

Financial Law Institute

Statements & Conferences

S&C 2010-04



Eddy Wymeersch

**Openingstoespraak
Studiedag Interne controle in de bank- &
verzekeringssector**

December 2010

S&C 2010-01

Eddy Wymeersch

**Studiedag Interne controle in de bank- &
verzekeringsector**



Openingstoespraak

Studiedag Interne controle in de bank- & verzekeringssector'

Prof. Eddy Wymeersch

december 2, 2010

Het onderwerp van deze studiedag is de “interne controle” waarbij vooral de financiële instellingen in de belangstelling staan.

Maar ik zou, bij wijze van inleiding, het vraagstuk willen verruimen en dit in verschillende richtingen.

De interne controle is uiteraard geen vraagstuk van de financiële instellingen alleen: alle ondernemingen hebben er mee te maken, zij het dat voor hen de externe reglementaire omkadering niet zo sterk is doorgedreven.

Alhoewel, de voorschriften inzake productcontrole zijn voor de meeste producten streng omschreven: denk maar aan de voedingscontrole, of de controle op geneesmiddelen, of op vliegtuigen en hun gebruik.

Ook de processen worden streng gecontroleerd, en bij tekortkomingen stelt men vast hoe groot de schade is: mag ik u twee recente gevallen vermelden: Toyota met zijn gaspedaal, of BP met zijn mislukte boringen in de Golf van Mexico. In industriële processen, bij voorbeeld in de textielsector wordt zeer sterk aan kwaliteitscontrole gedaan, omdat tekortkomingen onmiddellijk zichtbaar zijn.

Dit alles om samenvattend te stellen dat controle op de interne processen in alle ondernemingen een hoge prioriteit hebben, en dat zij in de industriële wereld, waar de ingenieurs de vlag zwaaien, wellicht sterker ontwikkeld zijn, zoals onlangs een bekend industrieel bij ons stelde dat de financiële sector nog zeer veel van hen te leren had.



In de industrie is de interne controle op het niveau van het productieproces ingebed. Dat blijkt moeilijker in de financiële wereld, waar de controles hoofdzakelijk op de interne financiële stromen aansluiten. Nochtans kan een bedenking op dat vlak nuttig zijn. Immers de kwaliteit van vele financiële producten en dus het risicogehalte wordt slechts sporadisch onderzocht. Men ziet best hoe actueel deze vraag is als men het heeft over producten die aan het ruime cliënteel verkocht worden bv. beleggingsproducten. Naar mijn gevoel is het een element van risicomanagement en beheersing dat de bank de risico's onderzoekt en inschat die inherent zijn aan de producten die zij aanbiedt. Dit impliceert dat er duidelijk aandacht wordt besteed aan de classificatie inzake risico's en dat evenzeer aandacht waakt op de gepastheid van de aangeboden producten. Ik denk vooral aan de beleggingsproducten, waar MiFID van toepassing is, of aan IMD voor de verzekeringsproducten, maar een gelijkaardige vraag doet zich voor inzake activa, bv. kredieten. Het toekennen van kredieten aan niet - kredietwaardige personen stond reeds in 1991 ingeschreven in de wet consumentenkrediet – “het krediet dat qua soort en bedrag het best is aangepast rekening houdend met de financiële toestand van de consument .. en met het doel van het krediet” - art 15 WCK - , maar werd klaarblijkelijk onvoldoende nageleefd. Het resultaat is een reeks opeenvolgende wijzigingen van de wet consumentenkrediet, met telkens een verstrenging van de formele vereisten om dit euvel te ondervangen. De laatste wetgevende wijzigingen zijn op dat vlak een voorbeeld van deze formele trend in de wetgeving, want de wetgever krijgt het vraagstuk o.m. van het overmatige krediet niet onder controle, dus zoekt hij heil in formele vermeldingen, tot zelfs op het niveau van de font waarin de informatie moet worden gesteld. Wellicht had de financiële sector veel onheil kunnen vermijden door wat meer verantwoord gedrag sterker te internaliseren in de interne procedures, inclusief inzake risicocontrole en compliance.



Ik zou deze voorbeelden kunnen uitbreiden naar de meer gesofisticeerde producten, bv. de derivative business, of de CDSs, om niet te spreken van de prime brokerage, waar de wonden o.m. in de zaken Lehman en AIG nog voor jaren zullen worden gelikt. Ook hier werd onvoldoende gelet op de risico's bv. inzake collateral met cliëntentegoeden, of inzake hercollateraliseren. Onduidelijke voorschriften en praktijken waarmee vooral de lawyers trouwens goed bij varen.

