

Dhr. mr N.J. (Klaas) Westdijk

## **PRESENTATIE ALLEN & OVERY CORPORATE GOVERNANCE SEMINAR**

DAMES EN HEREN

Ik wil mijn voordracht vandaag beginnen met enkele filosofische opmerkingen over vertrouwen en macht. Dan zal ik kort stilstaan bij het structuurregime en de behandeling van de raad van bestuur in de code. De hoofdmoot van mijn presentatie gaat over de raad van commissarissen in ons two tier systeem. Ik zal daar de unitary board tegenover stellen en afsluiten met enkele slotopmerkingen.

### **CORPORATE GOVERNANCE: VERTROUWEN EN MACHT**

De jaren 1995 tot medio 2001 waren de jaren van ongebreideld optimisme over de nieuwe economie. Koersen stegen tot absurde hoogten. Het waren de jaren van Koot en Bie's motto: geen gezeik, iedereen rijk. Sindsdien zijn de koersen in een lange glijvlucht geraakt. Er zijn wantoestanden aan het licht gekomen bij enkele heel grote ondernemingen als gevolg van mensen die bezweken onder de verleiding van hebzucht. En nu is een vertrouwenscrisis op de internationale kapitaalmarkt.

Het vertrouwen in de leiding van de grote, beursgenoteerde vennootschappen is geslonken.

Wij zijn terug op aarde, wij hebben een kater en dit mag niet weer gebeuren. De wantoestanden zijn onvergeeflijk, maar ik wil er twee kanttekeningen bij maken: de mythe van de nieuwe economie schiep absurde verwachtingen, met de daaruit voortvloeiende druk, en het betrof weliswaar spectaculaire zaken, maar toch nog steeds een beperkt aantal gevallen; we moeten ervoor waken nu door te slaan.

Bovendien is de vertrouwenscrisis niet beperkt tot de kapitaalmarkt. Is het, op de keper beschouwd, niet zo dat alle instituties van onze post-moderne maatschappij gebukt gaan onder een vertrouwenscrisis? Regeringen, vakverenigingen, politieke partijen, lokale bestuurders, de politie, het OM, parastatale ondernemingen, accountants, beleggingsinstellingen en -analisten, colleges van B&W, allemaal zijn zij driftig op zoek naar versterking van hun legitimatie en herstel van het vertrouwen van de burgers. Het "grote onbehagen" treft niet alleen de ondernemingsbestuurders, maar vrijwel alle "machtsuitoefenaren", niet alleen in ons land maar overal in de westerse, op vrije markteconomie gebaseerde, democratische maatschappijen.

De code stelt vertrouwen als de pijler onder corporate governance. Daarin staat - ik citeer - : *"De code gaat uit van het breed in Nederland onderschreven uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen"* en vervolgt met *"vertrouwen van de belanghebbenden dat hun belangen worden behartigd, is een voorwaarde voor hen om binnen en met de vennootschap samen te werken"*.

Volgens mij wordt het uitgangspunt van de vennootschap als "lange termijn samenwerkingsverband" in toenemende mate op losse schroeven gezet door de globalisering, informatisering en de individualisering van onze maatschappij, waarin mensen vooral zelf hun belangen willen behartigen. Dat geldt voor alle bij de vennootschap betrokken partijen. Ik denk aan dalende klantentrouw, daling van de gemiddelde duur waarvoor een werknemer zich aan de vennootschap verbindt, waar is de huisbankier gebleven, distributiekkanalen en leveranciers worden continu gewisseld, arbeid wordt verschoven naar lage lonen landen, opkomst van uitzendarbeid, steeds dalende houdbaarheidsdatum van topmanagers die bovendien steeds vaker van buiten de onderneming komen, de enorme flexibiliteit van aandeelhouders die een ritje maken en weer elders hun heil zoeken.

