

## **Besluit van tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag**

Op de voordracht van Onze Minister van Justitie van \* (Directie Wetgeving, nr. \*);

Gelet op artikel 391 lid 4 en 5 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

De Raad van State gehoord (advies van \*, nr.\*);

Gezien het nader rapport van \*, nr. \*;

**HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:**

### **Artikel 1**

Dit besluit is van toepassing op een naamloze vennootschap waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de officiële notering van een gereguleerde effectenbeurs in de zin van artikel 1, onderdeel e, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, die onder toezicht staat van de overheid of van een door de overheid erkende autoriteit of instelling, met uitzondering van de naamloze vennootschap die een beleggingsmaatschappij is als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen, waarvan de rechten van deelneming op verzoek van de deelnemers ten laste van de activa van deze beleggingsmaatschappij direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald.

### **Artikel 2**

Als gedragscode bedoeld in artikel 391 lid 4 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt aangewezen de Nederlandse corporate governance code zoals gepubliceerd in Staatscourant nr. ..., blz... .

### **Artikel 3**

De naamloze vennootschap doet in het jaarverslag mededeling over de naleving van de principes en best practice bepalingen van de in artikel 2 aangewezen gedragscode die zijn gericht tot het bestuur of de raad van commissarissen van de vennootschap. Indien de vennootschap die principes of best practice bepalingen niet heeft nageleefd of niet voornemens is deze in het lopende en daaropvolgende boekjaar na te leven, doet zij daarvan in het jaarverslag gemotiveerd opgave.

#### **Artikel 4**

Dit besluit is van toepassing op een jaarverslag dat betrekking heeft op een boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari van het kalenderjaar waarin dit besluit in werking treedt.

#### **Artikel 5**

Dit besluit treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Justitie,

## **Nota van toelichting**

### **Algemeen**

In de Wet van 9 juli 2004, Stb 370 tot wijziging van boek 2 BW in verband met aanpassing van de structuurregeling, die op 1 oktober 2004 in werking zal treden (KB van 9 augustus 2004, Stb. 405), is voorzien in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen rondom het jaarverslag. Die regels kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een gedragscode. Het kabinet heeft bij brief van 1 maart 2004, Kamerstukken II 2003-04, 29 449 nr 1, het voornemen bekend gemaakt om de Nederlandse corporate governance code als zodanig aan te wijzen. Dit besluit strekt tot uitvoering van die toezegging.

De Nederlandse corporate governance code is op 9 december 2003 vastgesteld door een commissie onder voorzitterschap van de heer mr M. Tabaksblat. Hij bevat principes ofwel beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen. Het initiatief voor het opstellen van een Nederlandse code voor corporate governance ging uit van een zestal maatschappelijke organisaties, te weten Euronext Amsterdam, het Nederlands Centrum voor Directeuren en Commissarissen, de Stichting Corporate Governance Onderzoek voor pensioenfondsen, de Vereniging van Effectenbezitters, de Vereniging EffectenUitgevende Ondernemingen en de Vereniging VNO-NCW. Zowel het initiatief als de gang van zaken van de commissie corporate governance hebben veel aandacht getrokken van ondernemingen, belanghebbenden en beide Kamers der Staten-Generaal. De commissie heeft tijdens haar werkzaamheden ruimte geboden voor discussie en reactie, onder meer door een openbare inspraakronde naar aanleiding van een in de zomer van 2003 gepubliceerd concept. In de definitieve stukken heeft de commissie ook aangegeven op welke wijze zij met de reacties is omgegaan. De waardering voor het werk en de snelheid van de commissie was vrijwel unaniem. De veelheid aan commentaren die de commissie ontving alsmede de discussies in parlement en literatuur gaven aan hoezeer het onderwerp corporate governance leeft in Nederland.

Al eerder is ervaring opgedaan met gedragsnormen in het vennootschapsrecht die op andere wijze tot stand komen dan door middel van de formele wet. Denk aan de Fusiegedragsregels van de Sociaal-Economische Raad, die niet berusten op enige verordenende bevoegdheid van de SER, maar hun meerwaarde ontleen aan de toezegging van de bij de SER aangesloten leden om deze code na te leven bij fusies en overnames. En in 1997 formuleerde een eerdere commissie corporate governance (de commissie-Peters) 40 aanbevelingen voor goed bestuur, adequaat toezicht en het afleggen van verantwoording. Naleving van deze aanbevelingen bleef uiteindelijk beperkt. Vennootschappen gaven veelal aan bepaalde ontwikkelingen met belangstelling te volgen, maar achtten zich - mogelijk uit concurrentieoverwegingen - niet geroepen het initiatief te nemen. Vooral daarom is in 2003 van de zijde van de commissie-Tabaksblat

aangedrongen op een wettelijke verankering van de code. Daartoe is in artikel 2:391 lid 4 BW de mogelijkheid geschapen om alle rechtspersonen, of bepaalde categorieën van rechtspersonen, te verplichten mededeling te doen in het jaarverslag omtrent toepassing van de Nederlandse corporate governance code. Daarbij geldt de regel “*pas toe of leg uit*”: van vennootschappen wordt verwacht dat zij de principes en bepalingen van de code naleven dan wel gemotiveerd uiteenzetten waarom van naleving wordt afgezien.

