

11 september 2003

Commissie corporate governance
Drs R. Abma
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Geachte heer Abma,

Betreft: Reactie Nederlandse Vereniging van Banken op concept Nederlandse corporate governance code

De Nederlandse Vereniging van Banken heeft met veel belangstelling kennis ge-nomen van de concept code corporate governance van de Commissie Tabaksblat. Het belang van nieuwe en verbeterde afspraken over corporate governance in Nederland wordt allerwegen onderkend.

De recente onrust op de financiële markten en de bezorgdheid in brede kring over het functioneren van ondernemingsbestuur en ondernemingstoezicht vroegen om snelle actie. Voor de voortvarende en grondige wijze waarop de Commissie Tabaksblat haar voorstellen heeft weten te ontwikkelen past dan ook een woord van waardering, evenals voor het gegunde uitstel met enkele dagen voor het indienen van ons commentaar.

Een uitgebreid commentaar op de voorstellen van de Commissie ontving u reeds van VNO-NCW. Daarin werd als uitgangspunt gekozen dat er behoefte is aan een praktisch goed hanteerbare code die internationaal gezaghebbend is en ertoe zal leiden dat het nationale en internationale vertrouwen in Nederlandse beursge-noteerde ondernemingen wordt versterkt. De NVB onderschrijft dit commentaar. Wij gaan in onze reactie dan ook niet in op de kanttekeningen en suggesties die reeds door VNO-NCW naar voren werden gebracht. Hetzelfde geldt voor het commentaar van de VEUO. In onze reactie beperken wij ons tot een aantal zaken die wij specifiek van belang achten voor het Nederlandse bankwezen.

Een tweetal punten willen wij hier in het bijzonder onderstrepen:

- anders dan bij andere beursgenoteerde ondernemingen zijn banken uit hoofde van de toezichts- en andere wet- en regelgeving al onderworpen aan vaak al zeer stringente regels waarmee uw concept code geen of onvoldoende rekening houdt. De code zou hier nader op dienen te worden herzien;
- ter illustratie wordt hier specifiek genoemd het gestelde inzake tegenstrijdige belang (1.3 en II.6) Het dan voorgestelde regime is in de praktijk onwerkbaar b.v. in de situatie dat een bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap commissaris is bij een beursgenoteerde bank en waarbij die vennootschap normale bancaire zakelijke relaties met die bank onderhoudt.
- Ook het omgekeerde doet zich voor wanneer een bankbestuurder commissaris is bij een beursgenoteerde onderneming.

Gaarne vertrouwen wij erop dat u ons commentaar, dat u hierbij aantreft, in de definitieve vormgeving van de code verwerkt zodat met de specifieke positie van banken rekening wordt gehouden.

Hoogachtend,

Drs H.G.M. Blocks

Commentaar Nederlandse Vereniging van Banken op concept Nederlandse corporate governance code

Algemeen

Hoewel de concept-code afwijkingen toelaat, mits deze worden uitgelegd, achten wij het toch van belang dat in de eindversie rekening wordt gehouden met de bijzondere kenmerken van financiële instellingen, hun positie onder de toezichtwetgeving en de gevolgen voor het toezicht. Veel onderwerpen die in de code aan de orde komen zijn voor banken vaak al in detail geregeld in de voor banken geldende toezicht- en andere wetgeving. Deze erkenning zou naar ons oordeel in de code moeten worden vastgelegd en niet afhankelijk moeten zijn van individuele uitleg met alle risico van dien op uiteenlopend gedrag.

Beursgenoteerde beleggingsinstellingen (annex 1, punt 13 bij de code)

