

# De rol van de Raad van Commissarissen bij naleving van wet- en regelgeving

## Toezicht op het zelfreinigend vermogen van de onderneming<sup>1</sup>

**Prof. mr Steven R. Schuit**  
**Allen & Overy, Amsterdam**

*"Nederlandse bedrijven lopen wereldwijd voor op het implementeren van preventieve maatregelen, zoals klokkenluiderregelingen, risk management systemen en het formuleren van gedragscodes. Tot zover het goede nieuws. Het slechte nieuws is dat de afgesproken maatregelen in de praktijk in vergelijking tot de ons omringende landen minder goed worden gebruikt. Hierdoor ontstaat een vals gevoel van veiligheid. Een voorbeeld. Ruim acht van de tien bedrijven hebben een Audit Committee geïnstalleerd. Echter, slechts één op de vier gevallen wordt het Audit Committee ook daadwerkelijk geïnformeerd indien een vermoeden van fraude<sup>2</sup> bestaat. Wellicht niet verwonderlijk in het licht van de constatering dat een groot deel van de fraude wordt gepleegd door medewerkers op een hoog niveau in de organisatie." Aldus een citaat uit een recente studie over norminbreuken in ondernemingen.<sup>3</sup>*

Omvangrijke fraudes<sup>4</sup>, grote omkopingsschandalen<sup>5</sup> en wijdverbreide kartels<sup>6</sup> doen afbreuk aan het vertrouwen in de ondernemingswijze productie, de kurk waarop de economie in onze wereld draait. Er blijkt meer nodig voor het herstel van dit geschonden vertrouwen dan een golf van regelgeving (dwingend<sup>7</sup> of optioneel<sup>8</sup>) die de laatste paar jaren over het bedrijfsleven is uitgestrooid. Dit artikel gaat over de vraag welke bijdrage aan dit herstel van vertrouwen kan worden verwacht door verbeterd intern toezicht op de wijze waarop de onderneming, van binnenuit, deze regels vertaalt in effectieve maatregelen om integriteitsinbreuken te voorkomen en zonodig op te sporen. In de meeste ondernemingen zal dit onderwerp aan de orde zijn gekomen toen de invoering van de Code Tabaksblat noopte tot een (nieuw) reglement voor het Audit Committee. De Code<sup>9</sup> verlangt immers met zoveel woorden dat het toezicht van de Raad van Commissarissen op het Bestuur onder andere omvat: "de naleving van de wet- en regelgeving". Ik ga ook in op de vragen hoe de Raad van Commissarissen dit toezicht moet uitoefenen en of voldoende aandacht bestaat voor integriteitsinbreuken die niet (rechtstreeks) betrekking hebben op fraude (deze andere integriteitsinbreuken duid ik hierna aan met: niet-financiële integriteitsinbreuken). Voorts vraag ik aandacht voor de samenhang van het toezicht op "de naleving van de wet- en regelgeving" met het door de Raad van Commissarissen krachtens dezelfde Code bepaling uit te oefenen toezicht op "de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen". Deze samenhang leidt er volgens mij toe dat ook over de naleving van de wet- en regelgeving door het Bestuur, onder toezicht van de Raad van Commissarissen, in

<sup>1</sup> De auteur dankt mr Geert Koster, advocaat bij Allen & Overy, voor zijn ondersteuning bij de totstandkoming van deze bijdrage en mr Jeroen Brabers (hoofd compliance and integrity van TNT N.V.) voor het delen van praktische informatie op het gebied van compliance en integriteitsvraagstukken binnen de onderneming

<sup>2</sup> Fraude wordt algemeen aangeduid als onregelmatigheden met betrekking tot de financiële rapportage en verslaggeving, het ongeoorloofd onttrekken van activa en middelen en het onttrekken van financiële voordelen die de onderneming toekomen. Art. 36 Concept Besluit Toezicht Accountantsorganisaties definieert fraude als "een opzettelijk handelen of nalaten waarbij misleiding wordt gebruikt om een wederrechtelijk voordeel te behalen en waarbij de aard en de omvang zodanig is dat beslissingen die in het maatschappelijk verkeer worden genomen op grond van de financiële verantwoording van de controlecliënt zouden kunnen worden beïnvloed door die misleiding".

<sup>3</sup> Global Economic Crime Survey 2005, West Europa en Nederland, PricewaterhouseCoopers in samenwerking met Martin-Luther University, Halle Wittenberg onder leiding van prof. dr. Kai Bussmann. Deze survey is van een hoge kwaliteit en op een goed leesbare wijze uitgegeven.

<sup>4</sup> Denk bijvoorbeeld aan de HBO-fraude of de ESF-fraude (de fraude door de Nederlandse staat met gelden uit het Europees Sociaal Fonds (ESF)).

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld de Bouwfraude, zie hierover meer M. Pheijffer, 'De HBO-fraude en het bouwfraudeonderzoek bezien vanuit het perspectief van een accountant afkomstig uit de publieke en wetenschappelijke sector' in J.G. Kuijl, 'De HBO-fraude, een terugblik op de Commissie Rekenschap', SDU 2005.

<sup>6</sup> De prijsafspraken van de Bouwfraude kunnen ook als een kartel worden omschreven.

<sup>7</sup> Zoals de Sarbanes Oxley Act (SOX) in de Verenigde Staten en de Nederlandse Wet Toezicht op de Accountantsorganisaties (WTA).

<sup>8</sup> De Nederlandse Corporate Governance Code, (hierna: Code Tabaksblat), die door zijn "leg-uit of pas-toe"-werking geen dwingende vorm heeft.

<sup>9</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.1.6.

het jaarverslag een verklaring wordt afgegeven, eventueel als onderdeel van de verklaring dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen "adequaat en effectief" zijn<sup>10</sup>.

## 1. Veel aandacht voor integriteitsinbreuken, met nadruk op fraude

### 2. Schade door Schande

Door de schandalen rondom onder meer Enron, Ahold en Parmalat is de aandacht sterk komen te liggen op fraude. Meer dan de niet-financiële integriteitsinbreuken heeft fraude een buitengemeen grote negatieve invloed gehad op de perceptie van het bedrijfsleven. Het bedrijfsleven wordt mede daardoor door de politiek en de media met grote argwaan besproken<sup>11</sup>. De aandacht voor niet-financiële integriteitsinbreuken gaat voornamelijk uit naar corruptie<sup>12</sup>, kartels en seksuele intimidatie. Opnieuw opmerkelijk is dat de discussie over corruptie in Nederland vrijwel steeds gaat over corruptie in verre en vreemde landen. PvdA leider Wouter Bos kwalificeerde bijvoorbeeld onlangs nog de Indiase overheid als: "zo corrupt als de neten"<sup>13</sup>. Hoewel de Nederlandse strafrechter tot een aantal veroordelingen kwam naar aanleiding van de Bouwfraude dringt het maar niet tot ons door dat ook in West Europa, ook in Nederland, corruptie op aanzienlijke schaal voorkomt. Voor zover dit onderwerp al de aandacht krijgt, gaat het daarbij vrijwel steeds om omkoping van overheidsfunctionarissen. Die omkoping is in Nederland op basis van het OESO-verdrag uit 1977 strafbaar gesteld<sup>14</sup>. Nagenoeg geen aandacht blijkt te bestaan voor de private omkoping, die eveneens aanzienlijke schade voor het bedrijfsleven met zich mee zal brengen<sup>15</sup>. Ook kartels en andere mededingingsrechtelijke beperkingen (waaronder ook staatssteun) krijgen veelvuldig de aandacht, maar door het ontbreken van een strafrechtelijke sanctie voor de daders worden kartels met name in Nederland niet algemeen gezien als ernstige integriteitsinbreuken. Ook hier was de Bouwfraude ontluisterend<sup>16</sup>. Met een zekere regelmaat worden ook allerlei vormen van seksuele intimidatie in de media gerapporteerd. Weinig aandacht wordt in de pers gegeven aan gevallen van witwassen door de onderneming (tenzij daar grote criminelen bij betrokken zijn); ongelijke behandeling wegens ras, geslacht, huidskleur, herkomst, nationaliteit, religie of seks; plagiaat (inclusief productpiraterij) en bedrijfsspionage; en andere gevallen van bedrog en misbruik van vertrouwen. Wel wordt met grote regelmaat in de media gerapporteerd over misbruik van voorwetenschap, maar de aandacht richt zich daarbij in hoofdzaak op de daders, en nauwelijks of niet op de wijze waarop de betreffende ondernemingen maatregelen hadden moeten treffen om misbruik te voorkomen c.q. disciplinaire maatregelen hadden moeten nemen jegens de daders en anderen die misbruik mogelijk hebben gemaakt.