Hebben wij niet behoefte aan een veel pragmatischer visie op de maatschappelijke rol van de vennootschap en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van de bestuurders van de vennootschap? Is een vennootschap vandaag de dag niet beter te omschrijven als een organisme waarin steeds wisselende partners tijdelijk samenwerken al naar gelang en zolang als zij daarin voordeel voor zichzelf zien? Is dat niet een veel pragmatischer uitgangspunt? Vanuit deze definitie zou ik eerder informatie en transparantie centraal stellen dan vertrouwen. Zodanige informatie en transparantie is dat de op dat moment bij de vennootschap betrokken partijen de gelegenheid hebben om te beoordelen of voortzetting van hun betrokkenheid nog in hun belang is. Dat moet je goed doen en als daarmee bij betrokkenen het vertrouwen terugkomt, is dat mooi meegenomen.

Hoe je de vennootschap ook definieert, vaststaat dat grote ondernemingen grote economische, sociale en politieke macht hebben. Corporate governance gaat mijns inziens veel meer over macht dan over vertrouwen: hoe is de macht verdeeld, hoe wordt op een behoorlijke manier verantwoording afgelegd over de wijze waarop de macht wordt uitgeoefend, welke sancties zijn beschikbaar in geval van misbruik of ineffectief gebruik van macht? Vennootschappelijke macht, dames en heren, moet, zoals iedere macht, vooral gecontroleerd worden. Wie macht heeft, moet verantwoording afleggen.

Je leest vaak in interviews met topmanagers dat zij hun macht relativeren. Dat is natuurlijk onzin. Wel is het zo, en ik spreek uit eigen ervaring, dat je regelmatig een

gevoel van onmacht hebt als iets weer niet zo gegaan is als je dacht of wilde, maar dat is iets anders. Natuurlijk heb je als bestuurder of commissaris macht. Zonder macht kan een doelorganisatie als een vennootschap niet geleid worden.

Waar het om in corporate governance is niet de macht zelf, maar een zodanige uitoefening ervan dat er sprake is van acceptatie daarvan door degenen die bij de vennootschap betrokken zijn. Is er niet alleen macht, maar ook gezag? In mijn waarneming is een flink stuk zelfwantrouwen ten aanzien van de macht die iemand heeft een voorwaarde voor acceptatie ervan door anderen. Medewerkers hebben een haarfijn gevoel of hun baas zijn macht gebruikt voor het bevorderen van de zaak of voor zijn eigen glorie. In heel veel van de gevallen waar het echt mis is gegaan, was sprake van machtsconcentratie, machtsmisbruik, coterietjes, willekeur en egocentriciteit.

De basis voor corporate governance is dus "accountability", het afleggen van verantwoording aan de betrokken partijen over hoe men zijn macht heeft aangewend, en "checks and balances", het creëren van een zodanig systeem van machtsverdeling dat machtsconcentratie en -misbruik zoveel mogelijk wordt voorkomen.

#### DE CODE; STRUCTUURREGIME EN DE RAAD VAN BESTUUR

Dan nu het eigenlijke onderwerp: de concept-code. Natuurlijk staan de vier basisbegrippen die ik hiervoor noemde aan de basis van deze code: een evenwichtige machtsverdeling, verantwoording afleggen, informatie en transparantie.

Daarbij is de code gebaseerd op de two tier bestuursstructuur, al dan niet als gevolg van toepassing van de structuurregeling, en geldt primair voor de beursgenoteerde vennootschappen.

Ik heb er begrip voor dat de commissie uitgaat van bestaande wetgeving in Nederland, maar betreurt het wel dat zij deze kans niet heeft aangegrepen om het structuurregime nog eens fundamenteel ter discussie te stellen. Elders schuwt zij niet de wetgever adviezen te geven. In mijn vroegere contacten met Angelsaksische beleggers was het structuurregime vrijwel niet uit te leggen, met name niet het co-optatie principe in de raad van commissarissen en de zware rol van de ondernemingsraad. Vaststaat dat als gevolg van het bestaan van het structuurregime de eisen die aan de raad van commissarissen mogen worden gesteld, extra verzwaard worden. Zij benoemen immers zichzelf en elkaar.