Voor beleggingsinstellingen met veranderlijk kapitaal, die per definitie beursgenoteerd zijn, bepleiten wij dat uitdrukkelijk wordt vastgelegd dat deze niet onderworpen zijn aan de code, buiten eventuele principes en best practice bepalingen die gericht zijn tot institutionele beleggers. De eigen corporate governance van deze beleggingsinstellingen is afdoende geregeld in de dwingendrechtelijke bepalingen van de Wet toezicht beleggingsinstellingen. Annex 1, punt 13 bij de code laat daarover twijfel bestaan, nu daarin wordt voorgesteld de best practice bepalingen die speciaal betrekking hebben op institutionele beleggers wettelijk te verankeren voor zover de institutionele beleggers niet zelf beursgenoteerd zijn en derhalve niet zijn onderworpen aan deze code. Voor zover zij wel beursgenoteerd zijn zou buiten twijfel moeten staan dat voor de eigen corporate governance de Wet toezicht beleggingsinstellingen bepalend is en dat de comply or explain-regel van de code daarvoor niet geldt. Uit de taakopdracht van de Commissie kan worden afgeleid dat het niet in de bedoeling ligt dat de code zich uitstrekt tot codes die zich specifiek richten op de beroepsuitoefening van professionele marktpartijen en andere op ondernemingen gerichte codes, zoals regels die betrekking hebben op de uitoefening van het bedrijf van banken en beleggingsinstellingen. Het ligt dan ook niet voor de hand deze voor professionele partijen geldende regels op te nemen in een code die zich richt tot ondernemingsbesturen, commissarissen en algemene vergaderingen van aandeelhouders in het algemeen.

Verklaring bestuur over interne risicobeheersings- en controlesystemen (best practice I.1.4)

Het bestuur dient in het jaarverslag te verklaren dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen adequaat en effectief zijn met een duidelijke onderbouwing van deze verklaring. Naar onze mening zal de internal auditor, die in opdracht van de Raad van Bestuur werkt, een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de toereikendheid en effectiviteit van de risicobeheersings- en controlesystemen en bij de toetsing van de werking van deze systemen. Dit is immers bij uitstek het werkterrein van de interne auditor, die periodiek aan de Raad van bestuur rapporteert over de opzet en werking van deze systemen. In de code wordt aan deze rol van de interne auditor geen aandacht gegeven. Wij stellen voor om deze toetsende rol van de interne audit functie expliciet in de code op te nemen.

Rapportage over werking intern risicobeheersings- en controlesysteem in jaarverslag (best practice I.1.5)

Banken zijn wat betreft de werking van interne risicobeheersings- en controlesystemen in verband met hun vertrouwenspositie onderworpen aan toezichtregels, zoals de Regeling Organisatie en Beheersing (ROB) van De Nederlandsche Bank (DNB). De goede werking van de systemen wordt dus al op voorhand gecontroleerd. Dit toezichtstelsel kan tevens leiden tot beperkingen in de communicatie naar buiten toe. Zo dienen banken er op grond van de ROB

bij hun externe communicatie voor te zorgen dat potentiële negatieve gevolgen voor de eigen instelling zo veel mogelijk worden voorkomen. De invoering van het zogenaamde Basel II-pakket zal in de nabije toekomst leiden tot een verdere verfijning van de betreffende toezichtregels.

Rapportage over gevoeligheid van resultaten van de vennootschap ten aanzien van externe omstandigheden (best practice I.1.6)

Niet duidelijk is hoe ver deze bepaling reikt. Met name is niet duidelijk wat moet worden verstaan onder 'externe omstandigheden en variabelen'. Voor banken is dit van belang omdat onder dit begrip tevens ontwikkelingen, en met name ook negatieve, bij één of meerdere debiteuren van de bank zouden kunnen vallen. Deze bepaling zou ertoe kunnen leiden dat banken dergelijke informatie via het jaarverslag openbaar zouden moeten maken. Deze informatie valt onder de geheimhoudingsplicht van de Wet toezicht kredietwezen indien zij in het kader van die wet is gerapporteerd aan de toezichthouder. Dit geheimhoudingsbeginsel zou door de voorgestelde code worden ondergraven, met alle nadelige gevolgen voor het financiële stelsel van dien. Voor zover publicatie op de door de code voorgeschreven wijze herleidbaar is tot bepaalde debiteuren zou deze zelfs een onrechtmatige daad tegenover die partijen kunnen opleveren. Nuancering van genoemde bepaling achten wij dan ook noodzakelijk.