Nieuw is dat niet. Ondernemingen waarvan effecten aan een buitenlandse beurs genoteerd staan, kunnen elders vertrouwd geraakt zijn met het instrument gedragscode-met-uitleg. In het Verenigd Koninkrijk maakt men al geruime tijd gebruik van door betrokkenen zelf opgestelde codes. De Financial Reporting Council, die onder meer verantwoordelijk is voor het bevorderen van goede corporate governance, heeft in juli 2003 de meest recente code (Combined Code on Corporate Governance) vastgesteld. Uit het VK is ook *pas toe of leg uit* afkomstig, opgenomen in de beursregels. Een vennootschap waarvan effecten zijn genoteerd aan een beurs in het Verenigd Koninkrijk is verplicht in het jaarverslag te verklaren of zij de bepalingen van deel 1 van de Code heeft nageleefd. De bepalingen die niet zijn nageleefd, moeten afzonderlijk worden aangegeven waarbij ook moet worden uitgelegd waarom men niet naleeft. De toezichthouder, Financial Services Authority (FSA) genaamd, beoordeelt deze verklaringen niet inhoudelijk. Maar als geen verklaring wordt afgelegd, kan de FSA wel optreden en eventueel ook boetes opleggen. In Duitsland heeft de regeling rond de corporate governance Kodex een wettelijke basis in artikel 161 AktienGesetz, dat een verplichting voor beursvennootschappen bevat om aan te geven of men de Kodex naleeft en welke onderdelen niet worden toegepast. Motivering van een besluit om een onderdeel niet na te leven is niet vereist. De Kodex wordt gepubliceerd in het officiële publicatieblad van de Duitse federale overheid. Deze voorbeelden komen grotendeels overeen met het Nederlandse systeem.

Aan de rechtsgevolgen van het verankeren van een code in de wet is in de literatuur en de parlementaire geschiedenis uitgebreid aandacht besteed. Vast staat dat opstellers van een code zonder een formele, in de wet opgenomen grondslag, geen regelgeving of inhoudelijk algemeen verbindende voorschriften kunnen vaststellen. Evenmin kan een commissie op basis van zelfregulering de naleving van de code of de rechtsgevolgen bepalen. De gebondenheid wordt bepaald door de geadresseerden van de norm. Zij kunnen verklaren dat zij zich aan (onderdelen van) de code houden. Aan die verklaring kunnen rechtsgevolgen worden verbonden. Artikel 2:391 lid 4 BW verleent aan de code steun door voor de vennootschappen die daartoe in deze algemene maatregel van bestuur worden aangewezen, voor te schrijven dat zij over naleving een standpunt moeten innemen. De aantrekkingskracht van een code is gelegen in haar flexibiliteit en ruimte om anders dan krachtens wettelijke regels transparantie te bereiken omtrent de opvattingen die in de vennootschap en bij haar organen leven ten aanzien van goed ondernemingsbestuur. Een code is er niet om rechtsvragen te beantwoorden of

rechtsregels te ontwerpen, maar om een leidraad te bieden voor bestuurders, commissarissen en aandeelhouders.

Over het besluit is de Commissie Vennootschapsrecht gehoord. Het advies van de commissie is als bijlage aan deze nota van toelichting gehecht.

## **Artikelen**

### **Artikel 1**

Dit artikel regelt het toepassingsbereik. De verplichting om mededeling te doen over naleving van de code geldt voor alle naamloze vennootschappen naar Nederlands recht met een beursnotering in Nederland of daarbuiten, mits het dan gaat om een gereguleerde effectenbeurs die onder toezicht staat van de overheid of een overheidsinstelling. Deze formulering is ontleend aan artikel 2:86c BW. Voor uitbreiding van het toepassingsbereik tot naamloze vennootschappen met notering buiten Nederland is gekozen omdat ook dan de corporate governance van en het vertrouwen in een rechtspersoon naar Nederlands recht aan de orde zijn. Voor toepassing op in Nederland genoteerde vennootschappen met een buitenlandse rechtsvorm biedt het artikel geen basis. Zo'n toepassing kan wel worden geregeld door de beursautoriteit, bijvoorbeeld als onderdeel van de noteringsvoorwaarden.

