

12 | Overheidstoezicht en corporate governance: Overheid spreekt bestuurders en commissarissen aan op compliance management

Martin de Bree

1. Inleiding

Corporate governance staat volop in de aandacht. Er zijn steeds minder sectoren die geen governance code hebben opgesteld en voor een aantal bedrijven is corporate governance zelfs verplicht gesteld. Ook in de (semi)publieke sector zijn veel codes voor governance of goed bestuur opgesteld. In de codes worden uiteenlopende zaken geregeld met als belangrijkste doel te komen tot een duiding van goed bestuur. Eén van die zaken betreft wat van corporate governance mag worden verwacht met betrekking tot het voldoen aan wettelijke eisen. In de toekomst zullen publieke toezichthouders bedrijven indringend aanspreken op de borging van compliance. Het is daarom aan te raden dat compliance management nadrukkelijk aandacht krijgt van bestuurders en commissarissen. In dit hoofdstuk ga ik in op de rol die corporate governance speelt bij de naleving van wet- en regelgeving vanuit het perspectief van de overheid in haar rol als toezichthouder.

Om te beginnen ga ik in op de ontwikkelingen die zich in overheidstoezicht afspelen. Omwille van de duidelijkheid schets ik een enigszins gechargeerd beeld van de dilemma's waarmee publieke toezichthouders zich geconfronteerd zien. De oplossingen die toezichthouders hierbij nu ontwikkelen hebben grote consequenties voor het bestuur van ondernemingen. Daarna sta ik stil bij de vraag hoe in de corporate governance codes en de praktijk de naleving¹ van wet- en regelgeving is geïncorporeerd. Daarna volgt een beschrijving van de strategie van publieke toezichthouders om hierop in te spelen door eisen te stellen aan de corporate governance. Ik sluit af met een vooruitblik over de wijze waarop corporate governance² en overheidstoezicht met elkaar te maken zullen gaan krijgen en enkele suggesties voor bestuurders, interne en externe toezichthouders.

¹ De termen compliance en naleving worden in dit artikel als synoniemen gebruikt.

² Ik hanteer hierbij een brede scope voor de term corporate governance. Ik baseer me niet alleen op de bedrijven voor wie een wettelijke verplichte governance code geldt, maar beschouw eveneens andere private domeinen en (semi)publieke sectoren als de zorg en het onderwijs.

2. **Uitdagingen voor overheidstoezicht**

Ondanks de traditionele rol die de overheid wordt toegedicht bij het beschermen van publieke belangen is het besef in overheidskringen gegroeid dat de overheid dit niet alleen kan waarmaken. In twee kaderstellende visies op toezicht heeft het kabinet de verantwoordelijkheid voor de bescherming van het publieke belang nadrukkelijk teruggelegd in de samenleving. De notie is dat als burgers en bedrijven niet hun steentje bijdragen om zelf leiderschap te tonen bij het beschermen van publieke belangen, de overheid dit onmogelijk kan afdwingen via een traditioneel stelstel van wet- en regelgeving en nalevingstoezicht. Dit is geen onlogische constatering. Een simpele rekensom leert dat het onhaalbaar is om achter elke burger en in elk bedrijf een publieke controleur neer te zetten die de zaak in de gaten houdt. Dus doet de overheid een beroep op burgers en bedrijven om hierin hun verantwoordelijkheid te nemen.

2.1 *Verantwoordelijkheid naar burgers en bedrijven*

Met het terugleggen van de verantwoordelijkheid voor de bescherming van publieke belangen bij de burgers en bedrijven, komt ook de vraag aan de orde of de overheid niet wat meer speelruimte aan deze partijen zou moeten geven. Je kunt, zo is de redenering, als overheid niet de verantwoordelijkheid bij de burgers en bedrijven leggen en tegelijkertijd gedetailleerd voorschrijven hoe dit moet gebeuren. Dat geeft onvermijdelijk problemen met het draagvlak voor de regels en de effectiviteit bij implementatie. Het doorschuiven van (een deel van) de verantwoordelijkheid impliceert logischerwijs dat er meer ruimte moet komen voor zelfregulering. De overheid kan wettelijke kaders blijven stellen, maar zal detailregulering moeten loslaten.

Het afschaffen van detailregels houdt in de praktijk niet altijd gelijke tred met de behoefte aan zelfregulering. Ook zijn er binnen sectoren waarvoor eenduidige regels gelden, verschillen in de mate waarin individuele bedrijven in staat zijn tot zelfregulering. In deze situaties ontstaat spanning bij het naleven van regels en het toezicht hierop. Bij de uitvoering van overheidstoezicht werpt zich de vraag op of het primaire doel van toezicht moet zijn dat de regels worden nageleefd of dat het doel van de wet wordt bereikt. In een ideale wereld vallen regelnaleving en doelrealisatie wellicht volledig samen. In de dagelijkse praktijk kan er een aanzienlijk verschil tussen deze twee aspecten bestaan. Zo kan een bedrijf prima de regels naleven en toch incidenten of schade aan publieke belangen veroorzaken. Omgekeerd kan een bedrijf dat regels overtreedt in de praktijk toch veilig en duurzaam werken.

