

Redactioneel

Compliance & Risk Management

In de literatuur die over compliance gaat, komen ook vaak governance en risk management aan de orde; de trits die dan wordt gehanteerd is: GRC. Dit nummer van het Tijdschrift voor Compliance (TvCo 2014 nr. 6) staat in het teken van Compliance & Risk Management. In TvCo 2014 nr. 3 werd aandacht besteed aan Governance in relatie tot Compliance. Per saldo is daarmee aangesloten bij genoemde trits.

De (financiële) crisis die startte in 2008 heeft er toe geleid dat G, R en C, zoals die voor 2008 werden geëffectueerd binnen de *financial industry*, niet onverdeeld positief werden beoordeeld (om een eufemisme te gebruiken).

Medio oktober 2014 presenteerde de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) het definitieve pakket 'Toekomstgericht Bankieren'. Aan die presentatie was een consultatie van de samenleving voorafgegaan. Ook vanuit het TvCo werd commentaar aangedragen. Het genoemde pakket en de door de NVB (direct en indirect) ontvangen commentaren zijn te raadplegen via de website van de NVB.¹

Het NVB bestaat uit drie onderdelen: 1. een maatschappelijk statuut; 2. een nieuwe Code; en 3 gedragsregels voor individuele medewerkers. Die gedragsregels vloeien voort uit de bankierseed of -belofte die voor alle medewerkers van banken wordt ingevoerd, gekoppeld aan tuchtrecht. Ondertussen blijkt uit Kamerstukken dat het de bedoeling is dat op 1 januari 2015 tuchtrecht gaat gelden voor medewerkers van banken.

Er is een nieuwe onafhankelijke Monitoring Commissie Code Banken (MCCB) geïnstalleerd. De MCCB heeft als hoofdtak om naleving van de code in kaart te brengen op basis van het 'pas toe of leg uit'-beginsel; een compliancecommissie dus. Daarbij kan die commissie eventuele onduidelijkheden en onevenwichtigheden in de code signaleren en aanbevelingen doen over mogelijke aanpassingen. De MCCB zal in ieder geval jaarlijks publiekelijk rapporteren.

Bijna alle bijdragen aan dit nummer hebben betrekking op het thema. De bijdragen van Jong en van Van de Linde hebben geen rechtstreekse relatie met dat thema.

Jong borduurt voort op het thema van TvCo 2010 nr. 5 'De toekomst van compliance'. Eén van de punten die Jong aanhaalt uit TvCo 2010 nr.5 luidt als volgt: 'In 2015 is er één afdeling intern toezicht onder leiding van de chief compliance officer.' Want: (citaat uit dat TvCo) 'In 2015 zijn de afdelingen compliance, audit en risk management samengevoegd.' En dan zijn we toch bij het thema van het TvCo dat u nu leest. Jong concludeert: 'Op de drempel van 2015 kan worden vastgesteld dat de rol van de compliance officer in dat jaar niet wezenlijk anders zal zijn dan in 2010.'

Van de Linde gaat in op de herziening van de Richtlijn Marktmisbruik; naast aandelen en obligaties wordt ook de OTC-handel in bepaalde (grondstof)derivaten onder het marktmisbruikregime gebracht. Art. 15 van nieuwe verordening marktmisbruik bepaalt dat het verboden is om marktmanipulatie te bedrijven of te trachten marktmanipulatie te bedrijven. Van de Linde concludeert (o.a.) dat: 'De uitbreiding van de reikwijdte van marktmanipulatie door de verordening marktmisbruik zal door de moeilijkheden in de bewijsbaarheid mogelijk niet leiden tot een krachtige weerslag in compliancebeleid van financiële instellingen.'

Deze editie start met een interview met Theo Kocken, econometrist en hoogleraar Risicomanagement voor Institutionele Beleggers aan de VU. 'Je hebt eigenlijk niks aan de gangbare *value at risk* modellen, want ze gaan uit van een stabiele wereld waarin gewerkt kan worden met normale verdelingen. Maar ten tijde van een crisis kun je er opeens een factor 30 naast zitten. Dat is precies wat er is voorgekomen in 2008.' Een prikkelende uitspraak van Kocken over compliance officers en risk managers: "Beiden zijn te druk en met de verkeerde dingen." Kocken geeft aan dat commissarissen vooral moeten letten op gedrag van bestuurders.

Kersten gaat in zijn bijdrage in op het tuchtrecht dat voor banken gaat gelden. Hij legt uit waarom dat binnen het thema past. Vervolgens maakt hij twee kanttekeningen: de verscherpte aansprakelijkheid opent de mogelijkheid van civiele claims en daarnaast is er onduidelijk-

heid over de van toepassing zijnde normen. Dan schrijft Kersten: 'Maar beoordeling van de vraag of een bank haar zorgplicht heeft geschonden moet niet worden verward met beoordeling of een medewerker van de bank een juiste belangenafweging heeft gemaakt.'

¹ <http://www.nvb.nl/nieuws/2014/3392/nvb-presenteert-definitief-pakket-toekomstgericht-bankieren-na-brede-consultatie-in-de-samenleving.html>.

Op basis van geraadpleegde literatuur en wet- en regelgeving komt Lieve tot de titel boven zijn bijdrage 'Compliance & Risk Management: Living Apart Together'. Wellicht is zijn bijdrage over de verhouding tussen de compliancefunctie en de risicobeheerfunctie samen te vatten in drie letters: LAT.

In zijn bijdrage gaat Pauw in op het *three lines of defence*-model. Hij doet dat aan de hand van een hem bekende praktijksituatie – en constateert dan dat dat model zeker niet failliet is. Pauw laat betrokkenen binnen een verzekeraar aan het woord. 'Nog beter samenwerken binnen het model zagen we als de beste weg naar verbetering: alle lijnen in hun kracht zetten,' is dan te lezen onder het kopje: 'Mensen en de kwaliteit van mensen maakt het verschil'.

De ISO-compliancerichtlijn (ISO 19600) wordt behandeld door De Wannemaeker. De koppeling met het TvCo-thema blijkt sowieso uit één van de conclusies: 'Het is van belang risico- en compliancebeheersing op een coherente wijze aan te pakken om silovorming te vermijden.' In 'Kritisch over ...' schrijft Brack dit keer over de dissertatie van Kersten. Dit proefschrift gaat over compliance bij banken en in het bijzonder de aanbeveling dat in de Corporate Governance Code expliciet bepaald zou moeten zijn dat compliance een taak van het bestuur is. Brack geeft aan dat hij dit liever in de wet geregeld zag. Dat laat onverlet dat hij ook schrijft: 'Met instemming heb ik de heldere uiteenzetting in dit hoofdstuk gelezen, er op neerkomend dat het bestuur uiteindelijk de verantwoordelijkheid heeft voor compliance en hierover verantwoording aflegt aan interne en externe toezichthouders.' De aanbeveling van Brack is om er een prima studieboek voor de (master)opleiding van aspirant compliance officers van te maken.

Het 'Kritisch over ... Kersten' wordt gevolgd door het 'Bemoedigd door ... Brack'; een reactie van Kersten op de beschouwing van Brack. Kersten gaat in op drie punten van het betoog van Brack. Als niet-jurist waag ik me maar niet aan een weging van de reactie van Kersten ten opzichte van de bespreking van zijn proefschrift door Brack. Neemt u er vooral zelf kennis van. Heidema en Swinkels starten hun bijdrage met de stellingname dat het hoog tijd is om de compliance- en risicomanagementfuncties alsnog samen te voegen; even verder is sprake van integreren. Samenvoegen en integreren dus; zij dragen daar argumenten voor aan. Wat zij nu precies verstaan onder samenvoegen of integreren komt niet verder dan de suggestie dat het aan de CEO is om het voortouw bij die samenvoeging te nemen.

In onze ontzuilde maatschappij, waarin ook kerken al jaren leden blijven verliezen, voert Karssing een dialoog op tussen een koopman en een dominee. Met die dialoog illustreert Karssing (in mijn ogen voortreffelijk, maar oordeelt u vooral zelf) de problematiek die opgeld doet binnen de fiscale ethiek. Hij (de koopman) citeert Churchill en zij (de dominee) voert Sitalsing aan. Ze worden het niet eens. De slotzinnen van deze Boekenkast ... 'Het komt daarmee neer op de keuze de ethiek buitenspel te zetten'. En met de ethiek gaan het recht en de rechtvaardigheid kopje onder. Dan zijn we overgeleverd aan de creatieve vindrijkheid van fiscale ingenieurs. Of breder, van juristen.'

Van Vulpen en Morée geven, in tegenstelling tot Heidema en Swinkels, wel beargumenteerd aan waarom er sprake moet zijn van samenwerking van compliance en risk management. En dan bedoelen ze niet samenvoeging. Zij beschrijven de situatie bij PGGM. Van Vulpen en Morée melden dat er een uitgebreid spectrum is tussen de uitersten 'compleet gescheiden' en 'volledige integratie'; dat spectrum bevat vele mogelijkheden tot samenwerking tussen de risk management- en compliancefuncties.

Hoegen en Korteweg presenteren hun bijdrage als een 'compleet nieuwe benadering van de compliancefunctie'. Zij starten hun betoog met het aangeven van de noodzaak tot herstel van geschaad vertrouwen in de financiële sector en putten vervolgens uit verricht onderzoek uit eigen huis. Gedrag van medewerkers speelt daarbij een rol. De betrokkenheid van de compliancefunctie bij reputatiemanagement leidt daarom tot nieuwe verantwoordelijkheden.

Wellicht kunt u aangeven wat het compleet nieuwe is aan de geschetste benadering als u voldoet aan het verzoek van de auteurs.

In Lessons Learned schetst Boerma een casus waaruit blijkt dat samenwerking tussen de functies audit, risicobeheer en compliance leidt tot een betere bedrijfsvoering. En daardoor tot een veel hogere mate van acceptatie bij de 'business' (of in termen van het *three lines of defence*-model: tot meer waardering bij de first line van het nut van de second and third line).

Rest mij u een goed en vooral gezond 2015 toe te wensen.

En *last, but not least*, wil ik, mede namens de gehele redactie, dank uitspreken voor alle inzet van Karina gedurende haar redacteurschap. Zij gaat de redactie verlaten. Ik verheug me er nu al op dat zij zich bereid verklaard heeft om bij het vierde nummer van 2015 een gastredacteurschap te vervullen. ■

Wim Lieve
Redacteur Tijdschrift voor Compliance

Hoe een overdaad aan regelgeving het risicomanagement dreigt te overschaduwen

Interview met Theo Kocken

drs. D. Mijnheer*

Trefwoorden: risicomanagement, compliance

Toezichthouders en centrale banken zijn met een stortvloed aan nieuwe regelgeving gekomen om een nieuwe kredietcrisis beter te bezweren. Hoogleraar Risicomanagement voor Institutionele Beleggers aan de Vrije Universiteit Theo Kocken maakt zich zorgen. 'De grootste ramp die ik zie voltrekken, is dat de regelgeving zo omvangrijk wordt en compliance zo overbelast raakt, dat er niet meer wordt nagedacht over echte risico's.'

Sinds de val van Lehman Brothers en het uitbreken van de financiële crisis in 2008 staat het thema risicomanagement hoog op de agenda in Brussel, Bazel en Den Haag. Het doel: de weerbaarheid van financiële instellingen verhogen om te voorkomen dat er in de toekomst nogmaals massale staatssteun nodig is om systeembanken overeind te houden. Ter herinnering: Europese lidstaten injecteerden tussen 2007 en 2011 circa 440 miljard euro in de financiële sector en gaven 1100 miljard euro aan garanties.

Das war einmal. De Europese Centrale Bank voert nu stresstesten uit, eist via Basel III hogere kapitaalbuffers, bonussen worden ingeperkt en de voorheen ongereguleerde derivatenmarkt wordt gereguleerd door middel van de nieuwe regelgeving European Market Infrastructure Regulation (EMIR).