Vaststaat dat ook deze niet-financiële integriteitsinbreuken op korte en lange termijn veel schade aan het bedrijfsleven toebrengen<sup>17</sup>. Op korte termijn vanwege de reputatieschade en de negatieve beïnvloeding van relaties met derden en van de moraal van de medewerkers. Op lange termijn omdat

<sup>10</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling II.1.4.

<sup>11</sup> Naar mijn mening wordt de heftige discussie over de beloning van senior management in belangrijke mate door dit wantrouwen beïnvloed. De inkomens van topsporters en andere helden van het volk blijven praktisch geheel buiten discussie, waarschijnlijk omdat zij niet gewantwoord worden.

<sup>12</sup> Zie voor dit onderwerp onder meer de website van Transparency International ([www.transparency.org](http://www.transparency.org)).

<sup>13</sup> NRC Handelsblad 27 maart 2006.

<sup>14</sup> Verdrag inzake de strafbaarstelling van corruptie bij internationale zakelijke transacties. De invoering heeft lang op zich laten wachten. Het OESO-verdrag werd voor Nederland bindend op 1 januari 2001 en kwam tot stand na aanzienlijke druk van de Verenigde Staten, die al sinds 1977 omkoping bestrijdt op basis van de Foreign Corrupt Practices Act.

<sup>15</sup> Mij is geen onderzoek bekend naar de omvang van private omkoping. Het gaat daarbij om gevallen waarbij functionarissen van particuliere ondernemingen in strijd met hun taak misbruik maken van hun functie om zo hun voordeel te bereiken. Mijn persoonlijke inschatting is dat deze vorm van fraude een grote omvang heeft, en ook door functionarissen van Nederlandse ondernemingen in binnen- en buitenland wordt gepleegd. Deze vorm van fraude is niet als zodanig in Nederland strafbaar gesteld.

<sup>16</sup> Opnieuw opmerkelijk is dat uit de Bouwfraude zo weinig is geleerd. Nederlandse ondernemingen blijken met grote regelmaat door de Europese en de Nederlandse mededingingsautoriteiten te worden vervolgd, daarvan wordt dan vervolgens verslag gedaan in de media, zonder dat dit persoonlijke gevolgen heeft voor de betreffende functionarissen binnen die ondernemingen als er al geen strafsancities voor handen zijn dan zou men toch mogen verwachten dat de betreffende functionarissen voor een zeer zware disciplinaire maatregel in aanmerking komen. Daarvan blijkt maar in incidentele gevallen. Is dit het gevolg van de constatering dat een groot deel van deze inbreuken op de Mededingingswetgeving door medewerkers op een relatief hoog niveau binnen de betreffende ondernemingen? In dat geval ligt hier een schone taak voor de Raden van Commissarissen om blijk te geven van hun eigen integriteit met betrekking tot de schone woorden die vermeld staan in ondernemingsdoelstellingen, gedragscodes en ethische codes van hun onderneming.

<sup>17</sup> Global Economic Crime Survey, Ibidem p. 2.

deze inbreuken de geloofwaardigheid van het bedrijfsleven aantast, en daarmee van deze belangrijke hoeksteen van onze samenleving. Ik vraag aandacht voor de wenselijkheid om dit onderwerp van naleving van wet- en regelgeving door de onderneming ook als zodanig aan de orde te stellen in het door de grotere ondernemingen uit te geven Sustainability Report. Het is juist de lange termijn sustainability van de onderneming die door deze financiële en niet-financiële integriteitsinbreuken in gevaar wordt gebracht.

### 3. De interne risicobeheersings- en controlesystemen

Hierboven werd melding gemaakt van de link tussen enerzijds de naleving van wet- en regelgeving en anderzijds de interne risicobeheersings- en controlesystemen. Over het laatste onderwerp werd voor juristen onlangs uitvoerig gepubliceerd door Barbara Bier<sup>18</sup>. Eén van de door haar besproken hoofddoelstellingen van het COSO rapport, dat ten grondslag ligt aan nagenoeg alle interne controle- en beheersingssystemen, betreft de compliance: het naleven van de voor de onderneming relevante wet- en regelgeving. In het COSO rapport wordt uitvoerig ingegaan op het belang van een goed controle klimaat binnen de onderneming, waaronder de integriteit, de ethische normen, en de "tone at the top". In de Verenigde Staten is over dit onderwerp ook door juristen veel geschreven, mede naar aanleiding van de totstandkoming en invoering van Sarbanes Oxley Act. Als bekend heeft de Sarbanes Oxley Act in hoofdzaak betrekking op fraude, en in beginsel niet op niet-financiële integriteitsinbreuken. Die laatste categorie krijgt in de Verenigde Staten echter wel veel aandacht vanwege ook in Nederland inmiddels bekende bepaling in Section 10A van de US Securities Exchange Act 1934 (as amended). Daarin is bepaald dat de externe accountant aan het Audit Committee alle gevallen (ongeachte de materialiteit) van "illegal acts" moet melden. Het betreft hier dus niet alleen fraude, maar nagenoeg alle handelen in strijd met wet- en regelgeving. Het Audit Committee moet vervolgens een onafhankelijk onderzoek (doen) instellen. In Nederland hebben een aantal ondernemingen, die door hun notering aan een Amerikaanse effectenbeurs vallen onder de werking van de Sarbanes Oxley Act en het eerder genoemde Artikel 10A, met een dergelijk onafhankelijk onderzoek te maken gehad, en zij kunnen getuigen van de misère die dit voor deze ondernemingen heeft meegebracht. De Nederlandse contact-partner van het accountantskantoor die de geconstateerde "illegal act" onder de aandacht van het Audit Committee brengt, staat onder grote druk en toezicht van zijn Amerikaanse partners. De SEC<sup>19</sup> ziet immers met harde hand toe op de naleving van Section 10A en op het plaatsvinden van onafhankelijk onderzoek en de Amerikaanse partners zitten het dichtst bij het vuur. Om die reden worden tot op heden in hoofdzaak prominente (en ook heel dure) Amerikaanse advocatenkantoren ingeschakeld, die met de gebruikelijke ophef en bombarie vervolgens diepgaand onderzoek doen in bergen documenten en e-mails en door grote aantallen interne en externe personen met grote zorgvuldigheid interviewen. Dit resulteert dan meestal in een zeer omvangrijk onderzoeksrapport, dat door het Audit Committee dient te worden besproken en op basis waarvan "remedial actions" moeten worden vastgesteld, meestal op voorstel van de betreffende Amerikaanse advocaten. Zowel het onderzoek als de remedial actions moeten ten genoegen zijn van de externe accountant. Gezien de grote vrees die deze accountants begrijpelijkerwijs hebben voor claims die in de Verenigde Staten tegen hen worden ingesteld, zullen de accountants eerst genoeg nemen met het onderzoek en de remedial actions als ook naar hun mening de onderste steen is blootgelegd. Als gezegd, het betreft hier zeker niet alleen onderzoeken naar fraude. Ik kom straks terug op de recent in Nederland tot stand gekomen wet- en regelgeving omtrent het Nederlandse accountantsberoep. Deze regeling is een zeer bescheiden afspiegeling van het eerder genoemde Section 10A en heeft uitsluitend betrekking op fraude.