Toezichthouders switchen in hun prioriteitsstelling nogal eens tussen deze beide doelen. Soms wordt het doel van de wet – ook wel de geest van de wet genoemd – als primaire doel gekozen. In een ander geval kiest de toezichthouder het meer formele doel van naleving naar de letter van de wet. Ook gaan toezichthouders nogal eens zover dat zij globaal gestelde wettelijke eisen door middel van eigen

beleidsregels weer zo detailleren dat de beoogde ruimte in de uitvoering weer grotendeels teniet wordt gedaan.³

De vraag of handelen in de geest van de wet of naar de letter van de wet het doel moet zijn van de borging is relevant voor het draagvlak van private partijen om hieraan invulling te geven. Het is bekend dat de motivatie om na te leven groter is naarmate de nalever beter begrijpt waartoe de naleving dient. Uit het oogpunt van draagvlak heeft daarom een minder formele opstelling van de toezichthouder de voorkeur. Ook de haalbaarheid van naleving speelt een rol. Soms zijn de regels zo gedetailleerd en ingewikkeld dat het borgen van naleving in specifieke situaties onevenredig veel inspanning oplevert in verhouding tot wat het oplevert.

Publieke toezichthouders zitten dus met een dilemma. In deze fase waarin overheid en samenleving een gedeelde verantwoordelijkheid hebben voor het beschermen van publieke belangen zoals nu aan de orde is, is het voor toezichthouders lastig positie te kiezen. Een formele opstelling komt hen op het verwijt te staan te star te zijn en geen rekening te houden met de praktijkomstandigheden. Een te ruime opstelling levert al snel de kritiek op dat men buiten het boekje gaat⁴ of niet krachtig genoeg optreedt.

2.2 Incidenten

Naast de hierboven geschetste beweging naar minder overheidstoezicht is er ook een roep om meer toezicht, die met name bij incidenten kan worden gehoord. In weerwil van de pogingen van de overheid om de verantwoordelijkheid terug te leggen bij burgers en bedrijven laat de reactie uit de samenleving op incidenten een heel ander beeld zien. Als er iets misgaat lijken de pijlen vanuit de publieke opinie vooral op de overheid gericht in plaats van de private partijen die het incident hebben veroorzaakt. De samenleving lijkt dan plotseling juist weer te verwachten dat de overheid niet alleen zorgt voor risicobeheersing, maar zelfs dat zij garandeert dat er geen incidenten meer gebeuren. Dit laatste is in strijd met de onder deskundigen algemeen geaccepteerde opvatting dat risico's op incidenten nooit volledig tot nul kunnen worden gereduceerd. Echter in de publieke opinie wordt een incident al snel als bewijs beschouwd dat het overheidstoezicht heeft gefaald.

Hier komt bij dat misstanden sneller aan het licht lijken te komen dan in het verleden. De snelle en alom aanwezige (sociale) media spelen hierin ongetwijfeld een belangrijke rol. Soms lijkt het wel zo te zijn dat elke week weer een andere toezichthouder aan de beurt is om op de pijnbank gelegd te worden. Nu eens is het de beurt aan de Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit (NVWA, vleessector), dan weer aan de Nederlandse Zorgautoriteit (vertrouwelijkheid gegevens) of de milieudiensten (Chemie-Pack, Odjell).

³ Zie ook Bokhorst, M., Bronnen van Legitimiteit, 2014.

⁴ Zie bijvoorbeeld de discussie over de beleidsdoelstelling van de ACM in Economische Statistische Berichten, nummer 46835, 18 april 2014.

Intussen komen uit wetenschappelijk onderzoek signalen dat een bestraffende toezichtstijl veel minder effectief is dan werd aangenomen. Slechts een deel van de bedrijven en instellingen zal door sancties het gedrag wezenlijk verbeteren. Het overgrote deel van deze organisaties is niet vatbaar voor een op afschrikking gebaseerde toezichtstrategie.

2.3 *Speelbal van publieke opinie en politiek*

De politiek lijkt in dit spel met alle winden mee te waaien. Erop gebrand de kiezer te behagen wordt afwisselend voor meer en minder toezicht gepleit. In zijn wekelijkse nieuwsbrief met toezichtnieuwtjes houdt Rob Velders niet zonder gevoel voor ironie zelfs een barometer bij met pleidooien voor meer en minder toezicht. In dit krachtenveld ziet de publieke toezichthouder zich geplaatst voor een schijnbare ‘mission impossible’. Enerzijds ziet men dat zelfregulering (nog) niet de gewenste resultaten oplevert. Slechts bij enkele koplopers is sprake van voorbeeldig zelfregulerend en ethisch gedrag. Anderzijds is er bij lange na niet voldoende capaciteit beschikbaar om het toezicht te intensiveren. Sterker nog, toezichthouders moeten steeds meer capaciteit inleveren.