De beheersing van de risico's vanuit het interne organisatie van de onderneming vergt ook een duidelijke aansluiting bij de algemene organisatie van de onderneming. En hier komen we op het terrein van de corporate governance. Er is veel gedacht gegaan naar en veel geschreven over de corporate governance regelen en structuren die moeten toelaten beter greep te krijgen op de risico-ontwikkeling binnen de onderneming. Dikwijls spreek men hier van risk appetite, wat de band legt met de rol van het risico in de realisatie van winst. Zonder risico, geen winst.

Er kan weinig twijfel zijn over het punt dat de risico-opvolging en- beheersing in laatste instantie een verantwoordelijkheid is van de raad van bestuur. Deze gedachte is nochtans nog vrij nieuw: nog niet zo lang geleden zou men deze verantwoordelijkheid in hoofdorde bij het management hebben gelegd, en de betrokkenheid van de raad van bestuur beperkt tot een algemene high level opvolging. Thans is meer in depth analyse vereist. Vanwaar deze omslag?

Vrij duidelijk is het niet wenselijk deze materie – exclusief en finaal - in de handen van het management te laten, vermits hier een overduidelijk “belangenconflict” voorligt, geen persoonlijk maar een functioneel conflict. Het management heeft er alle belang bij de winst te maximaliseren, dus de risico's op te drijven, om niet te spreken van de gevallen waarin men de risico's



opzettelijk te laag inschat, of deze zelfs helemaal niet wenst te onderkennen. Enkel een externe blik kan deze inherente tegenstrijdigheid overbruggen, de klassieke functiescheiding.

Daartoe worden heel wat instrumenten aangewend: hier komen de bekende concentrische cirkel op de agenda. Enkele punten kunnen hier worden vermeld: de nieuwe regeling inzake remuneratie van bestuur en management, de verplichte oprichting van een audit comité en de omschrijving van diens taken, de aandacht voor een risk comité, en van een sterke functie van risk officer, en aansluitend bij vroegere ontwikkeling, de aandacht voor de compliance functie. Zij zullen vandaag door de diverse sprekers in meer detail worden toegelicht.

Hiertoe behoren in het bijzonder de ontwikkelingen inzake het remuneratiebeleid van de banken. Immers in alle geschriften inzake remuneratie treft men telkens opnieuw de bezorgdheid aan om de remuneratie meer en meer te verbinden aan de risico-ontwikkeling van de bank, door meer nadruk te leggen op de cash compensation, of minstens om de performance linked remuneraties eerst toe te kennen nadat de risico's de tijd hebben gehad zich ten volle te manifesteren. Vandaar de 3 tot 5 jaar wachtperiodes voor het opvragen van performance linked vergoedingen. Maar de materie is complexer dan dit en bepaalde beperkingen, bv. inzake afscheidsvergoedingen, beantwoorden aan andere overwegingen, waaronder in sommige gevallen belangenconflicten, of het vermijden van een fee for failure.

Betreffende de vraag van de relatie tussen de risico-ontwikkeling, de risk appetite van het management en het effect van het risico op de persoonlijke toestand van managers en bestuurder bestaan nogal wat uiteenlopende observaties. Deze discussie sluit aan bij de materie van de alignement van managers en firm interest, een van de redenen waarom in het verleden



aandelenopties en resultaatsgerelateerde vergoedingensystemen werden ingevoerd. Vandaag zouden we dat noemen “skin in the game”. En er valt iets voor te zeggen dat wie zelf veel aandelen in de vennootschap heeft allicht wat zorgvuldiger zal omgaan met de risico’s. Omgekeerd zouden de moderne managers die hun opties zo snel mogelijk lichten en de aandelen verkopen deze motivering niet hebben, en dus moeten ze hun aandelen langer bijhouden. Deze redeneringen inzake alignment of interests zijn nochtans met grote omzichtigheid te hanteren: in de grote instellingen die de laatste jaren over kop zijn gegaan hadden de managers wel grote pakken aandelen: Dick Fuld in Leeman, en James Cayne in Bear Stearns. Hun sterke financiële betrokkenheid heeft niet belet dat grote risico’s werden genomen, of dat deze niet tijdig werden onderkend. En betrokkenen hebben veel, zo al niet alles verloren, doch vooral hun reputatie.