Vennootschappen waarvan effecten niet beursgenoteerd zijn, behoeven in het jaarverslag geen aandacht te schenken aan de code, noch aan te geven welke bepalingen zij niet toepassen of waarom niet. Gelet op de nauwe band die in de regel in deze vennootschappen tussen kapitaalverschaffers en bestuurders/toezichthouders bestaat, zijn de aandeelhouders goed in staat om informatie te verkrijgen. Een wettelijke verplichting is dan overbodig.

De verplichting is niet van toepassing op beleggingsmaatschappijen die niet "closed-end" zijn zoals gedefinieerd in artikel 1, eerste lid, onderdeel 9 van de richtlijn van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2004 tot harmonisatie van de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van de richtlijn nr. 2001/34/EC (de zogenoemde Transparantierichtlijn). Deze zogenoemde open-end beleggingsmaatschappijen vervaardigen geen producten en verlenen geen diensten in de klassieke zin van het woord. Aandeelhouders van een open-end beleggingsmaatschappij verschaffen geen kapitaal waarmee een onderneming wordt gedreven. Belangrijke onderdelen van de corporate governance code zijn voorts niet goed toegesneden op een aantal beleggingsmaatschappijen. Men vergelijk de commissie Tabaksblad in paragraaf 1 van de preambule van de code. Regels over de corporate governance van deze beleggingsmaatschappijen vindt men wel in de Wet toezicht beleggingsinstellingen en het Besluit toezicht beleggingsinstellingen.

## Artikel 2

De uitgave “De Nederlandse corporate governance code” bestaat behalve uit principes en best practice bepalingen ook uit een preambule, verklarende woordenlijst, verantwoording van het werk van de commissie en aanbevelingen aan de wetgever. Om er zeker van te zijn dat alle betrokken vennootschappen, hun aandeelhouders en andere belanghebbenden over deze bepalingen kunnen beschikken, wordt de code gepubliceerd in de Staatscourant. De bepalingen waarover van de vennootschap een standpunt wordt gevraagd, betreffen principes en best practice bepalingen die in deze uitgave zijn opgenomen. De preambule en de uitleg van begrippen zoals opgenomen in de uitgave van 9 december 2003 lenen zich niet voor naleving of een mededeling door de vennootschap.

De verwijzing in artikel 2 naar de code zoals gepubliceerd in de Staatscourant is statisch. Dat roept de vraag op naar de mogelijkheden en gevolgen van aanpassingen van de code. In de praktijk zal blijken dat sommige bepalingen vragen oproepen, niet of nauwelijks worden nageleefd, dan wel niet langer in overeenstemming zijn met verkeersopvattingen of nationale of internationale voorschriften of jurisprudentie. Als vennootschappen zich overwegend niet langer herkennen in een gedragscode, verliest deze zijn waarde.

Het kabinet zal een commissie instellen die tot taak heeft de actualiteit en bruikbaarheid van de code te bevorderen. Dat kan niet alleen door het monitoren van de toepassing van de codebepalingen, maar ook doordat leden van zo’n commissie zich op de hoogte stellen van internationale ontwikkelingen op dit terrein met het oog op convergentie van nationale codes tot internationale standaarden. Ook het signaleren van leemtes, onduidelijkheden, en internationale gebruiken die tot aanpassing zouden moeten leiden, kan tot de taken van zo’n commissie behoren. De commissie zou jaarlijks verslag kunnen uitbrengen, vergezeld van commentaar op het gebruik van de code door vennootschappen. Constateert de commissie onduidelijkheid over de betekenis van een onderdeel, dan zou zij daarop haar visie kunnen geven. Die visie maakt geen deel uit van de codebepalingen, zodat de vennootschappen formeel niet behoeven te reageren in het jaarverslag. Maar is de commissie gezaghebbend, dan zal haar visie al gauw als richtsnoer dienen voor ondernemingen en aandeelhouders.