Het gevolg van dit alles is dat veel publieke toezichthouders het gevoel hebben achter de feiten aan te lopen. Zij reageren tegen beter weten in op incidenten en de hierop volgende commotie in de publiciteit en politieke arena, met een periode van strikte handhaving. Dit doen ze kennelijk om te voorzien in de behoefte een krachtadig optreden te zien. Men voelt de noodzaak om ‘de tanden te laten zien’. Vervolgens hoopt men dat de storm snel mag overwaaien. Publieke toezichthouders voelen zich speelbal geworden van de publiciteit over incidenten en de politieke reflexen die hierop volgen. We weten dat een dergelijk zwalkend beleid niet alleen ineffectief is, maar dat dit ook verlamdend werkt in het proces om meer verantwoordelijkheid naar de gereguleerde organisaties door te schuiven. Met andere woorden, het overheidstoezicht ziet zich geplaatst voor een serieus dilemma.

3. **Corporate governance en compliance**

Welke bijdrage zou corporate governance van een bedrijf kunnen leveren om dit dilemma op te lossen? In deze paragraaf beschrijf ik kortweg de huidige situatie met betrekking tot corporate governance en op welke wijze compliance in de governance structuren is verankerd.

Men zou met betrekking tot corporate governance kunnen zeggen dat er de afgelopen jaren heel veel is gebeurd. Voor de grote beursfondsen is er een verplicht gestelde Nederlandse Corporate Governance Code. We hebben een Monitoring Commissie Corporate Governance Code die alweer sinds 2005 de naleving van de code controleert. Uit deze controles blijkt een stabiele en hoge naleving.⁵ Enig

5 www.commissiecorporategovernance.nl.

minpuntje bij de bevindingen van 2013 is dat de verwijzing naar eigen regelingen is verslechterd. Er is op het gebied van corporate governance de laatste jaren heel veel werk verzet en er zijn grote stappen gezet in de ontwikkeling van goede governance.

Eén van de thema's die expliciet in de governance codes is uitgewerkt betreft de naleving van wettelijke eisen. In de Nederlandse code is gesteld dat het toezicht van de raad van commissarissen op het bestuur onder andere de naleving van wet- en regelgeving omvat.⁶ Daarnaast is in de code een expliciete rol voor de auditcommissie weggelegd. Deze moet zich in ieder geval richten op het bestuur ten aanzien van de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, waaronder het toezicht op de relevante wet- en regelgeving en het toezicht op de werking van de gedragscodes.⁷

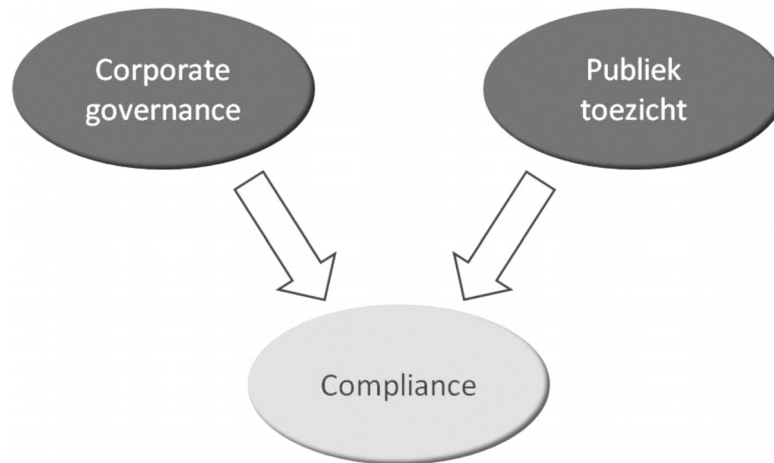
In navolging van de Nederlandse Corporate Governance Code zijn voor steeds meer sectoren in het private en (semi)publieke domein codes opgesteld. Gedacht kan worden aan de governance codes en codes voor goed bestuur in de bouw, het onderwijs, de zorg, de culturele sector en de woningcorporaties. Ten slotte zijn er naast deze sector-breed geldende codes in elk bedrijf of instelling specifieke codes, beleidsverklaringen, codes of conduct en certificaten of keurmerken van toepassing die eisen bevatten met betrekking tot de naleving van wet- en regelgeving, het gedrag van de medewerkers met betrekking tot compliance en het interne toezicht door de raad van commissarissen of de raad van toezicht. Dit alles overziend lijken sectoren serieus werk te maken van het expliciet borgen van compliance in de governance. Dit betekent dus de facto dat de publieke toezichthouder en de raad van commissarissen voor wat betreft compliance een eensluidende opdracht hebben. Eenvoudig gesteld hebben zowel corporate governance als publiek toezicht allebei de taak om toe te zien op de naleving van wet- en regelgeving. Dit is weergegeven in figuur 1.⁸

6 Artikel III 1.6 sub e).

7 Artikel III 5.4 sub a).

8 Hierbij wordt nadrukkelijk aangetekend dat toezicht op compliance niet de enige taak van de RvC is. Op de eventuele spanning tussen deze toezichtstaak en andere taken van de RvC en RvT wordt omwille van de reikwijdte van dit artikel niet ingegaan.