Om terug te keren naar de meer algemene corporate governance vragen, stelt men vast dat de risico-opvolging veel meer aandacht krijgt dan voorheen. In vele gevallen gebeurt dat binnen het audit comité, en in de belangrijker instellingen in een speciaal risico comité. Deze evolutie valt zonder twijfel als positief te erkennen.

Maar er zijn ook enkele randbedenkingen toe te voegen. Ik plaats me hier met opzet in de meest negatieve beoordeling van deze ontwikkeling, dus beschouw dit niet als een beschuldiging aan wie dan ook.

Audit comités bestaan luidens ruim aanvaarde normen hoofdzakelijk, en zelfs exclusief uit onafhankelijke bestuurders. Op dat vlak is de Belgische wet te zwak: slechts één onafhankelijke dient in het Comité te zetelen en hij moet de nodige deskundigheid op het gebied van audit en boekhouding bezitten. Dit laatste is essentieel, maar wellicht in de praktijk dikwijls met een korrel zout te nemen.



Maar terugkerend naar de principes. De instelling van een onafhankelijk auditcomité dat met toezichtsfuncties is belast, laat toe de band met het management door te snijden, dus de agency relatie meer “arms length” uit te bouwen.

Onze ervaringen met onafhankelijke bestuurders zijn in de meeste gevallen waar financiële instellingen in moeilijkheden zijn gekomen niet bijzonder positief. Voor zover zij al de nodige deskundigheid hadden, hebben zij hun rol hoofdzakelijk gezien als een ondersteuning van het management, dikwijls van de CEO, zonder al te scherpe kritische vragen. De verklaring voor dit verschijnsel kan velerlei zijn, maar ligt zeker ten dele bij de benoemingsprocedure, die te nauw aansluit bij de suggesties van het management. De formele waarborgen zijn nochtans indrukwekkend: de bestuurder wordt immers benoemd door de algemene vergadering, op voorstel van een nomination committee, en dikwijls op grond van een external search. Hij wordt jaarlijks beoordeeld naar aanleiding van de kwijting. De feitelijke resultaten overtuigen evenwel niet sterk: de aandeelhouders keuren formeel goed, maar hebben geen zeg in het kapittel, de leden van het benoemingscomité leunen om diverse redenen nauw aan bij het management, de beoordelingsruimte van de bestuurders, vooral de onafhankelijken blijft beperkt.

Fundamenteel dient men de agency verhouding, waarop het vennootschapswerking steunt, opnieuw te ontleden en terug te keren tot de bron: de bestuurders en ook de auditor handelen in het belang van de aandeelhouders door wie zij zijn aangesteld, zij worden door hen verkozen en zijn hen verantwoording verschuldigd. Zij moeten waken op de algemene werking van de vennootschap, en in het bijzonder aandacht besteden aan de belangen van de aandeelhouders, bij ons dikwijls de minderheidsaandeelhouders.



Belangenconflicten allerhande moeten door hen worden opgemerkt en objectief behandeld.

De spreiding van het aandeelhouderschap maakt het moeilijk voor de aandeelhouders om hun rechten uit te oefenen: dit is het bekende collective action probleem. Daarom zou men hierop moeten ingrijpen om de aandeelhouders, onrechtstreeks, een onafhankelijke stem in het debat te verlenen. In Zweden, en in beperkte mate in Nederland werkt men een aandeelhouderscomité, die onder meer de benoemingen van bestuurders en van auditors voorbereiden en voorleggen aan de algemene vergadering. De aanwezigheid van belangrijke aandeelhouders – overigens een kenmerk van het Zweedse model – haakt hierop in want zij zijn vertegenwoordigd in het aandeelhouderscomité. In andere landen, hoofdzakelijk het Verenigd Koninkrijk zoekt men heil in een stewardship relatie, waarbij institutionele beleggers zich meer actief zullen inlaten met het beleid van de vennootschap.

Hier wil niet gesteld worden dat een goed werkend audit comité geen goede bescherming is tegen ongewenste risico-ontwikkelingen. Er bestaat terzake een boeiend cijfergegeven, afkomstig van in London actieve consultant – Nestor Consulting - die bij heel wat crisissen in banken was betrokken. Daaruit blijkt dat banken met een zeer actief audit comité de crisis beter doorstaan hebben: de Spaanse banken blijken tot 100 vergaderingen per jaar te hebben gehouden, terwijl de andere banken het gebruikelijke ritme niet of nauwelijks hebben opgevoerd.