Het is dan ook begrijpelijk dat de code vooral aandacht besteedt aan de raad van commissarissen. Maar over de raad van bestuur, het belangrijkste orgaan van de vennootschap, is de code wel heel erg summier. Een paragraafje over taak en werkwijze

van de raad van bestuur en dan meteen door naar de honorering, hetgeen overigens een zaak van de raad van commissarissen is, en tenslotte een uitsmijter over tegengestelde belangen.

Terwijl er toch best wat te zeggen is over de ontwikkeling in het denken over de raad van bestuur in relatie tot corporate governance. Hoe moeten wij bijvoorbeeld aankijken tegen het principe van collegiaal bestuur in het licht van de steeds prominenter wordende rol van de voorzitter? Is collegialiteit niet een mythe geworden? Is de opkomst van de CEO wenselijk of schadelijk of alleen maar onvermijdelijk? En hoe borgen wij het toenemende belang van een echt onafhankelijke CFO? Waarom wordt aan leden van de raad van commissarissen wel formeel de eis gesteld dat zij ten opzichte van elkaar onafhankelijk en kritisch kunnen functioneren en niet aan de leden van de raad van bestuur? Is de raad van bestuur niet verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren zoals de raad van commissarissen, alleen maar omdat zij door de raad van commissarissen naar huis gestuurd kunnen worden? Zou het niet, naar analogie van de rvc, een goed idee zijn dat de rvb tenminste eenmaal per jaar zijn eigen functioneren evalueert en daarover rapporteert aan de rvc? Overigens valt mij op dat in die ene paragraaf over taak en werkwijze staat dat de raad van bestuur over de realisatie van de doelstellingen, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling verantwoording aflegt aan de ava. Geen woord over de rol van de rvc daarbij. Hoe is het met hun verantwoordelijkheid daarvoor?

Hiermee kom ik op mijn eigenlijke onderwerp, de behandeling van de rvc in de concept-code.

#### DE RAAD VAN COMMISSARISSEN: DE GRENZEN VAN TOEZICHT EN BELEID

Het BW omschrijft de taak van de commissarissen als volgt:

*"De Raad van Commissarissen houdt toezicht op het beleid van de raad van bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap enz enz".*

Het principe is dus eenvoudig. De raad van bestuur is verantwoordelijk voor goed beleid, de raad van commissarissen voor goed toezicht op dat beleid.

Misschien een goed moment om even stil te staan bij het fundamentele verschil tussen het one tier en het two tier systeem. In het one tier systeem is de Board collectief verantwoordelijk voor het beleid, dus ook de non-executive leden. Die verantwoordelijkheid gaat dus veel verder dan die van een commissaris in het two tier systeem. De commissie maakt zich er mijns inziens wel erg gemakkelijk van af als zij in

de preambule de code voor commissarissen in het two tier systeem onverkort van toepassing verklaart op de non-executive directors in het one tier systeem "*onverminderd hun bestuursverplichtingen*". Ik kom daar later op terug.

De kernvraag in het two tier systeem is: waar eindigt beleid, waar begint toezicht. Waar ligt die grens?

De raad van bestuur bestuurt en is daarmee verantwoordelijk voor de realisatie van de doelstellingen van de onderneming. Toch denk ik dat iedereen het met me eens zal zijn dat een commissaris niet wegkomt met de mededeling dat hij perfect toezicht heeft gehouden, geheel volgens de regelen van deze code, maar dat helaas het beleid van de raad van bestuur zo belabberd was dat de vennootschap eraan te gronde is gegaan.

Toezicht omvat tevens goedkeuring van de belangrijkste besluiten op het gebied van strategie, structuur, resultaten, risk management, enz., alle zaken die de code omschrijft als onderdeel van "*de algemene gang van zaken in de vennootschap*". Door goed te keuren wordt de raad van commissarissen dus medeverantwoordelijk voor het beleid en dat is al weer heel wat meer dan enkel toezicht.