Figuur 1: Toezicht op compliance vanuit corporate governance en publiek toezicht



Op het eerste gezicht zou men kortweg kunnen redeneren: Als er vanuit corporate governance ook al toezicht wordt gehouden op de naleving van de wet- en regelgeving en dat gebeurt op een degelijke manier, waarom zou de overheid dat dan nog zo nadrukkelijk moeten doen?

Ondanks het feit dat compliance in de governance codes in het algemeen goed verwerkt lijkt te zijn, bestaan er ook reserves. Niet iedereen is even overtuigd dat de inspanningen die bedrijven zich getroosten op het vlak van governance veel zoden aan de dijk hebben gezet voor wat betreft het borgen van compliance. In de wereld van het publieke toezicht heerst daarom de nodige scepsis. Hier heerst de opvatting dat papier geduldig is, met andere woorden, een 'papieren' systeem betekent nog niet automatisch dat het ook zo werkt in de praktijk. Die scepsis wordt gevoed door elk incident dat zich voordoet bij bedrijven die zich aan een governance code hebben geconformeerd. Want, zo vraagt men zich in een dergelijk geval af, hoe kan het gebeuren dat bedrijven die zoveel goeds beloven ten aanzien van de naleving van wettelijke eisen en het beschermen van publieke belangen, zo in de fout kunnen gaan? Waar was de raad van commissarissen of de raad van toezicht bij het incident? Hoe zit het met de checks en balances in de governance structuur? En zo voeden incidenten als bij Odjell, Rabobank, scholengemeenschap Amarantis, Ruwaard van Putten Ziekenhuis, het idee bij publieke toezichthouders dat governance codes vooral papieren tijgers zijn. Regelmatig kunnen publieke toezichthouders bij incidenten de neiging tot generaliseren niet bedwingen en komen zij tot de conclusie dat governance faalt. De notie bij veel overheidstoezichthouders is dat in de governance codes wel al te gemakkelijk wordt beloofd dat de onderneming aan de wettelijke eisen zal voldoen.

4. Oplossingsrichtingen overheidstoezicht

Zoals eerder uiteengezet zien de Nederlandse publieke toezichthouders zich geplaatst voor een flink dilemma. Daarnaast is de neiging genoemd om toe te geven aan de maatschappelijke en politieke druk die ontstaat bij incidenten om krachtdadig op te treden. Desondanks groeit bij toezichthouders het besef dat deze reactieve en incident gedreven benadering op den duur niet de gewenste resultaten oplevert.

Vanuit de uitdagingen zien publieke toezichthouders een kans om in te spelen op de notie dat bedrijven in hun governance codes en andere uitingen expliciet toezicht op compliance toezeggen. Gesterkt door de stelling van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) die erop wijst dat publieke toezichthouders meer oog moeten hebben voor governance structuur,⁹ hebben toezichthouders governance ontdekt als object van toezicht. Governance wordt een vehikel om te komen tot zelfregulering.

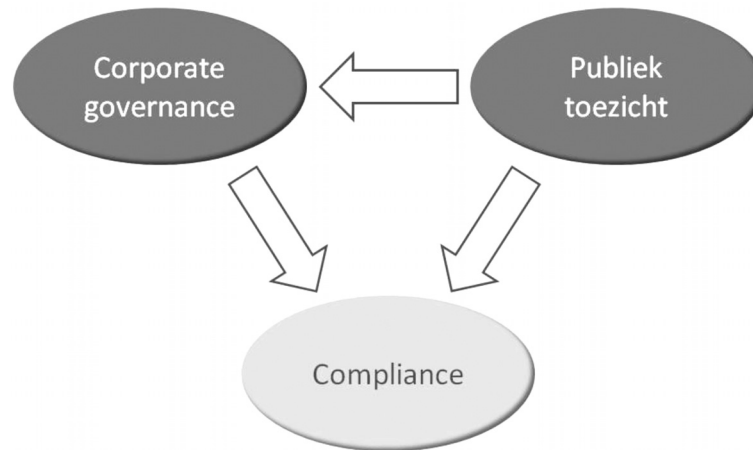
De toezichthouder van de nabije toekomst is niet meer de toezichthouder die met de wet in de hand controleert of aan alle regeltjes is voldaan. Dat gebeurt nu nog steeds, maar het wordt steeds belangrijker voor de publieke toezichthouder om te doorgronden hoe hij de mate van zelfregulering in een bedrijf of sector kan beoordelen en mogelijk zelfs beïnvloeden. De inzet van de publieke toezichthouders is dat, door aan te grijpen op de governance van bedrijven, het toezicht kan winnen aan zowel efficiency als effectiviteit:

- (a) Als de toezichthouder in staat is te beoordelen in welke mate van governance een goede borging van de publieke belangen uitgaat, kan hij zijn inzet hierop afstemmen. Dit maakt het toezicht efficiënter doordat geen toezichtcapaciteit behoeft te worden gespendeerd aan bedrijven met een goede borging van compliance. Het maakt het toezicht ook meer gericht doordat de inzet kan worden geconcentreerd op de organisaties met een zwakke governance, dus daar waar de risico's op publieke schade het grootst zijn.
- (b) Als de toezichthouder bovendien zou weten hoe de effectiviteit van governance op het specifieke punt van het waarborgen van publieke belangen kan worden gestimuleerd, geeft hem dat een extra instrument om te werken aan structurele verbetering van de zelfregulering. Dit zou het toezicht effectiever maken doordat de toezichthouder een tweede orde leereffect kan uitlokken ten behoeve van een meer effectieve governance. Met andere woorden, de borging van compliance verbetert en daarmee de compliance.

De oproep van de WRR aan de publieke toezichthouders om meer aandacht te hebben voor de governance structuur van bedrijven krijgt al op verschillende plaatsen praktische navolging. Publieke toezichthouders kijken niet alleen meer naar de naleving van wet- en regelgeving, maar ook naar de processen die al dan niet tot naleving van die wet- en regelgeving leiden. Dit is geïllustreerd in figuur 2.

⁹ Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid, Toezien op publieke belangen, 2013.

Figuur 2: Publiek toezicht ziet in toenemende mate op corporate governance



Hieronder som ik enkele voorbeelden op van vormen van vernieuwend toezicht waarbij op de een of andere manier op de governance van bedrijven wordt ingespeeld. Tot voor kort was de toezichthouder vooral gericht op de naleving van wettelijke eisen zoals die door de onder toezicht staande organisaties werd gerealiseerd. Daarom maak ik voor het beschrijven van deze voorbeelden onderscheid in factoren binnen en buiten de scope van de raad van bestuur.

5. Factoren binnen de scope van de raad van bestuur

Compliance is het resultaat van verschillende factoren die op elkaar inwerken. Een deel van deze factoren bevindt zich binnen de invloedssfeer van de raad van bestuur of directie. Interne afspraken, procedures, controle maatregelen, fysieke voorzieningen en dergelijke zijn hierbij van belang, maar ook zachtere factoren als normen en waarden, cultuur, gedrag en competenties.

In het kader van het programma Vernieuwing Toezicht (gestart in 2008) heeft de overheid op verschillende fronten ontwikkelingen ingezet die gebaseerd zijn op het beoordelen van de effectiviteit van de processen die tot naleving moeten leiden. Zo heeft de Provincie Noord-Brabant als toezichthouder op de naleving van milieuwet- en regelgeving het zogenoemde systeemgericht toezicht ontwikkeld. Hierbij wordt een bedrijf op basis van een beoordeling van de mate van borging van naleving van wet- en regelgeving in het eigen managementsysteem ingedeeld in een niveau. Onder borging wordt verstaan niet alleen maatregelen nemen om aan de eisen te voldoen, maar ook zelf controleren, corrigeren en continue verbetering. Hoe beter de borging, des te minder vaak het bedrijf wordt geïnspecteerd. Ook wordt bij een goede borging minder snel een sanctie opgelegd als er een

overtreding is. Ook verschillende rijksinspecties experimenteren met een vergelijkbare aanpak. De Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft een pilot uitgevoerd met een vergelijkbare vorm van toezicht die nu praktisch en wetenschappelijk wordt geëvalueerd.¹⁰

Bij toezicht op de transportsector wordt gewerkt aan de ontwikkeling van een combinatie van horizontaal toezicht op basis van convenanten en systeembeoordeling. De Inspectie Leefomgeving en Transport werkt aan de verdere verfijning van de convenantenaanpak. Bedrijven die naar het oordeel van de Inspectie een goed werkend compliance managementsysteem hebben komen in aanmerking voor een convenant. Onder een goed werkend compliance managementsysteem verstaat de Inspectie kortweg een functionaliteit in het systeem van het bedrijf om naleving van wet- en regelgeving te borgen, te controleren of de genomen maatregelen daadwerkelijk tot naleving leiden en een correctie mechanisme om eventuele overtredingen op te heffen en herhaling te voorkomen. De convenanthouders krijgen op die basis het vertrouwen van de Inspectie hetgeen zich manifesteert in een convenant. De convenanthouders krijgen minder frequente inspecties en een aangepast sanctieregime. Ook de Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit (NVWA) sluit convenanten met bedrijven waarin het door middel van systeemtoezicht vertrouwen heeft gekregen in de eigen controlesystemen.