<sup>18</sup> Ondernemingsrecht, 2005, 16. Overigens heeft naar mij weten dit onderwerp geen aandacht gekregen in de juridische literatuur. Wel is voor dit onderwerp aandacht gevraagd in de literatuur voor compliance officers, maar die aandacht heeft maar in zeer beperkte mate geleid tot een juridische verhandeling.

<sup>19</sup> Securities and Exchange Commission, de Amerikaanse beurstoezichthouder, en de "grote broer" van de Nederlandse AFM.

Het COSO bouwwerk ligt ten grondslag aan de interne risicobeheersings- en controlesystemen waarover de onderneming jaarlijks volgens de Tabaksblat Code verslag moet uitbrengen. Mede gezien het hier besproken Section 10A en de Sarbanes Oxley Act<sup>20</sup> hebben de daar aan onderworpen ondernemingen meestal een compliance afdeling die specifiek toeziet op de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving<sup>21</sup>. Deze afdelingen horen naar het Amerikaanse model te rapporteren aan het Bestuur van de onderneming, bij voorkeur aan de voorzitter van het Bestuur, met een functionele rapportagelijijn naar het Audit Committee, met name in geval van vermeende onregelmatigheden waar leden van het Bestuur of hun "direct reports" bij betrokken zijn. Door de eerder bedoelde onderzoeken krachtens Section 10A is bij de daaraan onderworpen ondernemingen ook in Nederland behoorlijk de schrik erin geraakt, en die Audit Committees geven thans zware invulling aan het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving. Zij betrekken daarbij ook de Code of Conduct of een Ethische Code van de onderneming. Deze interne codes en andere maatregelen tot verbetering van de ethische moraal en de loyaliteit<sup>22</sup> worden vaak met grote zorg opgesteld en in enkele gevallen ook binnen de onderneming uitgerold tot op de werkvloer. Zij zijn tot stand gekomen door enerzijds de behoefte om uitdrukking te geven aan de normen en waarden van de betreffende onderneming en anderzijds om te kunnen rekenen op strafvermindering in de Verenigde Staten onder de zogenaamde Sentencing Guidelines. In het laatste geval moet er wel sprake zijn van een effectieve implementatie van deze interne codes, inclusief van de handhaving daarvan. Gezien de draconische straffen die in de Verenigde Staten worden uitgedeeld worden deze codes in toenemende mate serieus genomen en dus ook uitgerold. Waar het Nederlandse ondernemingen betreft gaan deze codes vaak verder dan de Nederlandse wetgeving, mede om te voldoen aan de in de Verenigde Staten geldende eisen, ook onder de Foreign Corrupt Practices Act.

Wat wij hier zien is een import van Amerikaanse normen en waarden binnen het Nederlandse bedrijfsleven. Deze receptie van Amerikaanse normen en waarden vinden plaats langs verschillende wegen. Met als resultaat dat in de Code Tabaksblat het hebben van een Audit Committee verplicht wordt voorgeschreven en het Audit Committee wordt specifiek belast met het toezicht op<sup>23</sup> (onder meer):

*"de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, waaronder het toezicht op de naleving van de relevante wet- en regelgeving en het toezicht op de werking van gedragscodes";*

*"de naleving van aanbevelingen en opvolging van opmerkingen van interne en externe accountants".*

#### 4. De rol van het Audit Committee

De Code maakt het Audit Committee tot het eerste aanspreekpunt van de externe accountant *"wanneer deze onregelmatigheden constateert in de inhoud van financiële berichten"*<sup>24</sup>. Als de onderneming geen Audit Committee heeft dan wordt deze functie vervuld door de voltallige Raad van Commissarissen.<sup>25</sup> De externe accountant kan (let wel: hij hoeft het niet) volgens de Code<sup>26</sup> aandacht besteden aan *"de werking van de interne risico- en beheersingssystemen"* alsmede aan *"de naleving van statuten, instructies, regelgeving, leningsconvenanten, vereisten van externe toezichthouders, etc."*<sup>27</sup>. De nadruk ligt op het Audit Committee, ook waar het betreft de niet-financiële integriteitsinbreuken.

Ik stel de vraag aan de orde of het Audit Committee overbelast is geraakt en ook of zich in deze commissie wel de nodige deskundigheid bevindt met betrekking tot de preventie van integriteitsinbreuken, met name wanneer die niet van financiële aard zijn, de te treffen disciplinaire maatregelen (waaronder de eerder bedoelde remedial actions) en de invloed die een en ander heeft

<sup>20</sup> Met name ook Section 404 Sarbanes Oxley Act.

<sup>21</sup> Ook andere Nederlandse ondernemingen, met name in de financiële sector, hebben compliance afdelingen.

<sup>22</sup> Een aantal beursgenoteerde ondernemingen vaardigden het hoofd van hun compliance afdelingen af op dit gebied, zoals bijvoorbeeld de Compliance and Ethics Leadership Council, een onderdeel van het Amerikaanse "Corporate Executive Board".

<sup>23</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.5.4.

<sup>24</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.5.5.

<sup>25</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.5.

<sup>26</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling V.4.

<sup>27</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling V.4.3. sub C.

op het aansprakelijkheidsrisico van de leden van Raad van Commissarissen en meer specifiek de leden van het Audit Committee. Ik kom daarop nog terug.

## 5. De verantwoordelijkheid van de Raad van Commissarissen, het Audit Committee en de externe accountant

### 6. Commissarissen kruipen dicht bij het Bestuur

Hierboven besprak ik reeds de bevoegdheidsverdeling die door de Code Tabaksblat is aangebracht tussen de Raad van Commissarissen, het Audit Committee en de externe accountant. Deze bevoegdheidsverdeling moet beoordeeld worden binnen het kader van het Nederlandse two-tier systeem. Den Boogert<sup>28</sup> bespreekt de vraag of de Code een verschuiving teweegbrengt – bij structuurvennootschappen een verdere verschuiving – die van commissarissen mede-bestuur verlangt. *"Dat zou best eens het geval kunnen zijn. Ik kijk dan bijvoorbeeld naar de regels neergelegd in III.1.6<sup>29</sup>. De bedoeling van de ontwerpers van de Code is ontegenzeggelijk om de Raad van Commissarissen veel dicht bij het beleid van het Bestuur te laten zitten. Met dit voorschrift wordt bewerkstelligd dat er een permanente dialoog tussen Bestuur en Raad van Commissarissen zal ontstaan over de kernvraag van het bestuursbeleid"*. Den Boogert gaat verder: *"Een ander voorbeeld is de zwaar aangezette positionering van het Audit Committee ... De intense betrokkenheid van het Audit Committee bij het financiële beleid, het voorgeschreven directe overleg met de externe accountant in samenhang met de veranderde en verzwaarde taakstelling voor de accountant, zullen meebrengen dat de Raad van Commissarissen het financiële beleid van de vennootschap mede stuurt"*. Ik meen dat Den Boogert de heersende mening weergeeft, die aanzienlijk verder gaat dan de juridische handboeken die dateren van voor de invoering van de Code.

### 7. Deskundigheidsvereisten

De relatief nieuwe taken voor de Raad van Commissarissen, c.q. het Audit Committee, betreffende het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving moeten vanzelfsprekend met deskundigheid worden vervuld. Ik wijs op de Code bepaling die stelt<sup>30</sup>: *"Elke commissaris beschikt over specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad"*. Eerder wees ik op de noodzaak van deskundigheid met betrekking tot preventie, onderzoek en aansprakelijkheidsrisico's<sup>31</sup>. Deze deskundigheid heeft een sterk juridisch karakter, ook (of misschien juist wel) waar het fraudes betreft. Eerder wees ik ook op de samenhang met de interne risicobeheersings- en controlesystemen. Ook dat onderwerp is bepaald niet alleen financieel gedreven.