Het ligt niet voor de hand deze commissie tevens te belasten met het doen van voorstellen voor aanpassingen van de code, of haar de bevoegdheid te verlenen de codebepalingen eenzijdig aan te passen. Vennootschappen zullen de komende jaren ervaring moeten opdoen met het hanteren van de code. Het opnemen van de mogelijkheid om de code snel en op ondergeschikte onderdelen aan te passen kan leiden tot de neiging om de formulering te verfraaien, te reageren op in wezen individuele gebeurtenissen, of te voldoen aan maatschappelijke druk om een onderwerp snel ‘te regelen’. Verwijzen naar een code die door een privaatrechtelijke entiteit bindend kan

worden gewijzigd staat voorts, aldus de Commissie vennootschapsrecht, op gespannen voet met de omvang van de delegatiebevoegdheid in artikel 2:391 lid 4. De Commissie was van oordeel dat kabinet en parlement zeggenschap moeten behouden ten aanzien van de gebondenheid van vennootschappen aan de code. Aan een “monitoring commissie” zou dan ook niet de bevoegdheid moeten toekomen om een code zonder tussenkomst van kabinet en parlement te wijzigen. Dat advies wordt gevolgd.

Op een bepaald moment zijn er zoveel afwijkingen of is er zoveel jurisprudentie dat de code beter kan worden aangepast. Voor de hand ligt dat daartoe pas zal worden overgegaan als het bedrijfsleven gedurende enige tijd vertrouwd is geraakt met de codebepalingen. Dat zal naar verwachting ten minste drie jaar duren. Te gelegener tijd kan daarna door bedrijfsleven, beleggers, andere betrokkenen en de overheid het initiatief worden genomen tot instellen van een commissie die de code inhoudelijk aanpast. Een voorstel tot wijziging van de code moet openbaar zijn gemaakt en betrokkenen moeten afdoende gelegenheid hebben gekregen om daarop te reageren. Zo'n gewijzigde code kan op basis van een besluit tot wijziging van deze algemene maatregel van bestuur opnieuw worden aangewezen. Daarmee is ook de betrokkenheid van het parlement gewaarborgd.

### **Artikel 3**

In dit besluit wordt een onderscheid gemaakt tussen toepassen van de code, naleven van de codebepalingen (principes en best practices) en geven van uitleg. Toepassen van de code is ruimer dan naleven en omvat naast het opvolgen van de bepalingen ook uitleg over het gebruik van een andere regel of het niet naleven van een bepaald beginsel danwel best practice bepaling, bijvoorbeeld om te voldoen aan de voorschriften van een buitenlandse beurs of omdat men de eigen benadering verkiest boven de praktijk als uitgewerkt in de code. De vennootschap hoeft niet van iedere bepaling afzonderlijk aan te geven dat zij deze naleeft. De vennootschap die van een bepaling afwijkt, moet dat wél gemotiveerd aangeven. De formulering is zo gekozen dat die motivering per bepaling kan worden toegevoegd of geaggregeerd. Het laatste is vooral denkbaar bij toepassing van grotere delen van een buitenlandse code of buitenlandse wetgeving.

De verklaring heeft alleen betrekking op die (onderdelen van de) principes en best practices die zich richten tot het bestuur en de raad van commissarissen. Aandeelhouders hebben bij de opstelling van het jaarverslag geen rol. Het jaarverslag bevat geen mededelingen van aandeelhouders en wordt door dezen evenmin vastgesteld. Niets weerhoudt aandeelhouders of het bestuur er overigens van om zich te informeren over de wijze waarop belanghebbenden, waaronder individuele commissarissen en aandeelhouders, met de code omgaan. Dat geldt in het bijzonder als aandelen worden gehouden door een stichting administratiekantoor.

Sommige best practice bepalingen zijn gericht tot de individuele commissaris of bestuurder. Een voorbeeld is bepaling III.2.2. Het zou te ver voeren indien alle bestuurders en commissarissen individueel mededeling doen over hun houding terzake. Evenmin kan de vennootschap instaan voor de naleving van die regels door iedere commissaris. Eerder is hier sprake van criteria die de vennootschap in acht neemt (of kan nemen, wanneer wordt uitgelegd dat men een andere benadering verkiest) bij het zoeken naar een nieuwe commissaris.

De Commissie vennootschapsrecht heeft opgemerkt dat het bij een aantal beginselen en best practice bepalingen vooral van belang is te weten hoe de vennootschap zich in het in de betreffende bepaling aangeduide geval zal opstellen. Juist bij best practice bepalingen die zien op het gedrag van bestuurders in geval van, bijvoorbeeld, een overname, is het voor de aandeelhouders zinvol om te worden geïnformeerd over de wijze waarop de vennootschap met daarop betrekking hebbende bepalingen denkt om te gaan. Men denke ook aan de vennootschap die het komende jaar een of meer commissarissen zal moeten vervangen in verband met het aflopen van zittingstermijnen. De Commissie adviseerde in het artikel duidelijk aan te geven dat mededelingen omtrent corporate governance zowel betrekking kunnen hebben op gedragingen in het verslagjaar als op de voornemens van de vennootschap voor het lopende en daarop volgende verslagjaar. Daarom is in artikel 3 aangegeven dat de mededelingen niet slechts zien op de bepalingen die men heeft nageleefd, maar ook op die bepalingen die men in de naaste toekomst (niet) zal naleven. Met lopend en opvolgend wordt bedoeld het jaar waarin de presentatie van het jaarverslag feitelijk plaatsvindt en het daaropvolgende jaar. In mei 2005 zien voornemens dus op het dan lopende boekjaar 2005 en op het boekjaar 2006.