Theo Kocken (50), hoogleraar Risicomanagement voor Institutionele Beleggers aan de Vrije Universiteit, heeft dagelijks te maken met (nieuwe) acties uit Den Haag, Brussel en Bazel. Als oprichter en directeur van het risicomanagementbureau Cardano helpt hij Nederlandse en Britse

pensioenfondsen, maar ook banken en verzekeraars, op het gebied van risicomanagement. Praktijkervaring deed hij in de jaren negentig op als Hoofd Market Risk bij ING en Rabobank International. De econometrist Kocken schreef in de loop der jaren meerdere boeken en publicaties over risicomanagement waarin hij waarschuwde voor de toenemende complexiteit van derivaten, de onhoudbaarheid van het huidige pensioenstelsel en het gevaar van de steeds groter wordende afhankelijkheid van de zogeheten Value-at-Risk (VaR). Met behulp van deze veelgebruikte ratio kan het potentiële verlies van een investering gemeten worden. Pensioenfondsen bijvoorbeeld kunnen daarmee de kwetsbaarheid van beleggingsportefeuilles over een bepaalde periode berekenen. De VaR houdt weliswaar rekening met gewone marktrisico's, zoals de gevolgen van een stijgende rente, maar extreme risico's worden niet meegenomen. En daarin schuilt volgens Kocken het grootste gevaar.

Wat is de bruikbaarheid van de huidige modellen voor risicomanagement?

'Je hebt eigenlijk niks aan de gangbare *value at risk* modellen, want ze gaan uit van een stabiele wereld waarin gewerkt kan worden met normale verdelingen. Maar ten tijde van een crisis kun je er opeens een factor 30 naast zitten. Dat is precies wat er is voorgekomen in 2008. We weten niet wanneer de volgende crisis gaat komen, maar één ding is zeker: je bent niet zeker met de huidige modellen. Mijn visie op risk management is dat er veel te veel vertrouwd wordt op modellen die een stabiele markt als uitgangspunt nemen.'

Mijn visie op risk management is dat er veel te veel vertrouwd wordt op modellen die een stabiele markt als uitgangspunt nemen

Hoe is dat vertrouwen in de loop der jaren gegroeid?

'Toen ik begin jaren negentig begon in de bankensector was er zo goed als geen kwantitatief risk management, maar universiteiten begonnen toen wel te leren dat er heel veel kon worden gekwantificeerd. Dat was eigenlijk een vrij gevaarlijke omslag, want vanaf dat moment werd statistiek bepalend voor de toekomst. De neoklassieke

* Dennis Mijnheer is journalist bij Follow the Money, een onafhankelijk multimediaal platform voor onderzoeksjournalistiek (www.ftm.nl).

school kreeg de leiding en dat zag je ook terug bij de Nobelprijs winnaars destijds, dat waren technische mensen zoals Milton Friedman.'

Hoe groot was uw geloof in modellen?

'Ik zat in de jaren negentig voor ING veel in Zuid-Amerika en daar gingen markten jarenlang steeds een beetje omhoog om dan in één keer 60 procent omlaag te gaan. Het idee in het Westen was echter dat zoiets hier nooit kon gebeuren. Zeker tot begin 2000 hebben alle kwantitatieve modellen aan een enorme misleiding bijgedragen. Mensen zijn in slaap gesukkeld door een gevoel van controle: "We hebben nu computers, we kunnen risico's beter berekenen." Maar in de jaren twintig zeiden ze ongeveer hetzelfde: "Nu hebben we veel financiële data beschikbaar, die hadden we vroeger niet." En kijk wat er tijdens de crisis in de jaren dertig is gebeurd.'

Hoe moet een risicomanager dergelijke onzekerheid incorporeren?

'Het is belangrijk om te denken in scenarioanalyses zoals een situatie waarin zowel de aandelenmarkten als de rente sterk dalen. En dan niet vragen wat is de kans dat het gebeurt, want dat weten we niet precies en doet er ook niet toe. Het gaat om de vraag: Kun je als instelling overleven als het gebeurt? En kun je je voor dat risico indekken? Met deze denkwijze vond ik voor de crisis slechts sporadisch een gelijkdenkende, maar dat is veranderd. We zagen rond 2008/2009 bij pensioenfondsen de dekkingsgraden van 160 naar 80 gaan. Het was een drama, behalve voor degenen die wel dachten in termen van "consequenties" in plaats van "kansen".'

Valt er een omslag waar te nemen door de crisis in 2008?

'De gedragseconomen Daniel Kahneman en Robert Shiller hebben een Nobelprijs gekregen. Zij hebben inzichtelijk gemaakt dat we veel minder weten dan we denken te weten. Ga niet teveel af op normaal-verdeelde modellen maar kijk gewoon naar common sense: als de koers-winstverhou-

ding toeneemt, de schulden toenemen, de bankensector toeneemt en de *leverage* toeneemt, wat voor indicaties geeft dat over de stabiliteit. En hoe ga je daarmee om als het fout gaat?'

In de stresstest van de Europese Centrale Bank houdt men rekening met een daling van de aandelenmarkten met 25 procent, maar ik denk dat 60 procent ook zo- maar kan gebeuren

Wat ziet u momenteel als realistisch doemscenario?

'In de stresstest van de Europese Centrale Bank houdt men rekening met een daling van de aandelenmarkten met 25 procent, maar ik denk dat 60 procent ook zomaar kan gebeuren. Er is niks fundamenteels verbeterd in de wereldeconomie, maar de euforie is wél weer terug gekomen, doordat Janet Yellen (voorzitter van de Amerikaanse centrale bank, red.) weer bakken met geld in de economie heeft gepompt. En Japan en Europa zijn hetzelfde gaan doen. Als je dat combineert met deflatie is dat rampzalig. Het is een heel moeilijke tijd met genoeg indicaties voor slechte scenario's.'

U adviseert veel pensioenfondsen, maar het op peil houden van dekkingsgraden blijft een probleem. Wat gaat daar mis op het gebied van risicobeheer?

'Risk management is geen toverding: als het pensioengeld er niet is dan kun je dat niet met risk

management vermeerderen. We kunnen beleggingsportefeuilles beschermen door opties te kopen of swaps kopen om renterisico's af te dekken. Maar als je te maken hebt met de levensverwachting die omhoog gaat en pensioencontracten uit de jaren vijftig die allerlei ontwerpfouten bevatten, dan moet dat eerst uit het systeem gehaald worden. In het ontwerp van pensioenen zit een aantal weeffouten, die we met risk management deels kunnen verzachten, maar niet kunnen oplossen. Dat kan enkel door pensioencontracten anders te ontwerpen in de toekomst.'

Wie hebben het momenteel drukker: risk managers of compliance officers?

'Beiden zijn te druk, en te druk met de verkeerde dingen. Het probleem is dat er de laatste jaren ontzettend veel nieuwe regels zijn bijgekomen. Daar kan compliance niks aan doen en additionele regelgeving op zichzelf kan ook zinnig zijn, maar de som van alle regelgeving is gewoon teveel. Vroeger was het nog *principle-based*, maar dat is nu veranderd in uitgeschreven *rule-based* regelgeving. Die trend is wereldwijd waar te nemen bij nieuwe regelgeving vanuit Brussel, met de kapitaal-eisen van de Bank for International Settlements in Bazel en bij toezichthouders zoals De Nederlandsche Bank en Autoriteit Financiële Markten. Compliance krijgt steeds meer werk. Dat is natuurlijk fijn voor ze, ik ben alleen bang dat er daardoor op boardniveau alleen maar nog minder nagedacht wordt over de echte risico's. Het draait niet meer om goede principes van risk management, maar om het naleven van een overkill aan wetgeving. Ik vind dat compliance zelf ook moet gaan klagen dat de effectiviteit afneemt.'

Wat merkt u zelf van de toegenomen regeldruk?

'Ik hoor mensen in de bankwereld en bestuurders bij pensioenfondsen klagen over de regeldruk. Er zijn zoveel nieuwe bankregels bijgekomen dat ze moeten gaan kiezen welke ze wel en welke ze niet gaan implementeren. "We kunnen het niet eens meer

Risk management is geen toverding: als het pensioengeld er niet is dan kun je dat niet met risk management vermeerderen

bijhouden zoveel pagina's komen er per dag aan nieuwe regelgeving bij. We moeten aan zoveel extra eisen voldoen," zeggen ze. Banken, verzekeraars en pensioenfondsen zijn alleen maar bezig met het implementeren van regels. De focus ligt nu op *box ticking*, maar kijk eens naar banken zoals Citibank die in de Amerikaanse huizen crisis helemaal de mist in gingen. Kees Cools van Tilburg University heeft daar laatst onderzoek naar gedaan: De grote banken die het hardst onderuit gingen in 2008 waren het meest "governance compliant", maar waren wel bezig zichzelf op te blazen. Ik zeg daarmee niet dat compliance niet relevant is, maar het geeft wel aan dat meer regels geen nieuwe crisis voorkomen.'

In hoeverre vormt de regeldruk een bedreiging voor risicobeheer?

'Banken moeten allerlei data opleveren bij de AFM, DNB en ESMA en daarna wordt er bij de toezichthouders nagedacht wat ze nu precies met die data gaan doen. Het is gewoon veel data opleveren en dan is het goed. Dit geeft mensen "Illusion of Control". Het komt neer op *box ticking*, maar daardoor wordt niet meer goed nagedacht over wat er nu echt verkeerd is gegaan in 2008. Of verkeerd kan gaan in de toekomst. Wat is er nu aan de hand met de hoge aandelenmarkten en *quantitative easing* (het opkoopprogramma van centrale banken om kapitaal te verschaffen aan banken, red.)? Wat zijn daarvan de risico's? Waar is een nieuwe crisis zich aan het ontwikkelen? Dat zijn belangrijke vragen om over na te denken, die haal je niet uit data

De grootste ramp die ik zie voltrekken, is dat de regelgeving zo omvangrijk wordt, en compliance zo overbelast raakt, dat er niet meer wordt nagedacht over echte risico's

uit het verleden. De grootste ramp die ik zie gebeuren, is dat de regelgeving zo omvangrijk wordt, en compliance zo overbelast raakt, dat er niet meer wordt nagedacht over echte risico's. Als het niet verandert dan gaan we een nieuwe crisis tegemoet.'

Het zelfcorrigerende mechanisme van de financiële industrie lijkt tekortgeschoten te zijn, gezien de grote schaal waarop bijvoorbeeld speculatieve derivaten werden verkocht aan MKB-ers en semi-overheidsinstellingen. Illustratief is ook het schandaal bij woningcorporatie Vestia waar Deutsche Bank de woningcorporatie heeft overladen met derivaten. Meer regelgeving lijkt noodzakelijk te zijn.

'Professionals zoals pensioenfondsen boven de 1 miljard moeten natuurlijk wel derivaten kunnen gebruiken, want ze moeten hun risico's kunnen afdekken. Maar het is absurd dat woningcorporaties voor miljarden aan kredietderivaten hebben. Ik vind dat als zij complexe derivaten gebruiken dat dat onder toezicht van DNB moeten komen te staan. En het MKB moet je nooit met derivaten opzadelen, want daar hebben ze te weinig kennis voor. Het is bovendien idioot om bij een lening met variabele rente van een miljoen een renteswap van een miljoen af te sluiten om de rente te fixeren. Geef de MKB-er gewoon een vastrentende lening in plaats van twee producten die hetzelfde opleveren.'

Ja, derivaten voor het MKB moet je verbieden

Verbieden dus.

'Ja, derivaten voor het MKB moet je verbieden. De enige die daar echt iets tegen kan doen, is DNB die kan eisen dat instellingen met de verkoop van zulke voor leken te complexe producten stoppen.'