Verschillende inspecties¹¹ ontwikkelen dus instrumenten om de effectiviteit van de interne borging van regelnaleving (compliance management) bij bedrijven te beoordelen en op basis hiervan het toezicht te in- of extensiveren. Hierbij is de gedachte dat wanneer een bedrijf de naleving van wettelijke eisen (compliance) effectief borgt in de eigen organisatie, de overheid op metaniveau toezicht kan houden. Maar om er zeker van te zijn dat het compliance management effectief is, moet de overheid wel vaststellen dat het bedrijf

- (a) zelf maatregelen neemt om aan de eisen te voldoen;
- (b) intensief controleert of de maatregelen daadwerkelijk leiden tot compliance; en
- (c) eventuele overtredingen zelf opspoor, beëindigt, en aanwendt voor verbetering van het systeem.¹²

Het is bij overheidstoezicht steeds gebruikelijker om bedrijven te bevragen op hun eigen beleidsvoornemens. Hierbij geldt de belangrijke vraag in hoeverre hetgeen in governance codes, beleidsverklaringen, codes of conduct etc. gesteld is, daadwerkelijk in de praktijk inhoud krijgt. Als een bedrijf stelt dat het de risico's kent en de regels naleeft, zal de toezichthouder het bedrijf vragen om uit te leggen wat dan deze risico's en regels zijn en hoe het bedrijf er zich van vergewist dat de risico's daadwerkelijk worden beheerst en de regels worden nageleefd. Uit wetenschappelijk onderzoek weten

10 Stoopendaal, A., De Bree, M.A., Evaluatieonderzoek Systeemtoezicht op kwaliteit en veiligheid in de zorg: Fase 1. Ontwikkeling van het instrumentarium en eerste ervaringen, iBMG 2014/03.

11 Waaronder de Inspectie Leefomgeving en Transport, de Omgevingsdiensten, de Autoriteit Financiële Markten en de Inspectie voor de Gezondheidszorg.

12 De Bree, M.A., Private Borging van Regelnaleving in het Omgevingsrecht, Erasmus Universiteit in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, 2013.

we dat processen van ontkoppeling tussen papieren beleid en praktische werkelijkheid kunnen optreden. Je zou dit een tekort aan integriteit kunnen noemen. Ook weten we dat het omgekeerde kan gebeuren, dat processen op gang kunnen komen die leiden tot een grotere consistentie tussen formeel en actueel beleid. Door bedrijven aan te spreken op het sluiten van de cirkel, dat wil zeggen na te gaan in hoeverre zij de daad bij het woord voegen, willen de toezichthouders het bedrijf aanzetten tot een betere interne borging en beheersing, dus een betere zelfregulering. Publieke toezichthouders zijn bezig om te leren hoe zij grip kunnen krijgen op de mate van consistentie tussen papieren beleid en fysieke werkelijkheid bij de organisaties waarop zij toezicht houden. Bedrijven wordt gevraagd hoe zij hun formele beleid in tastbare praktijk omzetten. Bij de implementatie van beleid speelt ook de bedrijfscultuur een belangrijke rol. Daarom ontwikkelen steeds meer toezichthouders instrumenten die het mogelijk maken de bedrijfscultuur in kaart te brengen.

Toezichthouders realiseren zich dat wanneer zij kijken naar factoren die bepalend zijn voor een goede bedrijfsinterne borging van compliance en de beheersing van risico's die het publieke belang kunnen bedreigen, dit de mogelijkheid geeft om in een eerder stadium eventuele problemen te zien aankomen. Deze factoren worden met name gezocht in de sfeer van cultuur en gedrag, competenties en managementsystemen. Zo kijkt de Nederlandsche Bank de laatste tijd nadrukkelijk naar de cultuur in de boardroom van financiële instellingen.

Deze voorbeelden beperken zich tot de processen die zich binnen de onder toezicht staande organisatie afspelen, dus in de directie en de organisatie die de directie aanstuurt. Naarmate publieke toezichthouders meer kennis verwerven wordt duidelijk dat een deel van de voor compliance relevante factoren zich buiten het bedrijf bevinden.