De vraag die iedere commissaris zich moet stellen op het moment dat ergens goedkeuring voor gevraagd wordt is niet de inhoudelijke vraag "*wat zou ik zelf doen in deze situatie?*" maar de toetsingsvraag "*vind ik dit, gegeven mijn kennis van de situatie en de informatie waarover ik beschik, een goed voorstel van de raad van bestuur?*".

Het gaat dus om drie zaken.

- a) **Kennis van de situatie.** Zeer terecht stelt de code de eis dat commissarissen geschikt moeten zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid van de vennootschap te kunnen beoordelen. Ik vind in dat verband de verplichte introductie weer wat betuttelend overkomen. Ik zie er meer in dat de raad van bestuur verplicht wordt een soort "informatiepakket op hoofdlijnen" op te stellen en up-to-date te houden.
- b) **Informatie.** In die ene paragraaf over taak en werkwijze van de raad van bestuur staat iets heel essentieels, nl. de plicht van de raad van bestuur om de raad van commissarissen tijdig alle informatie te verschaffen die nodig is voor de uitoefening van hun taak. Daar moeten commissarissen scherp op letten. Maar de code geeft daarnaast in art II.1.9 de raad van commissarissen en de individuele leden van de raad "*een eigen verantwoordelijkheid inzake de verzameling van alle informatie die nodig is om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen*" en verplicht de vennootschap daartoe de nodige middelen ter beschikking te stellen. In de

Engelse Combined Code wordt dit explicieter geformuleerd met "*access to independent professional advice at the expense of the company*". Deze eigen verantwoordelijkheid van commissarissen betekent dus dat zij geen beroep kunnen doen op: ik wist het niet, de raad van bestuur heeft mij niet geïnformeerd. Met deze regel kan een commissaris aansprakelijk worden gehouden, ook als hij niet door de raad van bestuur is geïnformeerd. Dat is begrijpelijk een unitary board, waar ieder lid, executive of non-executive, gelijkelijk verantwoordelijk is voor het beleid van de vennootschap. Maar in een two tier systeem wordt hierdoor de verantwoordelijkheid voor goed toezicht een eind opgerekt in de richting van medeverantwoordelijkheid voor goed beleid.

- c) **Oordeelsvermogen.** Om tot een goed oordeel te komen moet je kijken of het voorstel goed onderbouwd is, of er een risico- en sensitivity-analyse is gemaakt, of er ook alternatieven zijn gepresenteerd inclusief de redenen waarom die minder aantrekkelijk zijn dan de voorgestelde richting, of er daadwerkelijk rekening is gehouden met de belangen van alle stakeholders, of het voorstel consistent is met eerder beleid of juist een afwijking is, of het voorstel wordt gedragen door alle leden van de raad van bestuur, enz.

Dit, dames en heren, is de rationele wereld van de besluitvorming in de raad van commissarissen en het samenspel tussen de organen van de vennootschap, de Cartesiaanse wereld van de ratio, van kennis, informatie en analyse. Daaronder ligt een minstens zo belangrijke non-rationele wereld. Als je gevraagd wordt medeverantwoordelijkheid te nemen voor de besluiten van anderen, doe je dat voor een groot deel op basis van vertrouwen in die anderen. Een raad van commissarissen kan niet functioneren zonder vertrouwen in de leden van de raad van bestuur en in diens voorzitter in het bijzonder. De belangrijkste verantwoordelijkheid voor de rvc is het zorgen dat er een goede rvb is!