De verklaring van de vennootschap is niet vrijblijvend. De vennootschap die in haar jaarverslag aangeeft hoe zij met de bepalingen in de code omgaat, legt zich vast ten opzichte van de overige belanghebbenden als bedoeld in artikel 2:8 BW. Geeft een vennootschap aan dat ten aanzien van het aantal commissariaten de aanbevelingen worden gevolgd, dan kan zij daarop worden aangesproken door de aandeelhouder die iets anders constateert, bijvoorbeeld met een beroep op de algemene normen in artikel 2:8 BW en 2:9 BW. Dat kan ook indien tussen aandeelhouders en bestuur onenigheid bestaat over de vraag of een codebepaling wel of geen toepassing verdient. Niet de overtreding van een materiële bepaling van de code, maar verschil van inzicht over het te voeren beleid staat dan ter discussie. En tenslotte kan het ontbreken van een paragraaf over de toepassing van de code aanleiding zijn voor het onthouden van een goedkeurende verklaring door de accountant en/of een procedure op grond van artt. 999 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zoals bekend streeft het kabinet er naar de naleving van de jaarrekeningvoorschriften (ook) te doen handhaven door de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Handhaving betekent dat de AFM controleert of er een paragraaf als bedoeld in artikel 2:391 lid 4 BW in het jaarverslag staat, niet of de inhoud



van die paragraaf naar het inzicht van de AFM blijkt geeft van goede corporate governance. Men vergelijkte het stelsel in het Verenigd Koninkrijk.

#### **Artikel 4**

De wettelijke verplichting om in het jaarverslag mededeling te doen kan pas ingaan nadat het besluit daartoe in werking is getreden. Gestreefd wordt naar inwerkingtreding uiterlijk 31 december 2004, opdat vennootschappen al in het jaarverslag over het boekjaar dat is begonnen op of na 1 januari 2004 mededelingen kunnen doen over de naleving. Dat zal dan in de periode van de algemene vergaderingen in het voorjaar van 2005 zijn. Gelet op de grote bekendheid die aan de codebepalingen is gegeven en de vele publicaties over toepassing verwacht ik niet dat vennootschappen hierdoor verrast worden. De formulering 'van het kalenderjaar waarin dit besluit in werking treedt' houdt echter rekening met de omstandigheid dat het besluit pas na 1 januari 2005 in werking kan treden. Vennootschappen hebben dan hun boeken afgesloten en zijn bezig met de voorbereidingen voor de aandeelhoudersvergaderingen. Ook worden de opgestelde jaarrekening en het jaarverslag bij beursvennootschappen vaak geruime tijd voor de datum van de algemene vergadering beschikbaar gesteld. Voorkomen moet worden dat een jaarverslag op het moment van toezending aan de aandeelhouders of in het kader van de algemene vergadering niet langer voldoet aan de wettelijke vereisten, omdat het besluit intussen in werking is getreden. Daarom voorziet artikel 4 in een regeling waardoor bij inwerkingtreding in het kalenderjaar 2005 de mededeling pas verplicht zal worden voor het jaarverslag over het boekjaar dat aanvangt op of na 1 januari 2005. Een en ander doet overigens niet af aan de oproep van de commissie corporate governance om de bepalingen toe te passen vanaf 1 januari 2004, en zo mogelijk in het jaarverslag over het boekjaar 2003 al informatie te verschaffen. Ook zonder wettelijke verplichting kan een vennootschap aan die oproep gehoor geven.

#### **Artikel 5**

Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel tot aanpassing van de structuurregeling, waarin artikel 2:391 lid 4 is opgenomen, is door de Tweede Kamer aangedrongen op parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van het besluit. Daartoe is in lid 5 een regeling opgenomen die inhoudt dat het parlement gedurende vier weken in de gelegenheid wordt gesteld om opmerkingen te maken over het ontwerp. Door inwerkingtreding bij Koninklijk besluit te regelen, kan met deze termijn rekening worden gehouden bij het bepalen van de datum van inwerkingtreding van de algemene maatregel van bestuur.

De Minister van Justitie,