U hebt te weinig vertrouwen in de zorgplicht van banken?

'Als de één het niet aanbiedt dan doet de ander het wel. Zij pakken dan de winst en dan ontstaat er

altijd weer druk bij degene die niet meedoet. Peer pressure is een enorm krachtig en nauwelijks te stoppen proces. Moraliteit wordt dan een schuivend vlak. Door middel van toezicht moeten zulke extremen op de financiële markten eruit gehaald worden.'

Brussel heeft zich nu met de EMIR-regelgeving ook gestort op de voorheen ongereguleerde derivatenmarkt. Er moet gerapporteerd worden, en gehandeld worden via *central clearing* platformen. Wat is de impact daarvan?

'Ze vinden de derivaten-wereld ondoorzichtig, dat is terecht, dus ze gaan met *central clearing* platformen werken. Alle financiële contracten en informatie van tegenpartijen moeten in verschillende vormen gerapporteerd worden. Maar er moet ook verplicht gehandeld worden op een zeer klein aantal centrale platformen. Die platformen worden zelf systeemrisico's indien dit niet goed doordacht wordt.'

Pensioenfondsen zijn nog tot halverwege volgend jaar vrijgesteld voor *central clearing*, maar de lobby is op gang gekomen om de vrijstelling te verlengen. Waarom?

'Pensioenfondsen worden dadelijk gedwongen om op een klein aantal platforms te handelen, maar mogen ook geen obligaties meer als onderpand geven. De banken die de platforms runnen, willen graag cash dus dat komt ze goed uit. Het vereist echter dat pensioenfondsen hun obligaties gaan repo-en (omzetten, red) naar cash. Dan komt er een enorme druk op die repo-markt, want alle pensioenfondsen moeten dagelijks hun obligaties omzetten naar cash om te kunnen handelen op het centrale platform. Je hebt dan wel het ene gat – de ondoorzichtigheid van de derivatenhandel – gedicht, maar het leidt aan de andere kant tot instabiliteit. Wat als de repo-markt opdroogt? Wordt het dan niet een veel grotere ramp dan we ooit hadden kunnen voorzien? Als je nu een pre-mortem zou moeten schrijven dan is dit het.'

Waarin schuilt het grootste gevaar?

‘In het algemeen geldt dat als je gaat centraliseren, en daar zit één fout vanuit die top, dat impact heeft op de hele wereld. Het nieuwe systeem kent een systeemrisico en dat is altijd levensgevaarlijk.’

Het voordeel is wel dat centraal toezicht makkelijker te bewerkstelligen is.

‘Dat is de pluskant, ja. Het rapporteren via een centraal platform vind ik ook helemaal niet fout, maar het gaat te snel door ook handelen te centraliseren. En als er een fout in het design zit – zoals de repo-vereisten mogelijk zijn – dan is dat desastreus. Je kunt beter lokaal kleine foutjes maken dan centrale fouten. Dat is de kern van mijn filosofie. Maar we neigen alles te centraliseren. Neem de centrale banken. Als dadelijk blijkt dat de centrale banken, inclusief Mario Draghi bij de ECB, een fout hebben gemaakt met alle opkoopprogramma's dan zijn de gevolgen niet te overzien. De centrale banken in Europa, Verenigde Staten en Japan zijn met één groot en bijna identiek experiment bezig. Hyperinflatie ala de Weimar Republiek is dan niet uitgesloten. Of een andere ramp door deze enorme top-down systeem-aanpak. Kijk, Alan Greenspan heeft toegegeven dat hij 30 jaar lang dacht dat deregulering goed was, maar erkende dat hij een fout in zijn model heeft gemaakt waardoor de financiële wereld nu op zijn gat ligt. Het geeft aan dat niet alles gecentraliseerd moet worden. Ik zou juist kiezen voor kleinere banken die failliet kunnen gaan, zorg dat de depositohouders niet de dupe worden en maak een paar overheidsbanken met een nutsfunctie. De focus ligt nu helaas vooral op regelgeving en *box ticking* om vooral maar compliant te zijn.’

U adviseert ook commissarissen. Waar zouden Raden van Commissarissen en Raden van Toezicht meer op moeten letten om financiële misstanden te voorkomen?

‘Ze moeten niet gaan kijken of een *value at risk* model klopt, maar moeten vooral controleren of het gedrag van bestuurders klopt. Als je aan commissarissen in de financiële sector tien jaar geleden vroeg wat ze met *behavioral science* hebben gedaan dan begon het grootste deel je gewoon uit te lachen. Niemand lette op zonnepanelen-gedrag, *overconfidence* en *illusion of control*, maar dat zijn allemaal aspecten die je goed kunt herkennen.’

Waarom de hilariteit?

‘Het waren zelf vaak ervaren bestuurders geweest, kenden de bestuurders uit het wereldje en waren als commissaris jarenlang veel te veel vriendjes met het bestuur. Ze hadden ook te weinig kennis over groeps culturen en psychologische aspecten van mensen. Ik vind dat een Raad van Commissarissen een groot deel van haar tijd bezig moet zijn met monitoren van het gedrag van bestuurders. Het is wetenschappelijk aangetoond dat mensen die regelmatig succes hebben *overconfident* worden. Zeker als het met geld te maken heeft. Als het met het bedrijf goed gaat dan schrijven mensen die prestaties naar zichzelf toe en krijgen daardoor veel te veel zelfvertrouwen. Terwijl als het slecht gaat, en er verlies wordt geleden dan zijn mensen geneigd om meer risico's te nemen om het verlies goed te maken. Commissarissen moeten op dat soort gedragsmatige aspecten letten. Zijn bestuurders zich niet langzaam maar zeker aan het overschatten en de risico's aan het onderschatten? Is de groepscommitment naar een groot project, groei-doel of overname niet zo groot dat confirmatiegedrag alle positieve informatie binnenhaalt en negatieve signalen filtert en netjes buiten laat?’

Hoe moet dat vertaald worden naar de praktijk?

‘Sociopatisch gedrag kun je traceren. En in een groep kun je achterhalen of er sprake is van

conformistisch gedrag door groepsleden te interviewen hoe ze over anderen denken. Je kunt bij besluitvorming in een groep ook ervoor kiezen mensen anoniem hun voorkeur aan te laten geven en de uitkomst te bediscussieren. Dat is makkelijker dan dat de leider zegt: “Zo gaan we het doen, wie is er op tegen?” Op dat soort processen moeten commissarissen toezien in plaats van enkel te vertrouwen op de risk manager en compliance officer. Want die worden vaak intern onder druk gezet. Dat is voor de crisis ook gebeurd bij banken. Er waren risk managers die waarschuwden voor gevaarlijke activiteiten met financiële producten zoals CDO's, maar andere banken maakten daar tegelijkertijd wel heel veel winst mee. Dan komen er geluiden: “Jij bent die doemdenker die de boel aan het tegenhouden bent, maar er gaat al jaren niks fout. We hebben allemaal kansen gemist”. De risk managers die protest aantekenden konden dan opstappen en de bank ging het dan alsnog doen met alle gevolgen van dien. Dat heeft allemaal met groepsprocessen te maken. Het is toch vaak de dynamiek van een groep die leidt tot de ondergang.’

Merkt u post-crisis wel een verandering op de focus van Raden van Commissarissen en Raden van Toezicht?

‘Absoluut. Ze zijn meer aan het zoeken naar commissarissen die ook beter op gedragsmatige aspecten kunnen letten. Vanuit DNB wordt daar ook druk op ingezet. Ze zoeken nu meer naar commissarissen met *countervailing power*, mensen die meer een eigen mening laten gelden. Het gevolg is dan dat een commissariaat een minder makkelijk erebaantje wordt. Er komen meer eisen, waardoor je ze eigenlijk meer moet betalen. Bestuurders van een pensioenfonds, eigenlijk een soort indirecte commissarissen, verdienen bijna niks. Terwijl er zoveel tijd in gestopt moet worden vanwege alle nieuwe regelgeving. Dan kun je niet zeggen dat ze minder moeten gaan verdienen. Stel dat ze voor 1 dag in de week werken gemiddeld 20 duizend euro verdienen per jaar. Maar ze werken vaak 2 dagen in de week

Natuurlijk gaat een commissariaat ook om de eer, maar als er onderbetaald wordt, gaat dat zich wreken

voor dat commissariaat, dus dan hebben ze een baan van 50 duizend euro per jaar. Terwijl ze daarvoor in vaste dienst vaak 2 ton verdienden. De vraag is of je dan de juiste mensen krijgt. Natuurlijk gaat een commissariaat ook om de eer, maar als er onderbetaald wordt, gaat dat zich wreken.'

Wat zijn de grootste uitdagingen voor risicobeheer?

'Alle modellen met normale verdelingen, die nog steeds mainstream zijn, moeten vervangen worden door modellen van instabiliteit, maar die zijn er nog niet. Zolang die er nog niet zijn moet je met scenario's en de bijbehorende consequenties werken. Er moet gedacht worden in termen van een niet-stabiele wereld waar dingen helemaal kunnen omslaan. Alles wat je vandaag meet is zinloos in een stresssituatie. Als het fout gaat dan trekt iedereen bijvoorbeeld zijn aandelen terug, maar dat is niet omdat die bedrijven het zo slecht doen. Het is "complexiteit", de dynamiek van groepen. Het is belangrijk scenario's in kaart te brengen en daar op te handelen door middel van verzekeringen, derivaten of ervoor zorgen dat je het kunt opvangen via buffers of goede *living wills* te hebben.'

De geschiedenis leert dat financiële instellingen de grootste neiging hebben om overoptimistisch te worden, teveel risico te nemen en te fragiel te worden en kapot te gaan

Waarom moet u er als externe partij aan te pas komen om bij financiële instellingen tot andere risk management inzichten te komen? Waarom is daar geen intern mechanisme voor?

'De geschiedenis leert dat financiële instellingen de grootste neiging hebben om overoptimistisch te worden, teveel risico te nemen en te fragiel te worden en kapot te gaan. Om de tien/twintig jaar zijn er grote *savings & loan*-achtige crisis. Dat hebben ze steeds niet zelf kunnen voorkomen. Externe visie op instabiliteit van de organisatie helpt sterk.'

De kredietcrisis ligt nu nog vers in het geheugen, maar zullen uw adviezen niet steeds meer vervagen zodra het aantal 'crisisvrije' jaren toeneemt?

'Mensen kwamen na de crisis naar ons toe met de vraag: "Jullie hebben anderen zo goed geholpen, kunnen jullie mij nu ook helpen? Nou, ik kan mensen preventief helpen, maar ik kan ze niet aan hun haren uit het moeras trekken. Maar als er vervolgens weer jarenlang goede rendementen worden behaald dan neemt de

gaat. Mensen zien mij soms als Mister Doom, maar ik ben – in alle bescheidenheid – Mister Robustness die helpt om die grote schokken op te kunnen vangen.' ■

Mensen zien mij soms als Mister Doom, maar ik ben – in alle bescheidenheid – Mister Robustness die helpt om die grote schokken op te kunnen vangen

euforie weer toe, overconfidence treedt op en risico's lijken verdwenen terwijl die dan juist feitelijk toenemen. Dan wordt de risk manager langzaam maar zeker "die doemdenker" die ervoor zorgt dat kansen niet worden benut. Dat is ons eeuwige lot. Mensen hebben de neiging opgaande lijnen door te trekken, terwijl opgaande lijnen juist geassocieerd moeten worden met een toenemende kans – kijk naar de geschiedenis – dat het weer fout

Wie wil er compliance officer zijn in 2015?

mr. G.J.P. Jong*

Trefwoorden: *compliancefunctie, compliance officer, adviseren, controleren, rapporteren, countervailing power, tone at the top, ESMA richtsnoeren compliancefunctie, ESMA MiFID II / MiFIR consultatiedocument*

Inleiding

In het Tijdschrift voor Compliance van oktober 2010¹ blikte een aantal schrijvers vooruit op 2015. Op de drempel van dat jaar ga ik in deze bijdrage in op de daarbij uitgesproken wensen en verwachtingen. Vervolgens besteed ik aandacht aan de ontwikkelingen van wet- en regelgeving met betrekking tot de

formuleren van enkele gedachten die opkomen bij de vraag die tevens de titel van dit artikel vormt. Om deze vraag vervolgens zelf (en dan blik ik ook maar even vooruit: positief) te beantwoorden.