6. Factoren buiten de scope van de raad van bestuur

Tot voor kort beschouwden de publieke toezichthouders het gebied buiten de formele hiërarchische lijnen in grote mate als terra incognita, maar met het onderzoeken van de factoren die naleving bepalen krijgen toezichthouders ook oog voor dit gebied. Afhankelijk van de sector waarin het bedrijf opereert kunnen – naast de publieke toezichthouder zelf – klanten, raden van toezicht en commissarissen, aandeelhouders, verzekeringsmaatschappijen, brancheorganisaties, certificerende instellingen en maatschappelijke groeperingen invloed uitoefenen op de mate waarin het bedrijf de regels naleeft.

Van deze factoren komen nu de raden van toezicht en commissarissen steeds nadrukkelijker bij de publieke toezichthouder in beeld. Weliswaar hebben de raden nog andere taken, maar dat neemt niet weg dat in de governance codes duidelijk staat dat de raden een belangrijke verantwoordelijkheid hebben op het punt van toezicht op compliance. Het is daarom niet verwonderlijk dat een discussie is

opgelaaid over de rol van de raad van commissarissen en de raad van toezicht bij het waarborgen van compliance.

In de eerder beschreven convenantenaanpak van de Inspectie Leefomgeving en Transport had het beoordelingskader van het compliance managementsysteem in het verleden alleen betrekking op het systeem dat onder verantwoordelijkheid van de directie was opgezet en werd gebruikt. In de laatste versie van het beoordelingskader wordt ook de rol van de interne toezichthouders, de raden van toezicht en commissarissen meegenomen. De beoordeling van het compliance managementsysteem wordt hiermee uitgebreid naar deze raden en hiermee wordt een stap gezet naar een beoordeling van de gehele governance op het vlak van compliance. Ook is deze Inspectie actief om met grote concerns zogenoemde rijksbrede convenanten af te sluiten. In deze convenanten is de Inspectie Leefomgeving en Transport niet meer als enige publieke toezichthouder partij, maar een groep publieke toezichthouders. Voorwaarde is een effectieve borging van compliance in de organisatie van het onder toezicht staande bedrijf.

Ook in andere domeinen is sprake van een groeiende aandacht van de publieke toezichthouder voor de rol van de interne toezichtfunctie. De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten spreken al op reguliere basis met de raad van commissarissen. In de zorg denken de Nederlandse Zorgautoriteit en de Inspectie voor de Gezondheidszorg na over het betrekken van de raad van toezicht bij het uitvoeren van extern toezicht. Recent heeft de WRR aanbevelingen gedaan aan de publieke toezichthouders in de zorg om nadrukkelijker in te spelen op de governance structuur in de zorg.¹³

De zoektocht van publieke toezichthouders naar factoren die compliance kunnen bevorderen houdt niet op bij de raden van commissarissen en toezicht. De notie is dat ook derde partijen zoals verzekeringsmaatschappijen, brancheorganisaties, certificerende instellingen, accountants, klanten, aandeelhouders en ook maatschappelijke groeperingen kunnen bijdragen aan compliance van een enkel bedrijf. Toezichthouders staan nog aan het begin van het verkrijgen van inzicht in de relatie tussen deze partijen en compliance maar doen wel al experimenten om het toezicht op deze manier effectiever en efficiënter te maken. Enkele voorbeelden illustreren dit. De toezichthouder baseert zich soms op door derden afgegeven certificaten als indicatie dat een bedrijf de zaakjes op orde heeft. Zo brengt de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid in sommige gevallen het toezicht terug als een bedrijf een OHSAS 18001-certificaat heeft.¹⁴

Ook maken toezichthouders soms afspraken met opdrachtgevers van onder toezicht staande bedrijven om ervoor te zorgen dat zij hun leveranciers op compliance

13 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Van tweeluik naar driehoeken; Versterking van Interne Checks and Balances bij Semipublieke Organisaties, 2014.

14 Een OHSAS 18001-certificaat wordt verleend aan bedrijven die veiligheid, gezondheid en milieu op de werkplek beheersen.

aanspreken of controleren. Dit fenomeen staat ook wel bekend onder de naam ketenconvenant.¹⁵

Ten slotte is in dit verband ook de tendens van belang dat toezichthouders zich wenden tot de wetgever om op wetgeving aan te dringen als zij mogelijke problemen zien. Dit is in lijn met een andere oproep van de WRR aan toezichthouders om een meer reflectieve rol te spelen.

7. Afsluitend

Publieke toezichthouders zijn zich op dit moment aan het verdiepen in de factoren die bepalend zijn voor compliance door bedrijven. Het gaat hierbij dan met name om de bescherming van de publieke belangen die de wetgever beoogt te beschermen. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen factoren die zich binnen en buiten de scope van het bestuur van de onder toezicht staande organisatie bevinden. Deze factoren hebben alles te maken met governance. Toezichthouders vergroten hun kennis en begrip van de governance van bedrijven en instellingen. Dit doen zij om te kunnen beoordelen welke waarborgen hiervan uitgaan met betrekking tot publieke belangen en hoe deze waarborgen verder kunnen worden verbeterd. Een goed ontworpen en ingevoerde corporate governance biedt prima uitgangspunten om te komen tot een volwassen manier van zelfregulering die voor alle partijen gunstig kan uitpakken. Bedrijven kunnen profiteren van de ruimte die door zelfregulering ontstaat en publieke toezichthouders kunnen hun toezicht effectiever en efficiënter organiseren. Maar voordat het zover is, moet nog een aantal belemmeringen uit de weg worden geruimd.