Niet-beursgenoteerde beleggingsinstellingen (best practice I.2.8 en II.7.3)

Voor zover een bestuurder of - met een nuance- een commissaris wil beleggen in beursgenoteerde aandelen dient hij volgens de concept-code uitsluitend in beursgenoteerde beleggingsfondsen te beleggen of te kiezen voor vrije handbeheer. Aldus wordt de indruk gewekt dat het bestuurders en commissarissen ook verboden zal worden om te beleggen in niet-beursgenoteerde beleggingsfondsen. Wij zien niet in welk bezwaar daartegen zou bestaan en stellen voor expliciet aan te geven dat beleggen in niet beursgenoteerde beleggingsfondsen eveneens mogelijk is..

Maximering aantal commissariaten (best practice II.2.4)

In het bankwezen is het niet ongebruikelijk dat bestuursleden commissariaten vervullen bij dochterondernemingen. Hetzelfde komt voor bij ondernemingen die door de bank worden gefinancierd, indien de financiële situatie van de onderneming daartoe aanleiding geeft. Ook bij buitenlandse acquisities wordt regelmatig een commissarispost ingenomen. Los van de vraag of de code zou moeten voorzien in strakke kwantitatieve eisen pleiten wij ervoor te bepalen dat deze best practice bepaling niet geldt voor dit soort bijzondere situaties. Thans is niet duidelijk hoe ver deze bepaling reikt, onder meer omdat niet alleen bedoeld wordt op beursgenoteerde ondernemingen maar ook op andere grote rechtspersonen.

Tegenstrijdig belang (best practice I.3 en II.6)

Een potentieel tegenstrijdig belang dient terstond aan de voorzitter van de Raad van Commissarissen te worden gemeld. Indien een tegenstrijdig belang wordt geconstateerd, moet de transactie worden goedgekeurd door de Raad van Commissarissen. Een tegenstrijdig belang (voor de Raad van Bestuur een *potentieel* tegenstrijdig belang), bestaat in ieder geval wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon waarbij een commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende rol vervult. Bovendien wordt bepaald dat transacties tussen de vennootschap en rechts- of natuurlijke personen die tenminste 10 % van de aandelen in de vennootschap houden goedkeuring behoeven van de Raad van Commissarissen. Deze best practice bepalingen hebben naar ons oordeel een aantal ongewenste gevolgen:

Als (i) een lid van de Raad van Bestuur van vennootschap A ook commissaris is bij vennootschap B of (ii) een commissaris bij vennootschap A ook commissaris is bij vennootschap B, dienen de Raden van Commissarissen van zowel vennootschap A als B iedere transactie tussen deze twee vennootschappen goed te keuren. In het bijzonder leidt dit tot problemen bij een bancaire relatie. Illustratief is het voorbeeld van de bestuurder van een grote beursgenoteerde vennootschap die commissaris is bij een grote beursgenoteerde bank, terwijl de vennootschap een normale zakelijke relatie (kredietrelatie of anderszins) met die bank onderhoudt. Het is duidelijk dat de eis in de code van goedkeuring door de beide Raden van Commissarissen in strijd zou zijn met de primaire toezichthoudende taak van de Raad van Commissarissen. De activiteiten van de Raad van Commissarissen bewegen zich op die manier meer en meer naar de dagelijkse bedrijfsvoering van de vennootschap. Het begrip 'transactie' dient naar ons oordeel nader gedefinieerd te worden. Wij kunnen ons nauwelijks voorstellen dat het de intentie is om iedere transactie, en niet alleen belangrijke categorieën als acquisities, afsplitsingen of fusies, te laten goedkeuren door de Raad van Commissarissen in geval van tegenstrijdig belang.

Ook dient de Raad van Commissarissen van een vennootschap iedere transactie met de houder van 10 % van haar geplaatste aandelenkapitaal goed te keuren. Wij verzoeken de Commissie om aan te geven of hier de nominale- of de economische waarde van het aandelenkapitaal wordt bedoeld.