### 8. De rol van General Counsel

Deze taken kan de Raad van Commissarissen c.q. het Audit Committee alleen goed vervullen wanneer de door de onderneming aangereikte informatie betrouwbaar is en tijdig wordt verstrekt. Daarbij is steeds van groot belang dat kan worden vastgesteld of het senior management bij de betreffende integriteitsinbreuken betrokken is en dat valt natuurlijk niet mee als de aan de Raad van Commissarissen verstrekte informatie wordt aangereikt door dat senior management zelf. Om die reden zal de Raad van Commissarissen c.q. het Audit Committee haar taken terzake moeten vervullen in nauwe samenwerking met de externe

<sup>28</sup> De Raad van Commissarissen onder de nieuwe Corporate Governance Code, Ondernemingsrecht, 2004-4.

<sup>29</sup> Het toezicht van de Raad van Commissarissen op de naleving van wet- en regelgeving.

<sup>30</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.3.

<sup>31</sup> De Raad van Commissarissen moet ook toezien op adequate dekking onder een fidelity verzekering en een Directors' en Officers liability verzekering.

accountant (zie paragraaf 3), de interne accountantsdienst (als die er is), de compliance afdeling (als die er is), de secretaris van de Raad van Commissarissen<sup>32</sup> (zie 2.4) en het hoofd van de afdeling juridische zaken (de General Counsel). De rol van de General Counsel is in Nederland onduidelijk. In de Verenigde Staten heeft de General Counsel vrij algemeen de rol van de interne waakhond voor het handhaven van interne en externe normen en waarden. Anders dan hoofden van stafafdelingen is de General Counsel aldaar in beginsel steeds aanwezig bij vergaderingen van de Board of Directors en de "independent members" van de Board zien de General Counsel gemeenlijk als de bron van betrouwbare en tijdige informatie. Veelal wordt ook de General Counsel gezien als coördinator van het interne overleg met de andere stafafdelingen, maar daarbij neemt de General Counsel dan een meer prominente rol in, meer onafhankelijk van het senior management dan de anderen. In Nederland is daarvan meestal geen sprake. Daarmee is niet gezegd dat in voorkomende gevallen de hoofden van compliance afdelingen, interne accountantsdiensten en anderen niet onafhankelijk rapporteren, maar dat verschilt per onderneming en is erg afhankelijk van de persoon die in de betreffende functies is benoemd, de onderlinge verhouding met het senior management en de aandacht die het onderwerp krijgt van de Raad van Commissarissen.

## 9. Een aparte Secretaris van de Raad van Commissarissen

De taken die Raad van Commissarissen c.q. Audit Committee moet vervullen zijn divers. Als gesteld betreft het niet slechts toezichtstaken, maar ook zal eigen onderzoek dienen te worden verricht en zullen zo nodig disciplinaire maatregelen moeten worden getroffen. De Raad van Commissarissen heeft derhalve ook enige ondersteuning nodig en hier komt natuurlijk allereerst de secretaris van de Raad van Commissarissen voor in aanmerking<sup>33</sup>. De figuur van een secretaris van de Raad van Commissarissen is ontleend aan de praktijk van de zeer grote Nederlandse vennootschappen die deze figuur hebben ontleend aan de Engelse wettelijke regeling van een Corporate Secretary<sup>34</sup>. De Engelse Corporate Secretary is door de wettelijke status en de bestaande traditie onafhankelijk van het management. Zijn functie wordt ook uitgeoefend naast die van het hoofd juridische zaken. Veelal wordt de Corporate Secretary zelf weer ondersteund door een aantal functionarissen. Deze luxe kennen wij in Nederland maar in zeer uitzonderlijke gevallen.

De Raad van Commissarissen heeft zeker ook verantwoordelijkheid voor het goed functioneren van de interne accountantsdienst<sup>35</sup>, maar mijns inziens ook voor de rol en het functioneren van de compliance afdeling. De hoofden van deze afdelingen horen regelmatig in de vergadering van de Raad van Commissarissen c.q. Audit Committee te verschijnen en verslag te doen van hun werkzaamheden.

Natuurlijk kan de Raad van Commissarissen zich ook incidenteel doen bijstaan door externe adviseurs, waaronder advocaten<sup>36</sup>. Vanzelfsprekend komt bij de keuze van de externe adviseurs aan de orde of deze voldoende onafhankelijk zijn van het senior management<sup>37</sup>.

## 10. Tijdige en betrouwbare informatie

Als bekend heeft het Bestuur van de onderneming een verplichting om de Raad van Commissarissen tijdig alle informatie te verstrekken die nodig is voor de uitoefening van de

<sup>32</sup> In de code Tabaksblat wordt de functionaris secretaris van de Vennootschap genoemd.

<sup>33</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.4.3.

<sup>34</sup> Companies Act 1985 part IX over "A Company's management; directors and secretaries; their qualifications, duties and responsibilities" en specifiek de artikelen 283 en 286.

<sup>35</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.5.4. sub D.

<sup>36</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.1.9.

<sup>37</sup> De betreffende Code bepaling (III.1.9) lijkt op dit punt onzuiver te zijn geformuleerd. Daarin staat dat "de Raad van Commissarissen informatie kan inwinnen van externe adviseurs van de vennootschap". Het lijkt mij duidelijk dat Raad van Commissarissen zich niet slechts kan wenden tot adviseurs "van" de vennootschap, maar ook of misschien wel juist tot adviseurs die niet door de vennootschap (=het Bestuur) zijn aangesteld.

taak van de Raad van Commissarissen<sup>38</sup>. De Raad van Commissarissen heeft ook het recht om informatie van het Bestuur en van de externe accountant te verlangen<sup>39</sup> en de voorzitter heeft hierin een bijzondere verantwoordelijkheid<sup>40</sup>. De individuele leden hebben ook een eigen verantwoordelijkheid<sup>41</sup>. Die individuele verantwoordelijkheid kan niet voldoende worden benadrukt met name omdat in de meeste statuten de bevoegdheid om boeken en bescheiden in te zien wordt gegeven aan de Raad van Commissarissen als geheel, in welk geval daaromtrent een besluit van de Raad van Commissarissen nodig is. Gelukkig rekent de Code Tabaksblat met deze anomalie af, hetgeen er overigens toe leidt dat de individuele commissaris zich bij het onvoldoende actief vergaren van informatie niet langer kan disculperen wanneer deze wordt aangesproken wegens onzorgvuldige taakuitoefening<sup>42</sup>.

Het spreekt voor zich dat toezicht op de naleving op de wet- en regelgeving alleen kan plaatsvinden als over dat onderwerp regelmatig en geordend aan de Raad van Commissarissen wordt gerapporteerd. De Raad van Commissarissen kan niet volstaan met de constatering dat deze naleving tekort schiet. In dat geval zal de Raad van Commissarissen moeten toezien op verbetering en zonodig ook moeten toezien op adequate disciplinaire maatregelen, eventueel ook jegens leden van het senior management<sup>43</sup>.

Om de betrouwbaarheid en de tijdigheid van de informatie te verbeteren worden in de praktijk op informele basis en conform de Code Tabaksblat allerlei rechtstreekse communicatielijnen gecreëerd tussen de Raad van Commissarissen enerzijds en functionarissen binnen de onderneming die zelf rapporteren aan de Raad van Bestuur. Wij kennen in Nederland in grote mate een two-tier, en een beginselvaste jurist zal betogen dat in dit systeem niet past dat de Raad van Commissarissen met voorbijgaan van de Raad van Bestuur zich wendt tot functionarissen die zelf aan de Raad van Bestuur rapporteren. Ik ben zelf op dit punt wat minder beginselvast. Ik heb een lichte voorkeur voor een one-tier board, onder meer om de reden die Van Lede<sup>44</sup> noemt. Een one-tier board kijkt in de praktijk meer integraal naar bepaalde beleidsonderdelen dan een Raad van Commissarissen in een two-tier model. Mijns inziens is in een one-tier model het ook beter mogelijk om, met voorbijgaan van de "Executives" in de Board, informatie te verkrijgen die "ongestuurd" is. Meer in het algemeen geldt dat een one-tier board structureel meer mogelijkheden biedt om de verantwoordelijkheid van de "independents" (vgl. de Raad van Commissarissen) goed in te vullen.