Wensen en verwachtingen voor 2015

In de kern komen de in 2010 uitgesproken wensen en verwachtingen neer op het volgende: de compliancefunctie stelt zich op als partner van de business³; de compliance officer vervult de rol van beschermer van waardecreatie op strategisch, tactisch en operationeel niveau⁴; de compliance officer fungeert als 'hoeder van de integriteitsagenda van de onderneming', als 'countervailing power' richting het bestuur⁵; de toekomst van compliance ligt in het creëren van een omgeving die compliant is vanuit een eigen intrinsieke motivatie⁶; en in 2015 is er één afdeling intern toezicht onder leiding van de chief compliance officer⁷. Hieruit spreekt in ieder geval een hoog ambitieniveau. Enkele schrijvers geven expliciet aan dat de compliance officer anno 2015 meer zou moeten zijn dan degene die toezicht houdt op de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving door de onderneming⁸ en de mensen die er werken. Dit komt ook naar voren in de in het themanummer opgenomen profielschetsen voor de functies van Hoofd Ethics & Compliance 2015 en Ethics & Compliance Officer 2015.⁹

Wat mij opvalt in het themanummer 'De toekomst van compliance' is dat er (letterlijk) slechts in de marge aandacht wordt geschonken aan de wettelijke basis van de compliancefunctie bij financiële ondernemingen

In het Tijdschrift voor Compliance van oktober 2010 blikte een aantal schrijvers vooruit op 2015. Op de drempel van dat jaar ga ik in deze bijdrage in op de daarbij uitgesproken wensen en verwachtingen

compliancefunctie. Daarna bespreek ik aan de hand van een aantal voorbeelden hoe het de compliance officer² sinds 2010 is vergaan. Ik sluit af met het

* Gerard Jong is compliance officer bij handelaar voor eigen rekening Flow Traders. Daarvoor werkte hij bij de afdeling Juridische Zaken van de AFM. Dit artikel heeft hij op persoonlijke titel geschreven.

¹ Themanummer 'De toekomst van compliance', TvCo 2010, nr. 5.

² m/v.

³ S. van Agt, *Compliance is een business driver, compliance officer, pak je rol!*

⁴ H. van Beusekom en K. Raaijmakers, *Waarom iedereen in 2015 compliance officer wil zijn*.

⁵ M. Hoegen en H.P. Zevenhuizen, *Het toekomstbeeld van de compliance officer in zeven vragen*, met een verwijzing naar het position paper 'Bijdragen aan verandering, Een nieuwe visie op compliance' van de Groep Olivier, september 2009.

⁶ M. de Kiewit en M. Kaptein, *De toekomst van compliance: maak contact persoonlijk en plak post-its*.

⁷ E. Weller, 'In 2015 zijn de afdelingen compliance, audit en risk management samengevoegd!'

⁸ Het begrip onderneming moet hier overigens gelezen worden als 'financiële onderneming' (met een vergunning van de Autoriteit Financiële Markten of De Nederlandsche Bank), alhoewel we de compliance officer uiteraard ook in veel andere sectoren (onder andere in de bouw en de farmaceutische industrie) tegenkomen.

⁹ M. van Woerden, *Profielchets van de compliance officer 2015*.

Ontwikkelingen wet- en regelgeving

Relevante besluiten

Wat mij opvalt in het themanummer 'De toekomst van compliance' is dat er (letterlijk) slechts in de marge aandacht wordt geschonken aan de wettelijke basis van de compliancefunctie bij financiële ondernemingen. Wordt naar art. 31c Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo) slechts een enkele keer verwezen, een verwijzing naar (het gelijkluidende) art. 21 Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) is er in het geheel niet in terug te vinden. Beide artikelen zijn in genoemde besluiten opgenomen in het hoofdstuk dat de beheerste uitoefening van het bedrijf (van, kort door de bocht, 'beleggingsondernemingen en kredietinstellingen') normleert.

Voor wat betreft de verplichtingen van de compliancefunctie is er echter niets nieuws onder zon: zij heeft (in de volgorde van de Richtlijnen) toezichtverplichtingen, rapportageverplichtingen en adviesverplichtingen

Voor wat betreft de taak van 'het organisatieonderdeel dat de compliancefunctie uitoefent' zijn beide artikelen, in lid 2, duidelijk: zij controleert, adviseert en rapporteert.¹⁰ Dit rapporteren, tenminste jaarlijks, gebeurt aan de personen die het dagelijks beleid bepalen en (indien aanwezig) aan de toezichtfunctie (Raad van Commissarissen, Raad van Toezicht). Ik zou zelf de volgorde graag als volgt willen aanpassen: adviseren, controleren en rapporteren. Oftewel: de compliancefunctie:

- adviseert de onderneming en de mensen die er werken ('hoe worden we compliant?');
- controleert ('zijn wij compliant?'); en
- rapporteert ('wij zijn wel/niet compliant').

Daarnaast vervult de compliancefunctie ook een toezichthoudende rol met betrekking tot de integrale uitoefening van het bedrijf en wordenesignaleerde tekortkomingen of gebreken aan de compliancefunctie gerapporteerd.¹¹

ESMA-richtsnoeren voor de compliancefunctie

In september 2012 heeft de European Securities and Markets Authority (ESMA) richtsnoeren gepubliceerd met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID-eisen voor de compliancefunctie (Richtsnoeren).¹² Deze Richtsnoeren, die geen absolute verplichtingen bevatten, hebben ten doel de toepassing van bepaalde aspecten van de in de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten (MiFID) gestelde eisen met betrekking tot de compliancefunctie te verduidelijken om de gemeenschappelijke, uniforme en

consistente toepassing van art. 13 MiFID (Organisatorische eisen¹³), art. 6 MiFID-uitvoeringsrichtlijn (Compliance¹⁴) en gespecificeerde bepalingen te waarborgen.

De Richtsnoeren zijn in Nederland in werking getreden op 26 januari 2013 en gelden voor beleggingsondernemingen, met inbegrip van kredietinstellingen die beleggingsdiensten verrichten, icbe-beheermaatschappijen en bevoegde instanties.

Naast een verwijzing naar MiFID en de MiFID-uitvoeringsrichtlijn bevatten de Richtsnoeren ook definities van respectievelijk de begrippen 'compliancefunctie' en 'compliancecriterio':

- 'compliancefunctie': de functie binnen een beleggingsonderneming die verantwoordelijk is voor het identificeren en beoordelen van, het adviseren over, het houden van toezicht op en het rapporteren over het compliancecriterio van de beleggingsonderneming;
- 'compliancecriterio': het risico dat een beleggingsonderneming verzuimt zijn verplichtingen uit hoofde van de MiFID en de nationale wetgeving, alsook de toepasselijke normen die door de Europese Autoriteit voor effecten en markten ('de Autoriteit') en de bevoegde instanties met betrekking tot deze bepalingen zijn vastgesteld, na te komen.'

Aldus wordt de functie gedefinieerd en niet de functionaris. Dit terwijl in de Richtsnoeren ook wordt gesproken over de 'compliance officer' en over 'compliance medewerkers'. Ook in art. 6 lid 3 onder b) MiFID-uitvoeringsrichtlijn wordt gesproken over de 'compliance officer' (die verantwoordelijk is voor de compliancefunctie en voor de voorgeschreven rapportage over de compliance), zonder dat deze functionaris in art. 2 MiFID-uitvoeringsrichtlijn wordt gedefinieerd.

ESMA verduidelijkt via haar Richtsnoeren de verantwoordelijkheden van en organisatorische eisen gesteld aan de compliancefunctie en gaat in op de beoordeling van de compliancefunctie door bevoegde instanties. Naast de definities van compliancefunctie en compliancecriterio introduceert ESMA onder andere

¹⁰ Waarbij ik het 'toezien op' en 'beoordelen van' deugdelijkheid en effectiviteit gemakshalve onder 'controleren' schaar.

¹¹ Art. 23 lid 2 en 3 Bgfo en art. 10 lid 5 en 6 Bpr.

¹² http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-388_nl.pdf.

¹³ Lid 2: 'Een beleggingsonderneming stelt adequate gedragsregels en afdoende procedures vast om te garanderen dat de onderneming, inclusief haar bestuurders, werknemers en verbonden agenten, de verplichtingen van deze richtlijn nakomen, alsmede passende regels voor persoonlijke transacties van die personen'.

¹⁴ Lid 2: 'De lidstaten verplichten beleggingsondernemingen een permanente en effectieve compliancefunctie in te stellen en in stand te houden die onafhankelijk is en de volgende verantwoordelijkheden heeft (...)':

ook de begrippen 'compliance risicobeoordeling', 'toezichtprogramma' en 'compliancecultuur'. Dit laatste overigens zonder daar een verantwoordelijkheid van de compliancefunctie aan te koppelen.¹⁵ De onafhankelijkheid van de compliancefunctie wordt door de volgende richtsnoeren benadrukt en versterkt:

- de compliance officer wordt benoemd en vervangen door de hoogste leiding of door de toezichtfunctie;
- andere bedrijfseenheden kunnen de compliance-medewerkers geen aanwijzingen geven en hen, en hun activiteiten, niet op andere wijze beïnvloeden; en
- wanneer de hoogste leiding afwijkt van belangrijke aanbevelingen of beoordelingen die de compliancefunctie heeft gegeven, documenteert en presenteert de compliance officer dit dienovereenkomstig in de compliancerapporten.

Verder benadrukt ESMA dat een compliancefunctie in het algemeen niet mag worden gecombineerd met de interne auditfunctie en dat een combinatie van de compliancefunctie met andere controlefuncties (slechts) aanvaardbaar kan zijn, als deze de effectiviteit en onafhankelijkheid van de compliancefunctie niet in gevaar brengt. En dat de beoordeling van de compliancefunctie door bevoegde instanties, zowel in het kader van het vergunningsproces, alsook in het kader van het doorlopende toezicht, plaatsvindt volgens een op risico gebaseerde benadering. Voor wat betreft de verplichtingen van de compliancefunctie is er echter niets nieuws onder de zon: zij heeft (in de volgorde van de Richtlijnen) toezichtverplichtingen, rapportageverplichtingen en adviesverplichtingen.

ESMA MiFID II / MiFIR consultatiedocument

Grote veranderingen in de markt hebben geleid tot herziening van de bestaande MiFID (MiFID II) en de introductie van een nieuwe verordening, de verordening betreffende markten voor financiële instrumenten (MiFIR). In juni van dit jaar zijn de definitieve teksten gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.¹⁶ Daaraan voorafgaand, op 22 mei, heeft ESMA haar MiFID II / MiFIR consultatiedocument gepubliceerd.¹⁷ In hoofdstuk 2.3 van dit consultatiedocument (Compliance function) is een zogenaamd 'Draft technical advice' aan de Europese Commissie (EC) opgenomen. Daarin doet ESMA een voorstel ten aanzien van de aanpassing van art. 6 van de MiFID-uitvoeringsrichtlijn, waardoor een aantal principes uit haar Richtsnoeren wordt geïmplementeerd. Voor wat betreft de verantwoordelijkheden van de compliancefunctie ('monitoring, reporting and advising') en de beoordeling van de compliancefunctie door bevoegde instanties verandert er echter niets. Met inachtneming van de vele reacties op het consultatiedocument komt ESMA eind dit jaar met het definitieve technisch advies aan de EC.