De voorstellen met betrekking tot tegenstrijdig belang zijn uitermate nadelig en onpraktisch voor financiële instellingen. Voor banken, met hun actieve participatie in de bedrijfsvoering en economische ontwikkeling van bijna alle, al dan niet beursgenoteerde, vennootschappen in Nederland, zou dit leiden tot een veelheid aan praktische problemen. Uit hoofde van hun kernactiviteiten hebben banken vaak toegang tot vertrouwelijke en koersgevoelige informatie. Het is niet wenselijk, indien die transacties onder de definitie van tegenstrijdig belang zouden vallen, dat deze aan de Raad van Commissarissen zouden worden voorgelegd en uiteindelijk zelfs in het jaarverslag zouden worden gepubliceerd. Ook valt niet uit te sluiten dat de ruim geformuleerde voorstellen negatieve gevolgen hebben voor activiteiten van bankbestuurders in non-profit instellingen. Te denken valt aan een bestuursfunctie van een bankbestuurder in een stichting die een rekening bij de bank aanhoudt.

In deze context is onduidelijk wat het onderscheid is tussen een *potentieel* tegenstrijdig belang voor de Raad van Bestuur en een vastgesteld tegenstrijdig belang voor de Raad van Commissarissen met betrekking tot situaties genoemd in best practice bepalingen I.3 en II.6.

Onafhankelijkheid commissarissen (best practice II.5.2.c)

Bepaald wordt dat een commissaris niet als onafhankelijk beschouwd kan worden indien hij, dan wel zijn echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- en aanverwant tot in de tweede graad in de drie jaar voorafgaand aan de benoeming een belangrijke zakelijke relatie met de vennootschap heeft gehad.

Wij achten het van groot belang dat de Commissie het begrip 'belangrijke zakelijke relatie' verduidelijkt en definieert. Deze bepaling treft met name financiële instellingen. Vraag is bijvoorbeeld of een commissaris niet als onafhankelijk kan worden beschouwd indien de bank een kredietfaciliteit of een hypothecaire lening verschaft aan hemzelf of aan één van de genoemde familierelaties in de drie jaar voorafgaand aan zijn benoeming.

Tevens is de duur van de zogenaamde 'niet-onafhankelijkheidsperiode' van drie jaar naar onze mening te inflexibel. Indien de term 'belangrijke zakelijke relatie' wordt verduidelijkt zou de niet-onafhankelijkheidsperiode van een commissaris korter maar ook wel langer dan

drie jaar kunnen duren, afhankelijk van de specifieke omstandigheden. De Commissie wordt daarom verzocht om de vennootschap zelf te laten beoordelen wanneer de niet-onafhankelijkheid van een kandidaat-commissaris is gezuiverd en daarover te rapporteren in het jaarverslag.

Financieringspreferente aandelen (best practice III.1.2)

Een wijziging in het aan financieringspreferente aandelen te verbinden stemrecht doet geen recht aan de aard van dit instrument en de wijze waarop daarvan gebruik wordt gemaakt in de bancaire praktijk. Vraag is hoe de aanpassing van het stemrecht doorwerkt op de toepassing van de regels van de Wet melding zeggenschap en het regime inzake de verklaring van geen bezwaar onder de Wet toezicht kredietwezen. Daarnaast is de vraag of deze bepaling op termijn niet de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op 5 %-belangen in de vorm van preferente financieringsaandelen in gevaar zal brengen.

Aandelenresearch (best practice III.4.3 en III.4.4)

Eerstgenoemde paragraaf is zeer stringent geformuleerd. Vraag is of er bij de betrokken onderneming geen behoefte is aan een uitgebreidere toetsingsmogelijkheid dan hier genoemd. Wat betreft de betaling van vergoedingen door een onderneming voor het verrichte onderzoek zijn wij van mening dat dat niet bezwaarlijk zou hoeven zijn, zo lang maar duidelijk blijkt in wiens opdracht het analistenrapport is gemaakt.

Logistiek AVA/informatieverschaffing (best practice III.4.8)

Ingevolge deze bepaling moet de vennootschap alle informatie die zij krachtens het vennootschapsrecht en effectenrecht dient te publiceren of deponeren op de eigen website plaatsen. Deze bepaling impliceert dat ook geheime toezichtsinformatie die ingevolge de Wet toezicht effectenverkeer aan DNB of de Autoriteit Financiële Markten moet worden gerapporteerd en dus aldaar moet worden gedeponerd op de openbare website zou moeten worden geplaatst. Nuancering van deze bepaling achten wij daarom noodzakelijk.