---

<sup>38</sup> Zie ook Code Tabaksblat, best practice bepaling II.1.

<sup>39</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.1.9.

<sup>40</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.4.

<sup>41</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.1.9.

<sup>42</sup> Art. 2:9 BW.

<sup>43</sup> Ik kom hierna nog terug op de informatievoorziening door accountants en informatie verkregen op basis van de klokkenluiderregeling, maar ik

merk nu vast op dat deze informatie vrijwel steeds gebaseerd is op toevallige ontdekkingen. *"Toevallige aanwijzingen zijn een indicator voor een niet optimale preventie, omdat deze vermoedens van fraude de interne controle blijkbaar zijn ontgaan"*. (Global Economic Crime Survey 2005, Ibidem p.27).

<sup>44</sup> C.J.A. van Lede, De rol van de voorzitter, Ondernemingsrecht 2005, 8.

## 10.1 De "tone at the top"

De belangrijkste taak van de Raad van Commissarissen betreft natuurlijk het toezicht op de integriteit van de individuele bestuursleden die immers primair verantwoordelijk zijn voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving<sup>45</sup>. Zelfs de beste interne risicobeheersings- en controlesystemen zijn niet opgewassen tegen gebrekkige integriteit van het topmanagement. Dat betekent dat de Raad van Commissarissen aandacht moet hebben voor "tone at the top". Ook officier van justitie Hendrik Jan Biemond wijst in zijn requisitoir in de zaak tegen de voormalige Ahold-bestuurders op het belang van deze "tone at the top"<sup>46</sup>. De "tone at the top" bepaalt de bedrijfscultuur en de bedrijfscultuur blijkt in belangrijke mate bepalend te zijn voor de mate waarin de sociale controle bijdraagt aan de preventie<sup>47</sup>.

Ook zal de Raad van Commissarissen aandacht moeten geven aan de vraag of de sancties die worden getroffen voldoende afschrikwekkende werking hebben en of de pakkans wel voldoende is. Regelingen op zich, hoe prachtig ook uitgevaardigd en geïmplementeerd, zijn niet voldoende.

De Raad van Commissarissen zal specifiek aandacht moeten geven aan de mate waarin zowel het Bestuur als de het totale senior management, ook buiten Nederland, optreedt als "role model". *"Uit de enquête bleek keer op keer dat economische delicten die door het hogere kader worden gepleegd vooral worden verklaard door een misbruik van hun macht (of positie), normvervaging of te hoge pretenties"*<sup>48</sup>.

## 2.7 Integriteitsprogramma's

Een aantal Nederlandse ondernemingen heeft inmiddels een vrij uitgebreid integriteitsprogramma opgesteld, daarbij veelal ondersteund door externe deskundigen. Het betreft hier natuurlijk niet alleen het doorlichten van bestaande interne regelingen (soms incidenteel uitgevaardigd, innerlijk tegenstrijdig en maar ten dele gehandhaafd), maar vooral ook op het inprenten van de norm door de hele onderneming heen, tot en met de werkvloer. De Raad van Commissarissen heeft hier de taak om een dergelijk programma te voorzien van een kritisch oordeel en dat is slechts mogelijk wanneer omtrent dat onderwerp deskundigheid bestaat. Een welwillende kritische blik, hoe goed ook gemeend, is niet voldoende. De Raad van Commissarissen heeft de taak om het Bestuur te "challengen", dat terwijl het Bestuur een natuurlijke informatie-voorsprong heeft op de Raad van Commissarissen. Alleen deskundigheid en volhardendheid kunnen er voor zorgen dat deze rol zodanig wordt uitgeoefend dat de Raad van Commissarissen het verwijt bespaard blijft dat er onvoldoende zorgvuldig is opgetreden. Kroese<sup>49</sup> heeft gewezen op de "bange bestuurder" en ik trek de lijn door naar de "bange commissaris". Ik meen dat voor aansprakelijkheidsrisico's van commissarissen terzake niet zozeer hoeft te worden gevreesd, tenzij ernstige onzorgvuldigheid kan worden aangetoond. Dat zal niet gauw het geval zijn. Maar reputatieschade kan gemakkelijk worden opgelopen, met name in geval van een enquête bij de Ondernemingskamer of een vervolging bij de strafrechter. Het Openbaar Ministerie heeft inmiddels een functioneel parket gevormd om dit soort zaken actief en met grote deskundigheid te gaan vervolgen en commissarissen worden niet het lot bespaard dat ook zij gehoord of vervolgd worden in strafzaken. Ik wijs erop dat reputatieschade in een klein land als Nederland veel ernstigere vormen kan aannemen dan in de Verenigde Staten, waar de anonimiteit veel eerder kan worden (her)verkregen.

## 2.8 Letters of Representation

<sup>45</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling II.1.

<sup>46</sup> Requisitoir d.d. 4 april 2006, paragraaf 14 en volgende.

<sup>47</sup> Global Economic Crime Survey 2005, Ibidem p. 17.

<sup>48</sup> Global Economic Crime Survey 2005, Ibidem p. 19.

<sup>49</sup> Kroese, M.J., Bange Bestuurders, oratie, Erasmus Universiteit Rotterdam in verkorte vorm in Ondernemingsrecht 2006/1.



De Raad van Commissarissen heeft de verplichting toezicht te houden op de instelling en handhaving van interne procedures terzake van alle interne informatieverstrekking aan het Bestuur<sup>50</sup>. Daartoe reken ik het belangrijke, thans vrij algemene gangbare, systeem waarbij personen met een interne verantwoordelijkheid voor bedrijfsprocessen, afdelingen en regio's periodiek moeten tekenen voor de juistheid van de verstrekte informatie, inclusief informatie omtrent de naleving van interne en externe regels. Deze zogenaamde "letters of representation" vormen een hoeksteen voor de accountantscontrole. Het is evident dat de Raad van Commissarissen toezicht moet houden op het goed functioneren van dit systeem, inclusief op de daardoor aan de orde gestelde problemen met betrekking tot integriteitsvraagstukken. Juist door deze "letters of representation" komt thans meer dan ooit tevoren aan de orde dat in diverse landen, met name waar afwijkende normen bestaan, gehandeld wordt in strijd met Nederlandse corruptiewetgeving die, zoals bekend een universele werking heeft<sup>51</sup>. Meer in het bijzonder geldt dat internationaal opererende ondernemingen die opereren in riskante groeimarkten snel het slachtoffer kunnen worden van integriteitsinbreuken<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling V.1.1.

<sup>51</sup> De werking van de Nederlandse anticorruptie wetgeving beperkt zich niet tot omkoping van Nederlandse overheidsfunctionarissen, maar strekt zich eveneens uit tot de omkoping van functionarissen in het buitenland. Het is overigens teleurstellend te moeten constateren dat van deze nobele bepaling in de praktijk niets of nagenoeg niets terecht komt.

<sup>52</sup> Global Economic Crime Survey 2005, Ibidem p. 19.