De wijze waarop de risico's doorstormen naar de bestuursorganen is een ander aandachtspunt. Zeker in perioden van hoge stress bestaat de neiging om de informatie uit de organisatie te filteren, of zelfs achter te houden. Dit is uiteraard



onaanvaardbaar en de grondslag voor bestuursfouten, maar ook voor aansprakelijkheid.

De vraag is echter hoe vanuit de raad men zekerheid kan bekomen dat de informatie volledig is, relevant en betrouwbaar. Bestuurders moeten niet alles weten tot in het kleinste detail, en urenlange power points dienen enkel om het werkelijke verhaal te verdoezelen. Beknopte maar relevant informatie moet de regel zijn.

Daarenboven moet de informatie tijdig en vooraf worden beschikbaar gesteld. Op dit vlak wordt er nog al eens gezondigd, en de sanctie is meestal nihil.

De informatie moet betrouwbaar zijn en het is de taak van de raad van bestuur om de nodige regelen daartoe te ontwikkelen. Persoonlijk vind ik dat de CRO aan de CEO moet rapporteren, maar het Audit comité rechtstreeks moet informeren. In principe moet de informatie dezelfde zijn. Maar het kan niet zijn dat de CRO ondergeschikt is aan de CEO en dat hij informeert over wat de CEO hem laat informeren. Het is dan ook de taak van de raad van bestuur om de spelregels duidelijk uiteen te zetten, en zoals voor de compliance officer, zijn lot niet in de handen te leggen van een –eigenlijk - geconflicteerde CEO.

Voor de compliance officer is de toestand in beginsel dezelfde: het audit of het risk comité vernemen rechtstreeks van hem wat er op het vlak van compliance fout zou zijn gelopen, en beslist tot de nodige maatregelen. Iedereen kent de gevaren van non-compliance op dit gebied en de schade die dit aan de onderneming kan aanbrengen. Daarom moet de directe toegang tot het bestuursorgaan verzekerd zijn.

In de praktijk gebeurt het nogal eens dat binnen de organisatie allerhande informatie circuleert, die ofwel niet aan de aandacht van het management wordt onderworpen, ofwel door het management niet op waarde wordt geschat.



Voorbeelden zijn er te over van personen die na de moeilijkheden de problemen hadden voorspeld. Vele van deze zijn laattijdige profeten, maar sommige niet. Er moet derhalve een systeem bestaan om deze signalen op te vangen en door te seinen naar het niveau waar ze thuishoren.

In de regel wordt dit probleem afgedaan als whistleblowing, maar in feite gaat de problematiek verder. Het kan zijn dat iemand in de organisatie direct toegang zoekt tot een bestuurder, of tot de CRO, of de compliance officer: hij moet gehoord worden en van zijn verklaring moet een nota worden opgesteld. Ook moeten bestuurders het recht hebben rechtstreeks contact op te nemen met de lagere echelons, een materie die door de meeste CEO met volle kracht zal worden bestreden. Een adequate procedure moet ontwikkeld worden, met documentatie van de voorvallen, maar het kan niet zijn dat een dominante CEO of andere topmanager de organisatie dusdanig terroriseert, een omertà instelt, dat niemand nog enige kritiek durft uit te oefenen. Een open bedrijfscultuur is daarvoor de beste garantie.

Tenslotte is er de eigenlijke whistleblowing, een idee die inmiddels ook bij ons meer en meer ingang vindt. Dit een nuttig maar tegelijkertijd gevaarlijk instrument, want het is een te eenvoudig middel om andere personen te treffen – denk aan de pesterijen, of aan kliklijnen - , en daarbij de organisatie door wantrouwen kunnen destabiliseren. Het moet derhalve met de nodige omzichtigheid gehanteerd worden. Anderzijds is het een nuttig instrument om tijdig misstanden op te sporen: het zouden whistleblowers zijn die de meest recente wantoestand in de Amerikaanse praktijken inzake foreclosure en robo signers aan het daglicht hebben gebracht. De organisatie van een systeem voor whistleblowing zou in alle vennootschappen moeten gelden.



Het spreekt voor zich dat deze elementen vanuit de risicobewaking en vooral -preventie niet zonder gevolg kunnen blijven. Een delicate vraag kan zijn welk gevolg de CRO of de compliance officer moet geven aan signalen uit de organisatie die wijzen om ongezonde ontwikkelingen: moet hij zelf ingrijpen, moet hij het top management verwittigen, of zelfs enkel het audit committee aanspreken. Natuurlijk zal veel afhangen van de omstandigheden. Mijn inziens is er een algemene lijn althans in de hogere risk zones : als Risk het licht op rood zet, dient het voor iedereen op rood te blijven. De operationele lijn kan niet zelfstandig optreden, en bv. ongestraft bepaalde limieten overschrijden. Trefwoord: Jérôme Kerviel.