Hoe is het de compliance officer sinds 2010 vergaan?

Hier moet ik mijzelf eigenlijk direct corrigeren: hoe is het een aantal compliance officers vergaan? Uitgangspunt is dat compliance officer zijn taak uitoefent zoals een behoorlijk compliance officer betaamt. Of, zoals ESMA het in haar Richtsnoeren formuleert, 'op degelijke, eerlijke en professionele wijze'. Maar soms haalt hij het nieuws, raakt hij in opspraak. Wordt, nadat het is misgegaan, de vraag gesteld: 'waar was de compliance officer?'. Een aantal sprekende voorbeelden.

BNP Paribas

Op 30 juni van dit jaar heeft het Amerikaanse ministerie van Justitie een 36 pagina's tellende 'Statement of Facts' gepubliceerd.¹⁸ Daarin wordt uitgelegd waarom er aan BNP Paribas S.A. (BNPP), de grootste bank van Frankrijk, één van de vijf grootste banken ter wereld met ongeveer 190.000 werknemers en 34 miljoen klanten wereldwijd, een recordboete is opgelegd van 8,9 miljard dollar ('BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions'). Kort gezegd komen de verwijten hierop neer dat BNPP het mogelijk heeft gemaakt om via haar zaken te doen (in Amerikaanse dollars) met schurkenstaten Soedan, Iran en Cuba, dit in strijd met 'U.S. Sanctions Laws'. In de 'Statement of Facts' wordt uitvoerig ingegaan op de rol van de compliance officers binnen BNPP, die op z'n zachtst gezegd als 'ambivalent' kan worden aangemerkt. Enkele citaten:

37. BNPP continued to process transactions involving Sudanese Sanctioned Entities – despite being well aware that its conduct violated U.S. law – because the business was profitable and because BNPP Geneva did not want to risk its longstanding relationships with Sudanese clients. For example, in a July 2006 Credit Committee Meeting of BNPP's general management, despite expressing a concern about BNPP's role in processing U.S. dollar transactions with Sudanese Sanctioned Entities BNPP's senior compliance personnel signed off on the continuation of the transactions. An email summarizing that meeting explained that "[t]he relationship with this body of counterparties is a historical one and the commercial stakes are significant. For these reasons, Compliance does not want to stand in the way of maintaining this activity for ECEP and [BNPP] Compliance has also issued the following recommendations: ... Strictly respect the U.S. embargo, the protection of 'US.

¹⁵ '34. Beleggingsondernemingen bevorderen en versterken in de hele onderneming een 'compliancecultuur' [G]: cursivering toegevoegd].

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=EN> en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0600&from=EN>.

¹⁷ http://www.esma.europa.eu/system/files/2014-549_-_consultation_paper_mifid_ii_-_mifir.pdf.

¹⁸ <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2014/06/30/statement-of-facts.pdf>.

citizens' and the E.U. embargo. Do not tolerate any favor or arrangement within these rules." Compliance's recommendations were not followed.

(...)

39. At the same time that compliance and business personnel within BNPP were emphasizing the importance of the Sudanese business to BNPP Geneva's operations, certain senior compliance officers at BNPP Paris made appeals to BNPP Geneva to discontinue the U.S. dollar business with Sudan. In February 2007, for example, a senior BNPP Paris compliance officer told business managers at BNPP Geneva that U.S. dollar transactions cleared through unaffiliated U.S. banks could be viewed as a "serious breach." Similarly a BNPP Geneva compliance officer wrote to BNPP Paris and BNPP Geneva executives that the use of U.S. Bank 1 to process transactions with Sanctioned Entities could be interpreted as a "grave violation". Despite these warnings, the transactions continued.'

De beslissing om de belangen van de business geruime tijd te laten prevaleren boven die van compliance is BNPP uiteindelijk duur komen te staan

De beslissing om de belangen van de business geruime tijd te laten prevaleren boven die van compliance is BNPP uiteindelijk duur komen te staan. De vraag komt op of de eindverantwoordelijke nog expliciet is herinnerd aan zijn 'inschattingsfout' met betrekking tot de (voortzetting van de) relaties met Soedan (en ook met Iran en Cuba) en de desastreuze gevolgen daarvan. Per saldo lijkt de compliancefunctie van BNPP haar taak niet naar behoren uitgeoefend te hebben.

KPMG

Op 21 februari 2011 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan KPMG Accountants N.V. (KPMG) een bestuurlijke boete opgelegd van € 871.250 wegens overtreding van art. 8 lid 1 Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta).¹⁹ Deze boete, de hoogste ooit opgelegd door de AFM, is opgelegd 'omdat de beleidsbepalers van KPMG in de periode van 22 februari 2008 tot 1 juli 2009 ondanks een groot aantal signalen en concrete aanwijzingen dat wees op ernstige gebreken in de opzet en uitvoering van de interne kwaliteitsbeoordeling van wettelijke controlewerkzaamheden, hebben nagelaten zich te vergewissen van de onderliggende problemen en onvoldoende invloed hebben uitgeoefend op het kwaliteitsgericht denken en handelen binnen KPMG.'

Ook in dit boetebesluit wordt uitvoerig ingegaan op de rol van de compliance officer. Anders dan bij BNPP kan bij KPMG echter niet worden geconcludeerd dat de compliance functie 'met twee monden sprak'. De compliance officer kwam er simpelweg niet doorheen, de 'tone at the top' zorgde ervoor dat hij niet (althans, te laat) werd gehoord. En dat is voor de rechtbank Rotterdam aanleiding geweest het boetebesluit in

De compliance officer kwam er simpelweg niet doorheen, de 'tone at the top' zorgde ervoor dat hij niet (althans, te laat) werd gehoord

stand te laten nadat dit, achtereenvolgens in bezwaar en beroep, door KPMG was aangevochten. Ook hier enkele citaten, allereerst uit het boetebesluit van de AFM:

'3.2.14 Waar het voorgaande erop duidt dat de beleidsbepalers van KPMG hebben nagelaten om beleid of voldoende beleid te voeren om een onderdeel van haar stelsel van kwaliteitsbeheersing, de OKB, te verbeteren, wordt dit bevestigd in de schriftelijke evaluatie van het kwaliteitsbeheersingssysteem van KPMG van 9 december 2008. Op het punt van 'Kwaliteitsbewaking' bevat de evaluatie de volgende samenvatting van bevindingen van de Compliance Officer:

"(...)

Vanuit wettelijke perspectief bestaat een toenemend risico dat de toezichthouder zich zal beroepen op de zorgplicht van de beleidsbepalers, indien deze van mening is, dat KPMG onvoldoende lerend vermogen toont ten aanzien van bevindingen in het kwaliteitsbeheersingssysteem."

3.2.15 Dit signaal blijkt voor de beleidsbepalers van KPMG wederom niet voldoende. In de conclusie bij het onderdeel 'Kwaliteitsbewaking' van de evaluatie is onder meer opgenomen: "De RvB heeft kennis genomen van de bevindingen van de Compliance Officer en beoordeelt dat aanpassingen aan het algemene kwaliteitsbeleid niet noodzakelijk zijn." Het bestuur verzoekt de Compliance Officer om op kwartaalbasis zijn bevindingen te rapporteren.

3.2.16 In lijn met het gegeven dat de beleidsbepalers aanpassingen aan het algemene kwaliteitssysteem niet noodzakelijk achten, bevat de volgende schriftelijke evaluatie van het kwaliteitsbeheersingssysteem van 2 april 2009 de volgende observaties van de Compliance Officer:

"Het vorig jaar door CO geuite gevoel, dat er sprake is van een terugval in het kwaliteitsbewustzijn binnen de organisatie, blijft ook voor de verslagperiode bestaan. Meldingen worden geconstateerd, waarna men over gaat tot de orde van de dag.

Vanuit wettelijke perspectief bestaat een toenemend risico dat de toezichthouder zich zal beroepen op de zorgplicht van de beleidsbepalers, indien deze van mening is dat KPMG onvoldoende lerend vermogen toont ten aanzien van bevindingen in het kwaliteitsbeheersingssysteem."

3.2.17 Dit laatste signaal van de Compliance Officer lijkt ertoe te hebben geleid dat de beleidsbepalers uiteindelijk de noodzaak hebben ingezien van het voeren van beleid om de OKB te verbeteren.'

¹⁹ <http://www.afm.nl/~media/files/boete/2013/kpmg/primair-boetebesluit-kpmg-art8-lid-2-bta.ashx>.

Uit de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 30 mei 2013²⁰ blijkt dat ook de rechtbank zich stoort aan de houding van de beleidsbepalers van KPMG:

'Met name het door de Raad van Bestuur van KPMG naast zich neerleggen van het zeer negatieve oordeel van 9 december 2008 van de compliance officer ter zake van het kwaliteitsbewustzijn, acht de rechtbank illustratief voor het feitelijk niet voeren van beleid ten aanzien van het stelsel van kwaliteitsbeheersing.'

en

'De geconstateerde gebreken acht de rechtbank dermate ernstig, en ook – mede gelet op de diverse waarschuwingen van de zijde van zowel de AFM als intern binnen KPMG – dermate verwijtbaar, dat de opgelegde boetes niet onevenredig hoog zijn, terwijl gesteld noch gebleken is dat KPMG de boetes niet zal kunnen voldoen.'

Kortom: een 'pluim' voor de compliancefunctie en een rode kaart voor de beleidsbepalers vanwege hun 'tone'. In het kader daarvan is nog interessant te vermelden dat de AFM in haar boetebesluit als volgt verwijst naar de wetsgeschiedenis van het Bta:

'3.1.6. In de wetsgeschiedenis is aangegeven dat het te ver voert om een wettelijk voorschrift op te nemen dat de juiste "tone at the top" aanwezig moet zijn. Op dit punt is het volgende opgenomen in de Nota van Toelichting bij het Bta:

"Met name de internationale standaarden benadrukken het belang van de voorbeeldfunctie van het bestuur - <<the tone at the top>> - van de accountantsorganisatie. Inmiddels lijken de diverse maatregelen in het kader van de <<corporate governance>> (waaronder ook initiatieven van de zelfregulering) hun schaduw vooruit te werpen. De accountants(organisaties) lijken meer en meer doordrongen van het feit dat het onafhankelijke publieke toezicht niet zonder betekenis zal zijn. Vanzelfsprekend zal het bestuur ten aanzien van de naleving van de bij of krachtens de wet gestelde regels, mede invloed uitoefenen op de interne verhoudingen en uiteindelijk ook de cultuur van een bedrijf. Daar waar dit nog niet het geval mocht zijn, zal het toezicht door de AFM en de borging van kwaliteit door de beroepsorganisaties een dergelijke wenselijke cultuur kunnen onderstrepen. Een wettelijk voorschrift dat de juiste <<the tone at the top>> aanwezig is, voert echter te ver."

Hoewel ik dat laatste standpunt volledig kan onderschrijven, ook voor wat betreft financiële ondernemingen, lijkt dit door het optreden van het (oude) bestuur van KPMG toch te zijn gelogenstraft.

DSB

Naar aanleiding van 'the rise and fall' van DSB Bank N.V. (DSB) zijn er twee lijvige rapporten verschenen:

- op 23 juni 2010 het rapport van de commissie Scheltema: 'Onderzoek DSB Bank'²¹ en vervolgens
- op 19 juni 2012 het rapport van de curatoren Schimmelpenninck en Knüppe: 'Onderzoek naar

de oorzaken van het faillissement van DSB Bank N.V.'²²

In hoofdstuk 11 van haar rapport ('Lessen voor de toekomst') geeft de commissie Scheltema in niet mis te verstane bewoordingen aan waar het bij DSB aan schortte:

'Naar het oordeel van de Commissie vormt de governance van DSB de kern van de problematiek die tot haar ondergang heeft geleid. DSB bleek niet de bestuursstructuur en de organisatie te hebben die haar opgewassen maakte tegen de uitdagingen die op haar weg kwamen.'