## 2.9 De Audit Committee?

Eerder kwam de vraag aan de orde of het Audit Committee wel de juiste commissie is van de Raad van Commissarissen om zich toe te leggen op de toezicht op de volledige naleving van wet- en regelgeving. Ik meen dat hier per onderneming keuzes te maken zijn, die verschillend zullen uitvallen afhankelijk van de deskundigheid binnen de Raad en de bijzondere omstandigheden. Een crisissituatie kan de Raad van Commissarissen ertoe nopen om ad hoc een bijzondere commissie in te stellen om aan deze commissie een gedelegeerde taak toe te kennen. Maar meer in het algemeen zijn Audit Committees al overbelast door de hoge eisen die thans worden gesteld aan de financiële rapportage en verslaglegging. Het is maar zeer de vraag of Audit Committees wel toekomen aan het geven van voldoende aandacht aan de toezichtfunctie betreffende de naleving van wet- en regelgeving. Wellicht wordt deze taak beter vervuld<sup>53</sup> door een afzonderlijke commissie uit de Raad van Commissarissen te benoemen die zich richt de corporate governance, inclusief de naleving van wet- en regelgeving, sustainability en aanverwante onderwerpen. Het verdient dan wel de voorkeur dat er een personele unie bestaat tussen één of meer leden van deze Governance Committee c.q. Compliance Committee (het is maar een naam) met de Audit Committee. In dit verband merk ik op dat deze commissies uit de Raad van Commissarissen in beginsel een zeer beperkte gedelegeerde bevoegdheid hebben. De Code Tabaksblat is hier zeer duidelijk over: de commissies adviseren aan de Raad van Commissarissen ten einde "de besluitvorming van de Raad van Commissarissen voor te bereiden"<sup>54</sup>. De praktijk is iets anders. Commissies uit de Raad van Commissarissen blijken veelal, met uitdrukkelijke instemming van de Raad van Commissarissen, zelfstandig informatie te verzamelen, daarover te beraadslagen, opdrachten te geven aan externe deskundigen en remedial actions voor te bereiden. Vanzelfsprekend wordt daarbij de voorzitter van de Raad van Commissarissen nauw betrokken en worden in laatste instantie alle door de betreffende commissies genomen stappen afgezegd door besluitvorming binnen de Raad van Commissarissen. Ik zou krachtig willen waken voor al te zelfstandig optredende commissies, met voorbijgaan van de eindverantwoordelijkheid van de Raad van Commissarissen, maar het is evenzeer een miskenning van de werkelijkheid wanneer deze commissies niet binnen een zeker mandaat en met het vertrouwen van de Raad van Commissarissen tot tussentijdse besluitvorming kunnen komen. Dat geldt in het bijzonder in het geval van crisissituaties.

## 11. De externe accountant en fraude

De rol van de externe accountant met betrekking tot de naleving door de onderneming van wet- en regelgeving kwam hierboven al aan de orde. In dat verband wijs ik op de nieuwe wetgeving betreffende het accountantsberoep. Deze contrasteert op een paar belangrijke punten fors met de Amerikaanse wetgeving ter zake. Het betreft in Nederland de nieuwe Wet Toezicht Accountantsorganisaties en het gepubliceerde ontwerp voor het Besluit Toezicht Accountants-organisaties (BTA)<sup>55</sup>.

De daarin opgenomen nieuwe Nederlandse regeling voor het melden van fraude door accountants lijkt in belangrijke mate op de daaromtrent bestaande regeling<sup>56</sup> van het NIVRA en bevestigt dat in

<sup>53</sup> Ondernemingen die vallen onder de werking van de Sarbanes Oxley Act rest geen keuze. Het Audit Committee is in deze wet het aangewezen forum voor het interne toezicht op de naleving van deze wet.

<sup>54</sup> Code Tabaksblat, best practice bepaling III.5.

<sup>55</sup> Art. 26 WTA en de uitwerking in Art. 36, 37 en 38 Ontwerp BTA.

<sup>56</sup> Richtlijn voor de accountantscontrole 240 "De verantwoordelijkheid van de accountant voor het in acht nemen van fraude en onjuistheden in het kader van een opdracht tot controle van een jaarrekening". Voor de melding aan KLPD zie bijlage 6: "Als een opdracht tot wettelijke controle wordt teruggegeven wegens fraude van materieel belang, waartegen de leiding of de toezichthouder binnen de correctietermijnen niet of niet afdoende optreedt, is de accountant verplicht dit schriftelijk op te geven bij het meldpunt van het Korps landelijke politiediensten. Dat geldt ook als het initiatief tot beëindiging van de controleopdracht uitgaat van de cliënt, terwijl de leiding of de toezichthouder op dat moment geen corrigerende maatregelen heeft getroffen.

Het centrale meldpunt wordt gevormd door de afdeling Forensische Accountancy van het KLPD. De staf van de afdeling bestaat uit zowel Accountants-administratieconsulenten als Registeraccountants. Dat biedt een stevige basis voor een zorgvuldige behandeling van de melding. De

Nederland de accountant geen "onbezoldigd officier van justitie" is. Zo heeft het NIVRA het ook gewild. Ondanks enkele andersluidende initiatieven vanuit de Tweede Kamer blijft het hoogst twijfelachtig of het onder deze nieuwe wet ook effectief ooit komt tot meldingen door de accountant van het Korps Landelijke Politiediensten (KLPD) en of aldus door deze wettelijke regeling de pakkans inderdaad wordt vergroot.

De WTA<sup>57</sup> legt de externe accountant de volgende plicht op:

*Een externe accountant die tijdens het verrichten van een wettelijke controle de beschikking krijgt over gegevens of inlichtingen die het redelijke vermoeden rechtvaardigen dat sprake is van fraude van materieel belang ten aanzien van de financiële verantwoording van de controlecliënt, meldt dit aan een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering behoudens in de bij algemene maatregel van Bestuur te bepalen gevallen.*

Hier zijn vier elementen van belang:

1. "beschikking krijgen over gegevens en inlichtingen",
2. die het "redelijk vermoeden rechtvaardigen", dat sprake is van
3. "fraude van materieel belang ten aanzien van de financiële verantwoordelijkheid"
4. van de "controlecliënt".

Element 1 houdt in dat de accountant niet zelf op zoek moet gaan naar de fraude; hij moet er de beschikking over krijgen<sup>58</sup>. Het tweede element geeft aan dat er geen sprake is van juridische haarkloverij bij de mogelijke niet-naleving van dit artikel; de zinsnede "het redelijke vermoeden rechtvaardigen" duidt op een grote beoordelingsvrijheid van de accountant. Hoe de AFM moet gaan vast stellen dat dit vermoeden aanwezig zou horen te zijn of juist niet zou moeten zijn, is niet duidelijk. Wat fraude van materieel belang inhoudt staat uitgewerkt in de BTA. Fraude omvat een "opzettelijk handelen of nalaten waarbij misleiding wordt gebruikt om wederrechtelijk voordeel te halen"<sup>59</sup>. De fraude is materieel van aard<sup>60</sup> indien de "beslissingen die in het maatschappelijk verkeer worden genomen op grond van de financiële verantwoording van de controlecliënt zouden worden beïnvloed door de in de vorige zin bedoelde misleiding". In verband hiermee moet gekeken worden naar de omschrijving controlecliënt. In de definities van de WTA<sup>61</sup> staat controlecliënt omschreven als "de onderneming of instelling die aan een accountantsorganisatie opdracht geeft tot een wettelijke controle"<sup>62</sup>. Dit is in het geval van een beursgenoteerde onderneming de holding vennootschap die al dan niet op grond van 403-verklaringen een geconsolideerde jaarrekening opstelt.

De melding kan achterwege blijven,<sup>63</sup> indien:

*"a. de controlecliënt onverwijld, nadat de externe accountant hem heeft gewezen op zijn redelijk vermoeden van fraude van materieel belang<sup>64</sup>, onderzoek verricht of doet verrichten en op basis daarvan een schriftelijk plan opstelt waarin zijn opgenomen:*

*1°. de maatregelen die de controlecliënt zal nemen om de gevolgen van de fraude, voor zover mogelijk, ongedaan te maken en om herhaling van zodanige fraude te voorkomen;*

*2°. de termijn waarbinnen de controlecliënt de maatregelen zal hebben uitgevoerd;*

*b. de externe accountant, binnen vier weken nadat het plan is opgesteld, heeft beoordeeld dat het in onderdeel a bedoelde plan toereikend is;*

---

melding wordt opgenomen in een register, dat krachtens de Wet Politierregisters een gesloten "verstrekkingen" systeem kent. Uitsluitend aan personen of instanties die in de wet of in het besluit politierregisters zijn genoemd, kan informatie over de melding worden verstrekt."

