordelijkheid draagt voor zijn informatievoorziening. Van belang daarbij is inderdaad het contact van de RvC met de (externe) accountant. Tot nu toe is het vrij gebruikelijk dat de RvC zich in zijn standpuntbepaling vooral baseert op de informatie van het bestuur. Het lijkt zelfs nog steeds een 'taboe' dat een RvC of individuele commissaris zich breder oriënteert en op eigen initiatief informatiebronnen raadpleegt. Wij zouden het toejuichen als de RvC – weliswaar in alle openheid richting het bestuur – de vrijheid neemt en benut om rechtstreekse contacten met andere experts of belanghebbenden te zoeken. Daarin past ook een actievere houding van de RvC tegenover de OR, zonder dat de RvC in een belangenpositie terecht hoeft te komen. Onafhankelijkheid sluit niet uit dat contacten met belangenpartijen nodig zijn. Bovendien is de OR een bijzonder orgaan binnen de onderneming met vaak zeer relevante interne informatie.

6. De noodzakelijke activering van de aandeelhouders.

Ook wij vinden zoals onder punt 1 al genoemd, dat de (algemene vergadering van) aandeelhouders geactiveerd moet(en) worden.

- De AVA dient volgens de Commissie dient een zodanige invloed te krijgen op het ondernemingsbeleid dat zij een volwaardige rol kan spelen in het systeem van 'checks and balances'. Dat vinden wij op zichzelf een juiste stellingname, maar alweer: geldt dit niet ook voor het andere orgaan binnen de onderneming, de OR? Het toekennen van zwaardere benoemingsrechten en goedkeuringsbesluiten aan de AVA dient dan ook afgezet te worden tegen (en in een zekere balans gehouden met) de rechten en bevoegdheden van de OR. Eerder ook wezen we al op de mogelijke juridische problematiek van de 'overlappingsen'.
- Tenslotte kunnen we ons goed vinden in de bepalingen om het stemrecht en de (ook elektronische) mogelijkheden tot stemming (ook op afstand) uit te breiden en bijvoorbeeld ook het bestuur van het administratiekantoor (bij certificering van aandelen) te professionaliseren en onafhankelijker van de vennootschap te

maken. Maar er zullen ongetwijfeld meerdere stimulerende maatregelen moeten worden genomen om de aandeelhouders te activeren en hun stem te laten uitbrengen. Onder punt 1 deden we de suggestie om als onderneming onderscheid te maken tussen typen aandeelhouders. Echt (langduriger) betrokken aandeelhouders/beleggers hebben volgens ons meer recht op informatie en invloed dan korte termijn beleggers met uitsluitend oog voor snel rendement. Het is de uitdaging voor ondernemingen om via een goede corporate governance en communicatie de aandeelhouders aan zich te binden en mede-verantwoordelijk te maken voor het langere termijn perspectief van de onderneming. In dit licht past het ook dat aandeelhouders die geen gebruik maken van hun stemrecht, zich daarover verantwoorden.