De uitbouw van de risico-lijn vergt ook enige aandacht. Doorheen de gehele organisatie dient deze lijn uitgebouwd en aanwezig te zijn met duidelijk omschreven bevoegdheden en toezichtgebieden. Dit betekent ook dat deze lijn voldoende los moet staan van de operationele lijn en voldoende gewicht in de schaal moet kunnen leggen om de overeengekomen risicolijn te doen eerbiedigen. Vanzelfsprekend is de steun van de hogere hiërarchie hierbij essentieel, vandaar ook de aanknoping met de algemene governance. Een punt dat soms benadrukt wordt is dat de vergoedingen die aan de risk people betaald worden van dezelfde grootorde moeten zijn als van de operationelen, doch vanzelfsprekend niet performance linked.

Ik haal uit een van de best bekende risk management documenten, namelijk afkomstig van Goldman Sachs, de volgende elementen¹

Risk management Design and Governance

Focus: Credit and Market Risk

¹ <http://www.scribd.com/doc/16698286/Goldman-Sachs-Risk>



Effective risk management requires solid corporate governance structures including

Independence of control areas

Investment in people and resources of control areas

Centralised risk management with ability to aggregate risk

Senior management involvement in risk management

Mark-to market valuations for all assets without robust independent price verification

Risk culture permeates the organisation

Proper incentives to encourage risk management

Collaboration between various control areas of the enterprise

Communication is critical

Risk Reporting Excellence for timely monitoring of risk

Understanding limitations of risk reporting

De meeste van deze elementen zullen ook bij ons toepasselijk zijn, en worden reeds ruim nageleefd.

Een paar woorden over het toezicht op deze materies. Wat de financiële instellingen betreft is het uiteraard de prudentiële toezichthouder die met het toezicht is belast en hij heeft terzake de nodige richtlijnen gepubliceerd. Voor de financiële vennootschappen zijn de Europese en internationale ontwikkelingen hierbij de drijvende krachten. Voor de andere vennootschappen, vooral de beursgenoteerde (“public interest companies”) is er vooralsnog geen afgelijnd referentiekader. Men mag er zich aan verwachten dat over enige tijd - bij voorbeeld in het kader van de corporate governance initiatieven de EU Commissie, verwacht voor de lente 2011 - dit ook daar zal worden ingevoerd, zoals nu reeds in Frankrijk het geval is. Aldaar wordt sinds 2007 uitvoerig

aandacht aan deze materie besteed en nog een recent verslag heeft het referentiekader opnieuw gedefinieerd. Onder de naam “Les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne” werd op 22 juli 2010 een nieuw verslag gepubliceerd, bekend als het verslag Olivier Poupart-Lafarge, waarin onder meer op te merken valt dat het steunt op de evoluties in de belangrijkste internationale normen als daar zijn COSO II en ISO 31000. De AMF die het toezicht op de wettelijke verplichtingen uitoefent stelt in diens laatste jaarverslag vast:

“que son référentiel est devenu en trois ans un véritable outil de gestion du contrôle interne pour une majorité d’entreprises 60% en 2008 contre 57% en 2007). Toutefois, des marges de progression subsistent, par exemple, dans certains domaines du contrôle interne, la description des procédures de maîtrise des risques ou de lien plus systématique entre le recensement des risques et les procédures de gestion de ces risques”.

De sterkere normatieve omkaderingen van deze materies is enkel een vraag van tijd.

Algemeen besluit

Het is met grote belangstelling dat we zullen luisteren naar de meer technische en deskundige uiteenzettingen van de diverse sprekers vandaag. Van mijn zijde volstaat het er op te wijzen dat de hier aangehaalde problematiek van essentieel belang is voor de ontwikkeling en in sommige gevallen het voortbestaan van onze financiële instellingen en vennootschappen in het algemeen. Er is veel werk aan de winkel om de goede boodschap uit te dragen, eerst naar de niet-financiële vennootschappen, dan naar de grotere niet-beursgenoteerde



vennootschappen en - last and by no means least - naar de overheidsondernemingen. Een stevig uitgebouwde interne controle is een garantie voor het lange-termijn voortbestaan van deze vennootschappen, en voor de succesvol vervullen van hun taak in onze samenleving.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The use and further distribution of the Statements & Conferences is allowed for scientific purposes only. Statements & Conferences are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.