<sup>57</sup> Art. 26 lid 2 WTA.

<sup>58</sup> Dit is jammer. In de literatuur is na de bekende financiële schandalen in het begin van deze eeuw vaak het idee geopperd om meer forensische accountancy toe te passen bij het controleren van de jaarrekening. Zie voor meer informatie over forensische accountancy de oratie van Marcel Pheijffer, "Nieuwe ronde, nieuwe kansen", Koninklijke Vermande 2002 en de dissertatie van Pheijffer, 'De forensisch accountant: het recht meester', Koninklijke Vermande 2000.

<sup>59</sup> Art. 36 lid 1 Ontwerp BTA.

<sup>60</sup> Art. 39 lid 2 WTA.

<sup>61</sup> Art. 1 lid 1 sub D WTA.

<sup>62</sup> Art. 2:393 BW.

<sup>63</sup> Art. 37 lid 1 Ontwerp BTA.

<sup>64</sup> Het zogeheten redres; redresseren betekent het ongedaan maken van de fraude.

*c. de externe accountant heeft vastgesteld dat de controlecliënt binnen de in onderdeel a, onder 2°, bedoelde termijn de in het plan opgenomen maatregelen in voldoende mate heeft uitgevoerd."*

De aansprakelijkheid van de accountant met betrekking tot eventuele meldingen wordt beperkt en om die reden zal de Nederlandse accountant zich heel wat veiliger voelen dan zijn Amerikaanse collega<sup>65</sup>. Onder de WTA is de accountant niet aansprakelijk voor de schade die een derde ten gevolge van een door de accountant gedane melding leidt, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot deze melding had mogen worden overgegaan<sup>66</sup>.

## 12. Kunnen commissarissen deze taken aan?

### 13. Proportionate response

Hiervoor werd reeds uitvoerig ingegaan op de informatieverstrekking door het Bestuur. Ook spraken wij reeds over de informatieverstrekking door de accountant. Het betreft hier onder meer gevallen waarbij de accountant zich incidenteel tot de Raad van Commissarissen wend terzake van gegevens of inlichtingen waarover de accountant bij het verrichten van een wettelijke controle "de beschikking krijgt". Dat geldt ook voor de "illegal acts" als bedoeld onder het eerder genoemde Section 10A US Securities Exchange Act 1934 (as amended). Meer systematisch zal de accountant aan de Raad van Commissarissen rapporteren in de management letter, die mede gebaseerd is op de eerder genoemde letters of representation. Voorts zal informeel overleg tussen leden van de Raad van Commissarissen en de externe accountant vermoedelijk leiden tot het verkrijgen van inzicht binnen de Raad van Commissarissen omtrent het functioneren van het Bestuur en het senior management ter zake van naleving van wet- en regelgeving en de "tone at the top". Ik hecht zeer aan dit informele contact, met name omdat daardoor een veel genuanceerdere inkleuring kan ontstaan van de ernst van bepaalde tekortkomingen hetgeen ook leidt tot een veel effectiever toezicht door de Raad van Commissarissen. De Raad van Commissarissen moet voorkomen om te functioneren als een stel houwdegens die over-reageert op binnen elke organisatie, groot en klein, bestaande tekortkomingen. Aan de terminologie van de koude oorlog ontleen ik het begrip "proportionate response", al hoop ik dat de verhouding tussen het Bestuur en de Raad van Commissarissen er wel een is van wederzijds respect (waaraan het bij de koude oorlog juist ontbrak).

### 14. De klokkenluidersregeling

Een bijzondere plaats in dit verband heeft de klokkenluider regeling gekregen<sup>67</sup>. De klokkenluider regeling is in Nederland verankerd in de Code Tabaksblad<sup>68</sup>. De Stichting van de Arbeid (STAR) heeft op 24 juni 2003 advies uitgebracht betreffende de klokkenluidersregeling en dit advies vormt voor vele Nederlandse ondernemingen de basis voor het intern vastgestelde klokkenluidersreglement<sup>69</sup>. Volgens de regeling van de STAR is er geen meldingsplicht, maar moet wel de mogelijkheid worden geboden aan werknemers om te rapporteren over vermeende onregelmatigheden van "algemene, operationele en financiële aard" binnen de vennootschap. De werknemer rapporteert aan de voorzitter van het Bestuur of aan een door hem aangewezen functionaris, tenzij het onregelmatigheden betreft die het functioneren van bestuurders aangaat. In dat laatste geval wordt gerapporteerd

<sup>65</sup> De Nederlandse accountant die een vennootschap controleert die valt onder de werking van de Sarbanes Oxley Act is voor zijn werkzaamheden rechtstreeks verantwoordig verschuldigd aan de SEC. In de WTA aangebrachte beperking van aansprakelijkheid doet daar niet aan af.

<sup>66</sup> Art. 26, lid 4 WTA.

<sup>67</sup> Bij de bespreking van de Klokkenluider regeling laat ik de arbeidsrechtelijke aspecten van deze regeling buiten beschouwing. Zie hiervoor onder meer F.B.J. Grapperhaus, Klokkenluiders: verzoek van de regering aan de SER om advies over een onafhankelijke commissie, Ondernemingsrecht 2004/9.

<sup>68</sup> Code Tabaksblad best practice bepaling II.1.6.

<sup>69</sup> Omdat het hier een regeling van algemene strekking betreft, dient deze regeling de instemming te verkrijgen van de Ondernemingsraad.

aan de voorzitter van de Raad van Commissarissen. De compliance functionaris binnen de onderneming is verantwoordelijk voor het verzamelen van de informatie en het doen van onderzoek. Binnen een zeker mandaat zal de compliance functionaris ook tot afdoening kunnen overgaan. De compliance functionaris zal volgens de STAR regeling rapporteren aan de voorzitter van de Raad van Bestuur (en bij vermeende betrokkenheid van leden van de Raad van Bestuur aan de voorzitter van de Raad van Commissarissen). Ik meen dat de rapportage aan de voorzitter van de Raad van Commissarissen ook moet betreffen een eventuele betrokkenheid van "senior management", een aanzienlijk groter aantal functionarissen dan de leden van het Bestuur in formele zin. Ik heb dit begrip in deze bijdrage herhaaldelijk gebruikt en dit is het moment om daarop enige toelichting te geven. De situatie zal per onderneming verschillen. Wij kunnen in Nederland niet afdgaan op het begrip "officer" dat in de Verenigde Staten gebruikelijk is. Maar vrijwel elke Nederlandse onderneming heeft een eigen invulling gegeven aan deze notie. Het betreft hier meestal de functionarissen die ook in aanmerking komen voor een vrij vergaande vorm van "incentive compensation". Het is een bestuurslaag die van groot belang is voor de gehele onderneming en die dagelijks veel meer de "tone at the top" doorgeeft aan de andere bij de onderneming werkzame personen, dan de leden van de Raad van Bestuur zelf. Senior management is mede-verantwoordelijk en voor het eindresultaat, en daarmee worden de leden van het senior management individueel ook aanspreekbaar om zelf een "role model" te zijn. Uit het senior management wordt ook in belangrijke mate geput voor opvolgingen binnen de Raad van Bestuur. Venootschap-juristen zijn geneigd om een strikt onderscheid te maken tussen de leden van de Raad van Bestuur en de andere leden van het senior management. Ik keer me daar niet tegen, maar zoek aansluiting bij de realiteit dat vele ondernemingen moeten worden gezien als mammoettankers die met name binnen een haven alleen kunnen manoeuvreren wanneer vele en kleinere sleepboten een bijdrage geven aan de koersbepaling (en het is juist in de haven waar stuurmanskunst wordt gevraagd<sup>70</sup>). In deze beeldspraak zijn de leden van het senior management vergeleken met de stuurlieders op de sleepboten.