Ook hier schoten 'gedrag en cultuur' dus tekort. Uit het rapport blijkt dat de toezichthouders AFM en DNB meerdere keren aandacht hebben gevraagd voor dit probleem. Kenmerkend is wat mij betreft de volgende passage uit het rapport van de commissie Scheltema, op p. 43:

'Tegelijkertijd geeft DNB in een gesprek op 20 september 2006 aan een minder positief beeld te hebben ten aanzien van compliance, het interne toezicht op de naleving van wet- en regelgeving. DSB scoort op 8 van de 10 principes ontwikkeld door het Bazel's Comité voor banktoezicht van de Bank Internationale Betalingen (BIB) een onvoldoende. Door de Compliance Officer van DSB wordt dit gewijld aan de bedrijfscultuur: dat DSB nog teveel een commercieel bedrijf is en te weinig een bank. Tegelijkertijd is naar de mening van de Compliance Officer de toezichthouder te geduldig, het helpt als DNB zegt dat iets moet gebeuren, want dan gebeurt het pas.'

Hoewel ik aanneem dat de compliance officer hiermee niet heeft bedoeld te beweren dat een bank geen commercieel bedrijf is, is zijn boodschap helder: 'de overgang naar al die regeltjes valt ons zwaar, zit ons daarom svp achter de broek want dat helpt!'

In hoofdstuk 10.7 van het rapport van de curatoren gaan zij, aan de hand van elf 'constatering', in op de oorzaken van het faillissement van DSB. Ten aanzien van 'De governance en organisatie' stellen de curatoren onder andere het volgende:

'10.7.11 Voorts bestond binnen de RvB een gebrek aan bancaire deskundigheid en was sprake van een disbalans bij de afweging van de commerciële belangen van DSB Bank tegen prudentiële aspecten, zoals risicomanagement en compliance.

(...)

10.7.12 De onderbezetting dan wel overbelasting deed zich niet alleen voelen op het niveau van de RvB,

²⁰ ECLI:NL:RBROT:2013:CA3026.

²¹ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/06/29/rapport-van-de-commissie-van-onderzoek-dsb-bank.html>.

²² <http://www.dsbbank.nl/media/verslagen/DSB%20Bank-Onderzoek-naar-de-oorzaken-van-het-faillissement-van-DSB%20Bank-NV-dd-19-juni-2012.pdf>.

maar ook bij bepaalde stafafdelingen. Sleutelposities op de afdelingen IAD, Compliance en Risk Management waren onvoldoende bezet.

(...)10.7.13 Het bewustzijn binnen DSB Bank ten aanzien van zorgplicht en compliance was te beperkt. Compliance was te zeer verweven met de commercie.'

Uit beide rapporten kan verder worden opgemaakt dat, binnen de hierboven geschetste beperkingen, de compliancefunctie van DSB 'heeft gedaan wat zij kon'. Er werd geadviseerd, gecontroleerd en gerapporteerd, maar ook hier vond men geen gehoor

Uit beide rapporten kan verder worden opgemaakt dat, binnen de hierboven geschetste beperkingen, de compliancefunctie van DSB 'heeft gedaan wat zij kon'. Er werd geadviseerd, gecontroleerd en gerapporteerd, maar ook hier vond men geen gehoor.

Uit deze voorbeelden blijkt dat meestal sprake is geweest van een behoorlijke taakuitoefening door de compliance officer: hij adviseerde, controleerde en rapporteerde (over) de (niet-)naleving van de toepasselijke wetten en regels binnen zijn onderneming. Maar 'gedrag en cultuur' leidden ertoe dat er uiteindelijk (torenhoge) boetes werden opgelegd, dat er mensen van buiten moesten worden aangesteld om het vertrouwen in de onderneming te herstellen en verdere reputatieschade te voorkomen en zelfs dat een onderneming failliet is gegaan. In dat verband wordt dus ook wel gesproken over een gebrekkige 'tone at the top'. En wordt hier door sommigen aan toegevoegd dat het in dat geval voor de compliance officer zo goed als onmogelijk is om zijn 'raison d'être', hoeder zijn van een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf, waar te maken.

Wie wil er compliance officer zijn in 2015?

Wensen en verwachtingen

Vastgesteld kan worden dat de door genoemde schrijvers uitgesproken wensen niet zijn vervuld en dat hun verwachtingen niet zijn uitgekomen. De door hen bepleite rollen zijn althans niet verankerd in de toepasselijke wet- en regelgeving. De rol van businesspartner blijkt bovendien verkeerd te kunnen worden opgevat, daar waar compliance zich teveel met de business vereenzelvigt. Hoeder van waardecreatie (of: waardebehoud) is de compliance officer toch vooral door goed in de gaten te blijven houden of de 'licence to operate' van zijn werkgever niet in gevaar wordt gebracht door non-compliant gedrag. En als 'tegenkracht' richting (business én) bestuur zou hij best nog wel wat hulp kunnen gebruiken.

Toon aan de top

Wanneer de toon van de hoogste leiding van de onderneming (en van de toezichtfunctie, mocht die er zijn) te wensen overlaat, dan heeft de compliance officer inderdaad moeite om zijn bestaansrecht waar te maken. Omgekeerd is de compliance officer bijzonder geholpen wanneer die toon wél de juiste is. Ik denk daarbij aan de situatie bij Ahold, waar Peter Wakkie in 2003 werd benoemd tot Chief Corporate Governance Counsel en lid van de Raad van Bestuur. Tot eind 2009 was hij in die rol verantwoordelijk voor het afhandelen van de diverse onderzoeken en rechtszaken waarin Ahold na de gebeurtenissen van februari 2003 was verwikkeld, en daarnaast ook voor het opzetten van een nieuwe corporate governance structuur. Dit weliswaar 'afgedwongen' door diezelfde 'gebeurtenissen' zou je kunnen zeggen, maar: 'beter laat dan nooit' en het kwam de compliancefunctie bij Ahold ten goede. Een recenter voorbeeld is de aanstelling, begin 2012, van Sietze Hepkema als 'juridisch bestuurder' bij SBM Offshore.

Het onderwerp 'gedrag en cultuur' blijft volgend jaar in elk geval hoog op de agenda staan. Ik verwijs in dat verband ook naar de consultatieversie van de concept-agenda van AFM voor 2015.²³

De 'beknelde' compliance officer

Aan het slot van hun artikel maken Hoegen en Zevenhuizen (zie voetnoot 5) als volgt de balans op van de gevoerde discussie, waaraan vijf compliance officers hebben deelgenomen:

'De meningen zijn eensluidend: 'de compliance officer is verantwoordelijk voor het geven van een onderbouwd advies dat de organisatie in staat stelt compliant te zijn. De raad van bestuur is uiteindelijk verantwoordelijk voor het compliant gedrag van de gehele organisatie inclusief het zorg dragen voor een adequate borging en opvolging van dat advies. De ervaring en deskundigheid van de compliance officer maakt het dat hij in staat wordt geacht deze stevige gesprekken te kunnen voeren met de raad van bestuur over niet/wel opgevolgde adviezen'. En in het geval hierover een zwaarwegend geschil blijft bestaan, zal de compliance officer zich mogelijkerwijs genoodzaakt zien hiervan melding te doen bij de raad van commissarissen. In een uiterste situatie ziet de compliance officer zich mogelijk genoodzaakt zijn functie neer te leggen en/of te melden bij een externe toezichthouder.'

Ik denk dat dit in beginsel een juiste conclusie was, maar wellicht zou deze 'beknelde' compliance officer een steuntje in de rug kunnen krijgen bij het vervullen van zijn rol van 'tegenkracht' richting (business én) bestuur.

Rapporteren

Op grond van de huidige rapportageverplichting rapporteert de compliancefunctie 'ten minste jaarlijks' aan het bestuur en, indien aanwezig, het toezicht daarop. Volgens haar 'draft technical advice' aan

²³ <http://www.afm.nl/~media/Files/Afm/2014/concept-agenda-2015.ashx>.

de EC zou ESMA graag verduidelijkt willen zien in art. 6 MiFID-uitvoeringsrichtlijn dat de compliancefunctie ook in staat moet worden gesteld om, op ad-hoc basis, rechtstreeks aan de dagelijks beleidsbepalers te rapporteren wanneer zij een 'significant risk of failure by the firm to comply with its obligations under MiFID II' signaleert.

Voor wat betreft de rapportagefrequentie biedt art. 9 lid 2 MiFID-uitvoeringsrichtlijn uitdrukkelijk ruimte voor 'meer':

'De lidstaten verplichten beleggingsondernemingen ervoor te zorgen dat hun hoogste leiding frequent en tenminste jaarlijks schriftelijke rapporten ontvangt over de door de artikelen 6 [G]: compliance], 7 [G]: risicobeheer] en 8 [G]: interne controle] bestreken aangelegenheden, waarin met name wordt aangegeven of passende maatregelen zijn genomen in geval van onvolkomenheden.'

In art. 31c lid 2 onder e Bgfo en art. 21 lid 2 onder d Bpr is dit minimum tot norm verheven door te spreken over 'de jaarlijkse rapportage'. ESMA is er in ieder geval niet toe overgegaan om het begrip 'frequent' nader in te vullen, bijvoorbeeld door kwartaalrapportages verplicht te stellen. Daarnaast adviseert ESMA evenmin aan de EC met betrekking tot (verplichte) compliancierapportages aan de toezichthouder(s) dan wel het verplicht sturen, aan die toezichthouder(s), van een afschrift van de periodieke compliancierapportages zoals deze aan het bestuur en, indien aanwezig, het toezicht daarop zijn uitgebracht.

In dat verband verwijs ik naar de Richtsnoeren waarin, onder het kopje 'Rapportageverplichtingen van de compliancefunctie', het volgende is opgenomen:

'De Autoriteit merkt op dat enkele bevoegde instanties verlangen dat beleggingsondernemingen hun regelmatig of ad hoc rapporten van de compliancefunctie verstrekken. Eén bevoegde instantie eist ook dat de hoogste leiding haar een geannoteerde versie van het rapport verstrekt met daarin toelichtingen op de bevindingen van de compliancefunctie. Deze praktijken verschaffen de bevoegde instanties uit de eerste hand inzicht in de compliance-activiteiten van een beleggingsonderneming, alsook in eventuele schendingen van regelgeving.'

In een voetnoot geeft ESMA daarbij aan:

'Deze beschrijving van specifieke praktijken van bevoegde instanties is bedoeld om de lezer aanvullende informatie te verstrekken over verschillende benaderingen van bevoegde instanties zonder aanvullende eisen voor beleggingsondernemingen of bevoegde instanties in te stellen (en daarmee de verplichting uit hoofde van artikel 16 lid 3, van de EAEM-verordening om zich te confermeren of uitleg te geven, in werking te doen treden).'

ESMA heeft in die 'specifieke praktijken van bevoegde instanties' (onbekend blijft overigens welke dit zijn) geen aanleiding gezien deze, in de vorm van een

rapportageverplichting van de compliancefunctie aan de lokale toezichthouder(s), op te nemen in haar concept advies aan de EC.

Informeren

Eveneens op grond van het Bgfo²⁴ respectievelijk het Bpr²⁵ zijn financiële ondernemingen gehouden hun toezichthouder 'onverwijld' te informeren omtrent incidenten. Een incident is een gedraging of gebeurtenis die een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf van de desbetreffende financiële onderneming.