Verantwoordelijkheid institutionele beleggers (principe III.5)

Blijkens deze paragraaf gaat de code ervan uit dat institutionele beleggers een verantwoordelijkheid hebben jegens achterliggende begunstigden of beleggers en de vennootschap waarin zij beleggen die verder gaat dan die van gewone beleggers. Wij begrijpen dat de code de aandeelhouder, als complement op de versterking van diens positie, tracht aan te sporen om daadwerkelijk van zijn rechten gebruik te maken. Deze paragraaf leidt echter tot rechtsongelijkheid tussen de institutionele belegger en de gewone aandeelhouder. De regel om op verzoek bekend te maken hoe in een concreet geval werd gestemd dreigt aanzienlijke administratieve lasten met zich mee te brengen, in het bijzonder indien sprake is van beleggingen met een ruime spreiding en een gering belang per onderneming en bij uitbesteding van beleggingsactiviteiten aan derden, in het bijzonder in geval van uitbesteding aan buitenlandse partijen.

Bevraging externe accountant door de AVA over getrouwheid jaarrekening (best practice IV.2.1 en annex 1, aanbeveling 14)

Volgens deze aanbeveling kan de externe accountant over zijn verklaring omtrent de getrouwheid van de jaarrekening worden bevraagd door de algemene vergadering van aandeelhouders, woont hij deze vergadering bij en is hij bevoegd daarin het woord te voeren. In annex 1, aanbeveling 14 wordt aanbevolen deze bevoegdheid wettelijk te faciliteren. Deze bepaling zal ertoe kunnen leiden dat de externe accountant verantwoording zal gaan afleggen aan de AVA terwijl hij geen orgaan is van de vennootschap. Voor banken en voor het toezicht uit hoofde van onder meer de Wet toezicht kredietwezen zal dit extra bezwaarlijk

kunnen zijn omdat DNB bij haar toezicht in grote mate leunt op de bevindingen van de accountant en de accountant onder deze wet speciale verplichtingen heeft jegens DNB. Deze toezichtrelatie is vertrouwelijk en zou niet door de code doorkruist moeten worden.

Positie van de interne accountants (principe IV.3 en best practice IV.3.1)

Naar onze mening is de uitwerking van dit principe wat beknopt uitgevallen. Er zou duidelijker tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat de internal audit functie een wezenlijke rol in de toetsing van de interne beheersing vervult en mede op grond van haar taakopdracht en onafhankelijkheid rechtstreeks onder en ten behoeve van de Raad van Bestuur dient te functioneren. Weliswaar komt de wisselwerking met de externe accountant aan de orde, maar deze is éénzijdig geformuleerd. Dit doet naar ons oordeel onvoldoende recht aan de Nederlandse situatie, waarin externe accountant en internal auditor op voet van gelijkwaardigheid collegiaal contact hebben. Het zou aan de duidelijkheid bijdragen indien als uitgangspunt wordt genomen dat de internal audit functie primair functioneert ten behoeve van de Raad van Bestuur, en dat laatstgenoemde het functioneren van de internal auditor beoordeelt.

Een en ander zou als volgt kunnen worden verwoord:

- Internal audit fungeert ten behoeve van en in opdracht van de Raad van Bestuur en rapporteert rechtstreeks aan de voorzitter daarvan.
- Periodiek stelt de internal audit functie een planning en realisatie op. Goedkeuring daarvan vindt plaats door de Raad van Bestuur.
- De internal audit functie brengt periodiek verslag uit aan de Raad van Bestuur over de uitgevoerde audits en de uitkomsten daarvan.
- Er vindt periodiek uitwisseling en afstemming plaats van planningen, realisatie en auditbevindingen tussen de interne audit functie en de externe accountant.
- De Raad van Bestuur zendt planning, realisatie en rapportage van de internal audit functie door aan de auditcommissie. Deze stukken worden in aanwezigheid van de Raad van Bestuur en de internal auditor door de auditcommissie behandeld.
- Auditopdrachten van de auditcommissie aan de internal audit functie geschieden met medeweten van de Raad van Bestuur.
- De internal audit functie heeft de bevoegdheid om in voorkomend geval in overleg te treden met de voorzitter van de auditcommissie.