Merkwaardig genoeg staat hierover bijzonder weinig in de code. Op dat gebied zouden toch ook best practices bijzonder welkom zijn. In de relatie tussen raad van commissarissen en raad van bestuur zitten potentieel grote, niet rationele valkuilen, voor beide partijen. Een gevierde CEO kan zelf gaan geloven in zijn onfeilbaarheid en een commissaris moet dan heel stevig in zijn schoenen staan als hij begint te twijfelen, naar de CEO toe maar ook naar zichzelf toe; hij heeft immers in de slipstream van het succes van de CEO ook aanzien opgebouwd in de wereld? Het is dus zaak om de omgang met elkaar zakelijk te houden en nuchter te blijven, ook al heb je nog zoveel vertrouwen in de ander. En let vooral op als het gaat om grote beslissingen met potentieel hoog-emotionele aspecten, zoals die hele grote overname of fusie of opvolging. Dus die zaken, waar het ego van de CEO nauw bij betrokken is.

Concluderend kun je stellen dat in het two tier board systeem het grensgebied tussen toezicht en beleid diffuus is en in ieder geval in toenemende mate verschuift naar medeverantwoordelijkheid van commissarissen voor het beleid zelf en de uitkomsten daarvan. Dit is een goed moment om eens nader te kijken naar de unitary board.

### DE UNITARY BOARD

Het verschil tussen het one tier systeem en het two tier systeem is, zoals eerder gesteld, in theorie heel groot. In de praktijk groeien beide systemen naar elkaar toe. Binnen het two tier systeem is in toenemende mate sprake van medeverantwoordelijkheid van de rvc voor het beleid van de rvb, binnen de unitary board is er volledige verantwoordelijkheid voor het beleid bij alle leden, maar krijgen de non-executives steeds meer onafhankelijkheid jegens de executives. Dus, om het plastisch voor te stellen, in het two tier systeem worden de rollen van rvc en rvb in elkaar gedrukt, in de unitary board worden de rollen uit elkaar getrokken. De klassieke machtsconcentratie in de unitary board van de rollen van Chairman en CEO in een hand is een zeldzaamheid geworden en wordt zowel in de Engelse als in onze code als best practice ontraden. De CEO runt de company, de Chairman runt de Board. Een analogie in de two tier systeem zou kunnen ontstaan als de Chairman van de rvc te close wordt met de Voorzitter van de raad van bestuur. Daar moeten de betrokkenen zelf, maar ook de leden van de rvc en rvb voor waken.

Ten aanzien van de rol van de Chairman formuleert de Engelse Combined Code de eis dat deze bij benoeming voldoet aan de onafhankelijkheidscriteria, waaronder de eis dat hij of zij in de laatste vijf jaar geen werknemer van het bedrijf is geweest. Specifiek wordt gesteld dat "*a chief executive should not go on to be a chairman of the same company*". Tegen dit voorstel is overigens veel bezwaar gemaakt in Engeland, hoewel de code benoeming van een voormalig CEO tot Chairman niet helemaal uitsluit, maar in die uitzonderingsgevallen voorafgaande consultatie van de belangrijkste aandeelhouders eist. Interessant genoeg stelt de Nederlandse code niet de eis dat de voorzitter van de raad van commissarissen bij benoeming voldoet aan de geformuleerde onafhankelijkheidscriteria. De code stelt slechts dat alle leden van de raad van commissarissen, met uitzondering van maximaal één persoon, onafhankelijk zijn. Die ene kan dus bij ons de voorzitter zijn, zonder dat dit onder de comply or explain regels uitgelegd hoeft te worden, laat staan dat de aandeelhouders daarover voorafgaand geconsulteerd zouden moeten worden. Ik wil hier twee opmerkingen over maken. Ik vind de beperking tot één niet onafhankelijke commissaris een erg strikte aanpak; zeker in grotere rvc's kun je er best twee hebben, dus een percentage van b.v. 20% of 25% als bovengrens is effectiever. Maar in zijn algemeenheid ben ik er geen voorstander dat in ons two tier systeem, met een dikke