Dat de lat hierbij hoog ligt blijkt uit de toelichting²⁶:

'Op grond van dit besluit hoeven alleen de incidenten die een ernstig gevaar vormen voor de integere uitoefening van het bedrijf aan de AFM gemeld te worden.'

(...)

Zoals ook uit de definitie van het begrip <<incident>> blijkt, zijn bovengenoemde gedragingen echter alleen incidenten indien zij ernstige gevolgen hebben voor de integere uitoefening van het bedrijf en daarmee voor het vertrouwen in de financiële onderneming of de financiële markten als geheel schaden. Onder gedragingen wordt zowel een doen als een nalaten verstaan.'

Genoemde artikelen vormen daarmee zeker geen grondslag om een (dreigende) overtreding van een doorlopende verplichting, die een financiële onderneming als vergunninghouder heeft, aan de toezichthouder te melden.

In Australië bestaat een dergelijke verplichting wel, op grond van Section 912D van de Corporations Act 2001. In haar 'Regulatory Guide 78: Breach reporting by AFS licencees'²⁷ van februari dit jaar formuleert de Australian Securities and Investments Commission (ASIC) het volgende 'key point':

'As an AFS licensee, you must tell ASIC in writing within 10 business days about any significant breach (or likely breach) of your obligations. If you don't tell us about a significant breach (or likely breach) then we consider that this in itself is a significant breach.'

De sancties op niet-naleving zijn bepaald fors te noemen:

*'(a) for an individual, \$8,500 or imprisonment for 1 year, or both; and
(b) for a company, \$42,500'.*

Zou een dergelijke verplichting worden vertaald naar de Nederlandse (of beter: EU) situatie dan zou de lat bij de wettelijke informatieplicht aanzienlijk moeten worden verlaagd. Dat wil zeggen: niet (slechts) informeren/rapporteren over incidenten, maar over

²⁴ Art. 19 lid 3, art. 24 lid 3 en art. 29 lid 3.

²⁵ Art. 12 lid 3.

²⁶ Stb. 2006, 520.

²⁷ <https://dv8nx270cl59a.cloudfront.net/media/1239857/rg78-published-26-february-2014.pdf>.

significante overtredingen (of dreigende overtredingen) van de doorlopende verplichtingen die de financiële onderneming als vergunninghouder heeft.

Het neerleggen van een dergelijke verplichting bij de financiële onderneming, en niet bij de compliancefunctie, zou mijns inziens recht doen aan de rol van het bestuur als zijnde eindverantwoordelijk voor compliant gedrag binnen de organisatie

Het neerleggen van een dergelijke verplichting bij de financiële onderneming, en niet bij de compliancefunctie, zou mijns inziens recht doen aan de rol van het bestuur als zijnde eindverantwoordelijk voor compliant gedrag binnen de organisatie. Gelet op de mogelijke consequenties voor de financiële onderneming en haar dagelijks beleidsbepalers, mede in het licht van de door hen afgelegde eed of belofte²⁸, lijkt de verwachting gewettigd dat aan een dergelijke verplichting nauwgezet zal worden voldaan. Het vooruitzicht op (de publicatie van) een forse bestuurlijke boete en eventueel een hernieuwde geschiktheidstoets door de toezichthouder (met een ongewenste uitkomst) lijkt daar borg voor te staan. Toch zag de ASIC zich onlangs genoodzaakt de 'breach reporting requirements' nog eens onder de aandacht te brengen via een 'media release'²⁹:

'Breach reports provide an important source of intelligence for ASIC. They can help us identify and rectify problems with individual financial services businesses, as well as assist us to identify and assess emerging risks and issues – but to be effective, they need to be timely.'

Voor de Nederlandse situatie zou gaan gelden dat de AFM of DNB op basis van een dergelijk '(likely) breach report' tijdig wordt geïnformeerd over wat er aan de hand is. Zodoende kan er ook in een eerder stadium 'reparatoir' worden opgetreden, via een normoverdragend gesprek, een aanwijzing of een last onder dwangsom. En niet pas, 'punitief', via de oplegging van een bestuurlijke boete, als het leed al lang geleden is. De financiële onderneming blijft dan mogelijk de oplegging van hoge boetes (en de met de publicatie daarvan gepaard gaande reputatieschade) bespaard. Zij zal zich minder snel genoodzaakt zien 'outsiders' in te schakelen om de onderneming van de rand van de afgrond weg te trekken.

En het 'worst case scenario' kunnen voorkomen dat zij roemloos (in faillissement) ten onder gaat. Maar, dit ter geruststelling van de zittende dagelijks beleidsbepalers van financiële ondernemingen in Nederland: Australië is ver weg en 'Europa' zit (nog) niet op dit spoor.

Conclusie

Op de drempel van 2015 kan worden vastgesteld dat de rol van de compliance officer in dat jaar niet wezenlijk anders zal zijn dan in 2010. Hij is en blijft als adviseur, controleur en rapporteur een belangrijke rol vervullen bij de beheerste en integere uitoefening van het bedrijf van de financiële onderneming. Dit in beginsel naast de andere controlefunctionarissen die de financiële onderneming in dienst heeft. Waar de 'toon aan de top' van zijn bedrijf te wensen overlaat en dit leidt tot (dreigende) niet-naleving van toepasselijke wet- en regelgeving zou de compliance officer wel een steuntje in de rug kunnen gebruiken. Deze lijkt hij voorlopig echter niet te krijgen, een gemiste kans?

Compliant zijn lijkt kinderspel. Immers:

'hou je aan de regels en je bent 't!'

De praktijk is echter weerbarstiger

Compliant zijn lijkt kinderspel. Immers: 'hou je aan de regels en je bent 't!'. De praktijk is echter weerbarstiger. Met de stortvloed aan nieuwe (en herziene) wet- en regelgeving heeft de compliance officer van een financiële onderneming zijn handen meer dan vol als het gaat om zijn kerntaak 'adviseren' ('hoe worden we compliant?') en, in het verlengde daarvan, 'implementeren'. Zeker wanneer de onderneming waar hij werkt internationaal actief is. De tendens om wet- en regelgeving 'principle based' te maken in plaats van 'rule based' maakt deze uitdaging nog wat groter. Evenals het feit dat wet- en regelgeving op internationaal niveau niet noodzakelijkwijs goed op elkaar is afgestemd.

Compliant zijn 'gaat soms van au', maar zoals u weet: 'zonder wrijving geen glans'. En inderdaad: 'compliance is niet voor bange mensen'. Ik wens u daarom allemaal een gezond, gelukkig, onverschrokken en glansrijk 2015. Compliance officer zijn is en blijft een prachtig vak! ■

²⁸ Op basis van de Regeling eed of belofte financiële sector, *Stcrt.* 2012, nr. 26 874.

²⁹ <http://www.asic.gov.au/about-asic/media-centre/find-a-media-release/2014-releases/14-233mr-asic-urges-prompt-breach-reporting-by-afs-licensees/>.

Tuchtrecht voor banken – een (compliance)risico?

mr. A.J.J.P.B.M. Kersten*

Samenvatting

Gelet op het spoedig geldende bankentuchtrecht stelt dit artikel twee aspecten aan de orde: i) er moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid dat tuchtrechtprocedures gebruikt worden als ‘opstap’ naar civiele aansprakelijkstelling, en ii) de uit de Gedragsregels voortvloeiende toetsingsnorm in het tuchtrecht wordt een norm voor bestuurders door een met de voor banken geldende zorgplicht. De conclusie is dat onzekerheid kan ontstaan over de normenkaders. De praktijk heeft behoefte aan zekerheid, nu het erop lijkt dat aan bankbestuurders minder beleidsvrijheid is gegeven dan aan bestuurders van andere ondernemingen.

1. Inleiding

Mogelijk al vanaf 1 januari 2015 geldt voor banken met zetel in Nederland de wettelijke verplichting de naleving door natuurlijke personen van integriteits- en zorgvuldigheidsnormen te waarborgen in een ‘tuchtrechtelijke regeling’. Deze wettelijke verplichting volgt uit een met de Wijzigingswet financiële markten 2015 in Deel 3 toe te voegen nieuw art. 17c Wft, waarover hieronder. Al denkend over het thema ‘compliance en risk management’ (ik vermoed dat *risk managers* dit graag andersom zouden willen zien¹ – ‘risk management en compliance’), kwam bij mij de (actuele) vraag op hoe Nederlandse banken kunnen aankijken tegen dat aanstormend tuchtrecht voor banken. Ik neem aan dat banken het thema tuchtrecht categoriseren als (tenminste: mede) behorend tot het compliance-domein. Dat zou logisch kunnen voortvloeien uit het wettelijk gestelde bereik van de ‘tuchtrechtelijke regeling’; ‘integriteits- en zorgvuldigheidsnormen’. De term *tuchtrecht* bevat het bestanddeel ‘recht’. Kan het tuchtrecht binnen banken toch worden benaderd vanuit een risk management perspectief? Modieuzer, en zeker ook tendentieuzer, had ik de vraag kunnen stellen of banken het tuchtrecht als een (te ‘managen’) risico kunnen opvatten. Ik ga er daarbij aan voorbij dat puristen zullen opmerken dat niet het tuchtrecht op zichzelf, doch overtreding daarvan als een risico kan worden opgevat. Met het laatste zou dan zijn gegeven dat wij tuchtrecht kunnen scharen onder (alle) overige categorieën van regels waarvan de schending compliance risico in zich bergt.

Naar ik aanneem zullen banken in dit stadium – de vooravond van het tuchtrecht – vooral bezig zijn met een oriëntatie op inhoud en betekenis van het tuchtrecht. Zij zullen naar aanleiding daarvan concrete plannen (moeten) formuleren ter implementatie van de benodigde maatregelen om tijdig aan de nieuwe eisen te voldoen. Ik vang deze bijdrage aan met enkele opmerkingen over het mogelijke aanvangstijdstip van het bankentuchtrecht (par. 2). Ik vervolg met een korte karakterschets van het publiekrechtelijke aspect van het bankentuchtrecht (par. 3). Wat betreft inhoud en betekenis maak ik met par. 4 graag van de gelegenheid gebruik de aandacht te vestigen op een tweetal aspecten. Voor bankmedewerkers is het niet denkbeeldig dat tuchtrechtprocedures worden gebruikt als ‘opstap’ naar civiele aansprakelijkstelling in persoon. Dat kan men als een (verhoogd) risico voor bankmedewerkers zien.

Dat risico kan worden gemanaged door de banken; het ligt bij hen de noodzakelijke beheersmaatregelen te treffen ter voorkoming van schending van integriteits- en zorgvuldigheidsnormen (die zich, overigens, primair op banken als rechtspersonen richten). Het tweede aspect dat ik behandel, betreft de uit Toekomstig bankieren voor alle bankmedewerkers voortvloeiende norm van de zorgvuldige belangenafweging. Deze schept naar mijn opvatting verwarring tussen een op bestuurders rustende norm enerzijds en de zorgplicht die op de bank als geheel rust in haar dienstverlening aan klanten. Ik sluit af met een korte conclusie in par. 5.

* Armand Kersten is gastdocent aan de Erasmus School of Law Rotterdam.

¹ Bij mijzelf blijvend zie ik de analogie met Veiligheid en Justitie; dat zou toch Justitie en Veiligheid hebben moeten zijn en misschien ware het zelfs beter als de veiligheidscomponent was toegedeeld aan Binnenlandse Zaken.