Als het al zo is dat de huidige corporate governance praktijk voldoende waarborgen biedt voor compliance, dan zijn die waarborgen op dit moment voor de publieke toezichthouder onvoldoende duidelijk. De publieke toezichthouders zien de governance codes voor wat betreft compliance vooral als papieren werkelijkheid en eerder als een begin- dan als een eindstation. De codes worden weliswaar beschouwd als prima voornemens maar ook realiseert men zich dat deze lastig in de weerbarstige praktijk van alledag zijn waar te maken. De toezichthouders weten zich in deze scepsis gesteund door regelmatige incidenten bij bedrijven die de codes hebben onderschreven, vooral wanneer deze incidenten zich voordoen als gevolg van gebleken structurele misstanden. Gezien de ontwikkelingen bij overheidstoezichthouders zullen zij in toenemende mate in staat zijn te doorgronden welke governance factoren van invloed zijn op de mate van zelfregulering. Verwacht mag worden dat zij de verantwoordelijken steeds nadrukkelijker zullen aanspreken op hetgeen in codes, beleidsverklaringen en andere uitingen ten aanzien van compliance en de zorg voor publieke belangen is gesteld. Voor de publieke toezichthouders betekent dit dat men verder zal moeten investeren in de ontwikkeling van kennis van de factoren die voor compliance bepalend zijn en hoe deze eventueel

15 www.ilent.nl/over_ilt/toezicht/convenanten/ketenconvenanten/.

kunnen worden beïnvloed. Daarnaast zullen de eisen die de toezichthouders stellen aan bedrijven en instellingen ook terugslaan op de toezichthouders zelf. Om de bedrijven en instellingen op een geloofwaardige manier zo diepgaand de maat te nemen is het essentieel dat de toezichthoudende organisatie zelf het niveau van kwaliteit en zorgvuldigheid weerspiegelt wat zij van de bedrijven en instellingen verwacht. Hoewel toezichthouders de laatste jaren een flinke professionalisering hebben doorgevoerd betekent dit voor veel inspecties dat een volgende professionaliseringsslag noodzakelijk is.

Compliance wordt een steeds belangrijker thema binnen corporate governance. Voor besturen en raden van toezicht en commissarissen betekent dit dat men nog meer dan in het verleden zal moeten waarmaken wat ten aanzien van compliance wordt gesteld in governance codes. Een aantal functionaliteiten zal daarom stevig in de organisatie moeten worden verankerd. Ten eerste is dat een organisatorische cyclus van maatregelen ten behoeve van compliance, het actief verifiëren of de geïmplementeerde maatregelen tot compliance leiden, dat non-compliances worden gecorrigeerd en dat waar nodig verbetermaatregelen worden genomen.

Ten tweede een effectief toezicht op de juiste werking van deze cyclus zodat tekortkomingen in het systeem of de toepassing ervan worden blootgelegd en verbeteringen worden geëntameerd. Van essentieel belang is dat deze maatregelen niet vanuit een verdedigende intentie worden genomen, maar vanuit een intentie om werkelijk het goede te willen doen. Dit laatste vraagt een zelfkritische houding en de moed en leiderschap om zich kwetsbaar op te stellen bij het toepassen en optimaliseren van governance.

Het is daarnaast een must dat bestuurders, raden van toezicht en commissarissen en publieke toezichthouders proactief de dialoog zoeken over de praktische toepassing van de regels en de adressering van publieke belangen in plaats van af te wachten tot zich problemen voordoen. In de transitie naar zelfregulering is een intensieve communicatie tussen deze partijen van essentieel belang.

Om werkelijk op een productieve manier corporate governance en overheidstoezicht te verbinden is het van belang dat afstand wordt genomen van de incident gedreven aanpak die nu vaak domineert. Bedrijven en publieke toezichthouders zullen politici en publieke opinie moeten overtuigen dat een dergelijke ad-hocbenadering ineffectief is. Hoopgevend zijn in dat opzicht de pleidooien aan het adres van de overheid en het openbaar bestuur om niet in de valkuil te stappen van incident-regel-reflexen. Deze zijn onder andere te horen in Nederland (WRR) en Engeland (Better Regulation Committee). Nieuwe kennis van en inzicht in de factoren die bepalend zijn voor de effectiviteit van corporate governance en moderne vormen van publiek toezicht kunnen eveneens bijdragen aan een slimmere manier om publieke waarden te beschermen.