streep onder two tier, ex-leden van de raad van bestuur meteen overgaan naar de raad van commissarissen, laat staan dat die voorzitter worden. Daar moeten uitzonderlijk goede redenen voor zijn en het zou dus onder de explain regel gebracht moeten worden, iedere keer als een ex-bestuurder direct doorgaat naar de raad van commissarissen. In de unitary board zijn per definitie executives lid van de board, maar ook daar is het, zoals ook de Engelse code stelt, wenselijk dat in ieder geval een meerderheid onafhankelijk is. De commissie Tabaksblat formuleert dat anders en in mijn ogen ongelukkig en ambigue. In het ene artikel over de one tier bestuursstructuur wordt gesteld dat "*de samenstelling en het functioneren van de board zodanig moeten zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht is gewaarborgd*". Maar toezicht waarop? Toezicht van de non-executives op de executives? Dat kan niet, want zij zijn collegiaal en collectief verantwoordelijk. Toezicht op het beleid? Dat kan ook niet want de board is zelf verantwoordelijk voor het beleid. Dit moet helderder gemaakt worden.

De vraag kan gesteld worden, als het waar is dat beide systemen naar elkaar toegroeien, waarom dan niet de stap gemaakt naar het unitary model dat immers wereldwijd dominant is. Het zou een boel uitleg aan Angelsaksische aandeelhouders schelen. De commissie gaat zover niet. Mijn inschatting is dat de commissie ervan uitgegaan is dat, na de introductie van Europese wetgeving waarin een keuze tussen beide modellen mogelijk wordt, de feitelijke ontwikkeling in de richting van de unitary board zal gaan.

Toch weet ik niet, of ik, alles afwegend, het unitary board model prefereer boven het two tier systeem. Ik blijf zitten met het basis-gegeven dat de executives in een unitary board over oneindig meer kennis van het bedrijf en de business blijven beschikken dan de non-executives. Dat los je niet op met meer vergaderingen dan de rvc nu normaal gesproken heeft. Kennis betekent niet alleen macht, maar brengt ook meer verantwoordelijkheid mee voor de executives. De executives dragen de primaire, initiërende inhoudelijke verantwoordelijkheid, de non-executives hebben een toetsende verantwoordelijkheid die overigens verder gaat dan de marginale toets van "*kunnen de executives in redelijkheid tot dit voorstel komen?*". Je moet als non-executive, maar ook als commissaris achter een voorstel gaan staan en dat impliceert niet alleen een marginale, maar ook een inhoudelijke toetsing of het een goed voorstel is.

Per saldo denk ik dat, gegeven het feit dat de rol, de kennis van zaken en de verantwoordelijkheden van de executives een andere zijn dan die van de van de non-executives, het zuiverder is om die rollen in twee Boards te verankeren dan in één Board. Maar er is in de global village waarin wij leven geen behoefte aan prinzipienreiterie. Als uiteindelijk het unitary board model in grote, internationaal opererende bedrijven zegeviert, zou ik daar prima mee kunnen leven, maar dan zou ik niet, zoals nu, in vijf raden van commissarissen kunnen zitten, waaronder een unitary board.

## SLOTOPMERKINGEN

Dames en heren, ik heb helemaal aan het begin van mijn voordracht evenwichtige machtsverdeling en verantwoording afleggen centraal gesteld in de corporate governance eisen over m.b.t. de leiding van de vennootschap en informatie en transparantie in het verkeer van de vennootschap met de bij haar betrokken partijen. Hoewel ik op bepaalde genoemde en niet-genoemde onderdelen kritiek heb, vind ik dat de code in zijn algemeenheid een goede stap voorwaarts is. Dit geldt met name de informatie en transparantie, en ook, zij het in mindere mate, de accountability, het verantwoording afleggen, vooral dankzij de comply or explain regel. Op het gebied van evenwichtige machtsverdeling, checks and balances dus, heeft de code de scherpste keuzes niet gemaakt en is hier en daar wat vaag. Deels komt dat doordat de commissie niet op de stoel van de wetgever is willen gaan zitten. Maar voor een deel ook doordat de maatschappij verandert en daarmee de eisen die aan goed bestuur gesteld mogen worden. Het blijft een moving target.