## 15. Praktische problemen

Of de Raad van Commissarissen, het Audit Committee of een Governance Committee c.q. Compliance Committee zijn taak naar behoren zal kunnen vervullen, hangt natuurlijk ook van de samenstelling van de Raad van Commissarissen en van de wijze waarop de voorzitter van de raad c.q. van de betreffende commissie doet zorgdragen voor een deugdelijke aanvoer van de informatie en het overleg daarover. Incidentele meldingen van norminbreuken door klokkenluiders en senior management, die niet het Bestuur en het senior management betreffen, zouden per kwartaal in de vorm van een logboek moeten worden voorgelegd aan de betreffende commissie uit de Raad van Commissarissen, die aldus kan constateren of de juiste follow-up heeft plaatsgevonden. Als weinig meldingen plaatsvinden, moet voortdurend de vraag aan de orde zijn of het meldingssysteem wel functioneert. Het is moeilijk om een goed functionerend klokkenluider systeem te hebben. Een internationaal opererende onderneming (en welke Nederlandse onderneming is dat niet?) moet beschikken over de mogelijkheid van melding in vreemde talen op basis van volstrekte anonimiteit. Dat zijn voorwaarden die in de praktijk niet zo gemakkelijk zijn te vervullen en waarvoor kosten moeten worden gemaakt, onder meer voor het inschakelen van externe bureaus. De ervaring leert dat dit wel loont, want daardoor wordt de pakkans vergroot en dat heeft een aanzienlijke preventieve werking. Natuurlijk gaat hier ook veel tijd van de compliance officer mee gemoeid. Meldingen die duiden op betrokkenheid van leden van het senior management behoeven afzonderlijke aandacht, ook als deze ogenschijnlijk slechts oppervlakkige norminbreuken betreffen. Seksuele intimidatie of discriminatie op de werkplek lijkt voor sommigen niet direct relevant voor het resultaat van de onderneming, maar dit soort norminbreuken ondermijnen het vertrouwen dat medewerkers moeten hebben

---

<sup>70</sup> Ten onrechte wordt wel een de indruk gewekt dat een haven veilig zou zijn. De meeste aanvaringen vinden plaats op weg naar of binnen de haven.

in de ondernemingsleiding, ook terzake van andere inbreuken die wel onmiddellijke en rechtstreekse invloed hebben op het financiële resultaat<sup>71</sup>. Het is evident dat dit soort norminbreuken niet door een compliance officer, hoe deskundig ook, kunnen worden afgedaan.

#### 4.4 Ja, mits ...

Ik meen dat de Raad van Commissarissen, mits goed samengesteld en georganiseerd, deze taken redelijkerwijs moeten kunnen vervullen. Maar de twee voorwaarden die ik daar dus aan verbind, goede samenstelling en goede organisatie, zijn lastig te vervullen. Over de goede samenstelling sprak ik reeds. Maar ook aan een goede organisatie valt niet te ontkomen, en ik meen dat dit in Nederland in toenemende mate wordt ingezien. Dit zal noodzakelijkerwijs moet leiden tot een eigen secretaris van de Raad van Commissarissen die niet functioneel gedeeld wordt met de Raad van Bestuur. Deze eigen secretaris van de Raad van Commissarissen kan wel deel uitmaken van de afdeling juridische zaken, mits het hier niet betreft een "junior" die deze taak erbij krijgt. Het is een belangrijke taak, waarvoor ook continuïteit en deskundigheid is vereist. Toezicht daarop door de General Counsel, mits deze zelf kan bogen op de eerder bedoelde onafhankelijkheid van het Bestuur, verdient aanbeveling. Deze secretaris van de Raad van Commissarissen rapporteert derhalve niet aan de Raad van Bestuur (ook niet indirect) en wordt gedurende de periode dat hij deze functie vervuld beoordeeld en beloond door de voorzitter van de Raad van Commissarissen. Hij coördineert met de bestuursvoorzitter en met de hoofden van de diverse afdelingen de informatieverstrekking aan de Raad van Commissarissen en ziet toe op de opvolging van eventuele acties. Het is duidelijk dat deze secretaris derhalve de onderneming goed van binnenuit moet kennen, gevoel moet hebben voor interne verhoudingen maar tevens een "rechte rug" moet hebben. Bij voorkeur moet het hier een jurist betreffen, die zorgvuldig kan formuleren, en toeziet op verslaglegging die zelf niet weer de onderneming in moeilijkheden brengt. Verslagen van vergadering van de commissies uit de Raad van Commissarissen moeten worden gedeeld met de andere leden van de Raad, en met de leden van het Bestuur en met andere functionarissen, voor zover zij bij deze vergaderingen aanwezig waren.

## 16. Slot

In deze bijdrage heb ik gewezen op de noodzaak dat de Raad van Commissarissen zijn verantwoordelijkheid met betrekking tot het toezicht op naleving van wet- en regelgeving neemt. Ik meen dat dit niet alleen nodig is jegens de aandeelhouders en de stakeholders, maar ook om te voorkomen dat publieke toezichthouders en ook strafrechter zich verdergaand gaan bemoeien met integriteitsinbreuken. De door mij gepropageerde "proportionate response" in de verhouding tussen de Raad van Bestuur en de Raad van Commissarissen leidt mijn inziens tot een veel effectievere handhaving van de normen en tot aanzienlijk minder ongewenste neveneffecten, dan wanneer de "botte bijl" van toezichthouders en het strafrecht worden gehanteerd. Dit houdt geen verwijt in jegens de laatstgenoemden; zij hebben een publieke functie. Zij dienen hun taken mede uit te oefenen met het oog het stellen van voorbeelden<sup>72</sup> en dan is de botte bijl soms onvermijdelijk. Ik ben soms echter meer bevreesd voor die botte bijl, dan voor sommige integriteitsinbreuken zelf.

Ik bepleit dat de Raad van Commissarissen zich beraadt over de vraag of hij zich intern op de juiste wijze heeft georganiseerd voor deze onderwerpen. Of er een aparte Governance Committee c.q. Compliance Committee moet worden gevormd is afhankelijk van de omstandigheden. Voor mij leidt echter geen twijfel dat de Raad van Commissarissen c.q. de betreffende commissie van haar werkzaamheden betreffende het toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving, inclusief de naleving van interne codes, verslag moet doen, desgewenst in het kader van de bestuursverklaring

<sup>71</sup> Global Economic Crime Survey 2005, p. 10.

<sup>72</sup> Hendrik Jan Biemond drukt dit in het requisitoir in de zaak tegen de voormalige Ahold-bestuurders als volgt uit: "In financiële fraudezaken dienen bij het beoordelen van de strafmaat algemeen preventieve strafdoeleinden een belangrijke rol te spelen. De op te leggen straf dient uitdrukking te geven aan de afkeuring die moet gelden voor frauduleuze handelingen zoals de voorliggende en zal normbevestigend moeten zijn. Dit is vooral van belang ten aanzien van de thans strafbare feiten die gepleegd worden op het niveau van de Raad van Bestuur en de Raad van Commissarissen, omdat de kans op ontdekking daarvan uiterst gering is. Het strafrecht is dan alleen effectief als daar een relatief zware straf tegenover staat."

over de werking van het interne risicobeheersings- en controlesysteem. Het verslag moet overtuigend zijn. Aandeelhouders, werknemers, andere stakeholders en publieke toezichhouders moeten zich ervan kunnen vergewissen dat het zelfreinigend vermogen van de onderneming adequaat en effectief is.

Het zou voorts wenselijk zijn als ook de Commissie Frijns<sup>73</sup> zich over dit onderwerp uitspreekt.

---

<sup>73</sup> De Monitoring Commissie Corporate Governance.