2. Vanaf wanneer geldt tuchtrecht voor banken?

Het is de bedoeling dat de Wijzigingswet financiële markten 2015 in werking treedt op 1 januari 2015.³ Ik teken wel aan dat art. XXI van het voorstel van wet, dat nu bij de Eerste

Kamer voorligt, bepaalt dat de inwerkingtreding van de wet voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.³ Wellicht moeten we daarom voor het tuchtrecht (artikel), zoals dat overigens ook voor andere onderwerpen geldt, een slag om de arm houden. Ook – maar dit is een ander aspect – vermeld ik dat voor op het moment van inwerkingtreding van het tuchtrecht reeds bij de bank werkzame natuurlijke personen een overgangsregeling is voorzien; voor die groep geldt dat hij (pas) na een jaar vanaf het moment van inwerkingtreding aan een tuchtrechtelijke regeling moet worden onderworpen. Dit laatste is dus een kwestie van overgangsrecht en niet van inwerkingtreding van het tuchtrecht.⁴

Op het moment dat ik dit schreef, leek de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) zelf ook (nog) te rekenen met inwerkingtreding van het tuchtrecht op 1 januari 2015. Dat lees ik uit het op 14 oktober 2014 door de NVB gepubliceerde pakket Toekomstgericht Bankieren.⁵ Daarin lezen we dat degenen die ‘vanaf 1 januari 2015’ bij een bank gaan werken binnen drie maanden de eed of belofte moeten afleggen en dat (daarmee) de gedragsregels en het tuchtrecht gelden.⁶ Men zou op grond hiervan ook kunnen menen dat het tuchtrecht op zijn vroegst een aanvang neemt op 1 april 2015. Immers is dat de eerste datum waartegen het tuchtrecht geldt voor (contractueel) precies op 1 januari 2015 aangetreden bankmedewerkers.⁷

3. Korte karakterschets

Tuchtrecht wordt gekenschetst als een zelfstandige grootheid met een eigen plaats.⁸ Ter beoordeling van de gegrondheid van een tuchtklacht kunnen andere maatstaven worden gehanteerd dan bij de beoordeling van, zeg, wanprestatie (al dan niet uit arbeidsovereenkomst).⁹ Op het moment dat ik dit schreef, was het ‘tuchtrechtelijke bancaire sector’ waarnaar Toekomstgericht bankieren verwijst, nog niet openbaar. Hoewel aldus niet specifiek met betrekking tot het nieuwe bankentuchtrecht, kan wel worden opgemerkt dat tuchtrechtelijke procedures informeel zijn; in civielrechtelijke procedures geldende bewijsregels, gelden niet in een tuchtprocedure.¹⁰ Ik kom hier spoedig nog op terug bij mijn bespreking van mijn bezwaar tegen de opmerking in de toelichting op het wetsontwerp dat met het wezenlijk privaatrechtelijk karakter van het bankentuchtrecht zou zijn gegeven dat aan bankmedewerkers geen andere verplichtingen worden opgelegd dan uit het privaatrecht voortvloeien.

De Wijzigingswet financiële markten bepaalt in het nieuw in te voeren art. 3:17c Wft dat banken met zetel in Nederland er zorg voor dragen dat de naleving van de bij of krachtens art. 3:10 en art. 3:17 Wft geldende regels en de daaruit voor bankmedewerkers voortvloeiende integriteits- en zorgvuldigheidsnormen binnen de bank is gewaarborgd in een tuchtrechtelijke regeling. Wat door de formulering lijkt op een ‘zorgplicht’¹¹ is kortweg een

² Zie de Receslijst Spoedeisende wetsvoorstellen tweede helft 2014 Eerste Kamer, door de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Eerste Kamer gezonden bij brief van 16 september 2014, *Kamerstuk*: Kamerbrief 16 september 2014. In die lijst staat dat het de bedoeling is dat de Wijzigingswet financiële markten, als onderdeel van de jaarlijkse wijzigingscyclus, per 1 januari 2015 in werking treedt.

³ Gewijzigd voorstel van wet 18 september 2014, art. XXI, *Kamerstukken I* 2014/15, 33 918, A.

⁴ Men zie de toelichting hierop in de Derde Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 10, onder I, p. 13.

⁵ Er is ook een verenigingsrechtelijk aspect; de leden van de NVB zijn jegens de vereniging en tussen elkaar gehouden tot naleving van de bepalingen van haar reglementen en besluiten van haar organen. Als de vereniging NVB binnen (het ‘pakket’) Toekomstgericht bankieren bepaalt dat het tuchtrecht op 1 januari 2015 ingaat, heeft dat in verenigingsrechtelijk opzicht tussen de vereniging en haar leden, en tussen de leden onderling, te gelden ‘als wet’. Zie Asser-Van der Grinten/Maeijer 1997, 267.

⁶ Toekomstgericht bankieren, gedragsregels p. 7.

⁷ Technisch is dit overigens niet juist; de publiekrechtelijke verplichting voor banken gaat in op het moment van inwerkingtreding van de wet, zoals die wordt aangegeven in het inwerkingtredingsbesluit.

⁸ Bijvoorbeeld E. M. Wesseling-van Gent, ‘Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Zelfregulering in verzekeringszaken en de eisen van behoorlijke rechtspleging’, *AV&S* 2008, 42; J. G. J. Rinkes, ‘Tuchtrecht en tuchtrechtspraak’, *PP* 2007/1, p. 1. In de toelichting bij het wetsvoorstel heet het dat tuchtrecht gemeenschappelijke kenmerken met het strafrecht, het privaatrecht en het bestuursrecht heeft. Derde Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 10, toelichting p. 5.

⁹ Zie hetgeen Wesseling-van Gent schrijft over tuchtrecht in vergelijking tot civiele procedures, *ibid.*, V.

¹⁰ HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537.

¹¹ Alles lijkt tegenwoordig ‘zorgplicht’. In de context van banken denk ik meteen ook aan ‘bijzondere zorgplicht’ en, sinds HR 6 december 2013, *ECLI:NL:HR:2013:1586* (*Ageas/VEB*) ‘bijzondere en aangescherpte zorgplicht’. Bartman merkt specifiek daarover op dat de onderscheidende betekenis van deze adjectievenstapeling hem minder helder

verplichting voor banken bankmedewerkers te onderwerpen aan tuchtrecht.¹² De toepassing en uitvoering moeten zijn opgedragen aan een onafhankelijke en deskundige externe instantie.

Met het voorgenomen art. 3:17c Wft beoogt de minister van Financiën overigens niet meer dan een ‘wettelijk haakje’ voor tuchtrecht.¹³ Deze wetbepaling in de Wft schept een publiekrechtelijke verplichting voor banken. Aldus zijn de banken de geadresseerden van de norm; niet de bankmedewerkers tot wie het tuchtrecht zich richt. Volgens de toelichting is de met het nieuwe art. 3:17c Wft verplicht gestelde tuchtrechtelijke regeling *in wezen* privaatrechtelijk.¹⁴ En, met het (louter) privaatrechtelijke karakter zou zijn gegeven – alweer naar de toelichting stelt – dat aan de bankmedewerkers met dit tuchtrecht geen andere verplichtingen worden opgelegd dan uit het privaatrecht voortvloeien.¹⁵

4. Twee kanttekeningen

Bij het laatste – aan de bankmedewerkers worden geen andere verplichtingen opgelegd dan uit het privaatrecht (kunnen) voortvloeien – teken ik wel aan dat op ten minste tweeërlei gebied er toch sprake is van een verzwaring van normen. Ik zie, in volgorde van belangrijkheid, twee aspecten: een vergrote kans van (civielrechtelijke) aansprakelijkheid (de tuchtrechtelijke procedure als ‘opstap’ naar aansprakelijkstelling); en de import van een krachtens ondernemingsrecht op bestuurders van rechtspersonen rustende verplichting bij hun taakvervulling zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van alle bij de organisatie betrokkenen.

Ad 1 Verscherpte aansprakelijkheid – een mogelijkheid van civiele claims

Ik kan goed begrijpen dat waar sprake is van door bankmedewerkers gepleegde excessen,¹⁶ de maatschappij ook (d.w.z. naast het bestaande straf, bestuurs-, arbeidsrechtelijk en het interne disciplinair instrumentarium binnen de bank) de mogelijkheid van tuchtrechtelijk ingrijpen wil zien. Buiten de sfeer van excessen is hier wat mij betreft voorzichtigheid geboden. Ik vind het onwenselijk dat een bankmedewerker die handelingen verricht die in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als handelingen van de bank¹⁷ persoonlijk daarop wordt aangesproken. Mijn formulering: ‘persoonlijk daarop wordt aangesproken’, is een welbewuste keuze. Het gaat bij tuchtrechtspraak in beginsel niet om (privaatrechtelijke) aansprakelijkheid. Het valt echter niet uit te sluiten dat de tuchtrechtprocedure zal worden gebruikt als opstapje naar een civielrechtelijke procedure. Met het oog op literatuur en rechtspraak is dat niet denkbeeldig.¹⁸ Vranken, waar hij het heeft over tuchtrecht op publiekrechtelijke grondslag,¹⁹ dat regels bevat die een uitwerking vormen van de algemene norm voor een goede beroepsvervulling (‘het publiek moet erop kunnen vertrouwen dat beroepsbeoefenaren hun vak verstaan en dat degenen onder hen die dit vertrouwen beschamen, worden aangepakt’²⁰), schrijft:

voor ogen staat dan de in de ornithologie gebruikelijke (adjectievenstapel). Zie zijn noot bij *Ageas/VEB* in *OR* 2014/40, par 2.

¹² Bijna letterlijk ontleend aan Derde Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 10, toelichting p. 4.

¹³ De minister bezigt de uitdrukking ‘wettelijk haakje’ in zijn brief aan de Tweede Kamer van 17 september 2014, *Kamerstukken II* 2015/15, 33 918, nr. 16.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 10, toelichting p 6. Curs van mij, *AJK*.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Ik denk hierbij aan (verwacht) persoonlijk voordeel bij door hen gepleegde transacties of verrichte handelingen, of allerlei vormen van fraude, voor zover anderen dan de bank daardoor worden geschaad. Zou immers de bank worden geschaad, dan dient zij zelf te voorzien in passende sanctiëring. Dit laat onverlet dat indien een bankmedewerker wandaden pleegt, er ook een rol kan zijn weggelegd voor de toezichthouder. Ik laat dit laatste punt hier verder onbesproken.

¹⁷ HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (*Kleuterschool Babel*). De achterliggende gedachte bij mijn bemerkingen hier is, overigens vanuit een ondernemingsrechtelijk perspectief, dat door de bank verrichte handelingen primair aan de rechtspersoon die het bankbedrijf uitoefent worden toegerekend. Ik zie een analogie met hetgeen Timmerman aangeeft in zijn Grondslagen van geldend ondernemingsrecht bij het beginsel van door rechtspersoonlijkheid tot stand gebrachte vermogensscheiding en beperkte en uitgesloten aansprakelijkheid. Dit is ‘beginsel’ 5. Zie L. Timmerman, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’, *OR* 2009/2, par 24.

¹⁸ Hierover ook Wesseling-van Gent, die opmerkt dat: ‘het tuchtrecht kan worden gebruikt als opstapje voor een civielrechtelijke aansprakelijkheidsstelling [. . .]. Ik [ie Wesseling-van Gent, *AJK*] sluit niet uit dat de tuchtprocedure wel eens daarvoor wordt aangewend [. . .].’, *op cit.* voetnoot 40, V. In dezelfde zin Van Wijmen in zijn noot onder HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, onder 3.2: ‘[I]n de praktijk wordt een civielrechtelijke schadeactie vaak *na* een tuchtrechtelijke procedure geschakeld, opdat de uitspraak van de tuchtrechter kan worden benut om het belang van de patiënt als eisende partij te dienen.’

¹⁹ Tuchtrecht op publiekrechtelijke grondslag is tuchtrecht met tuchtrechtspraak op grond van art. 113 lid 2 Gw.

²⁰ Ik besef dat ik zorgvuldig moet onderscheiden tussen publiekrechtelijk tuchtrecht (zie voetnoot 20 *supra*) enerzijds en privaatrechtelijk anderzijds. De hier aangehaalde frase van Vranken benadrukt dat het tuchtrecht ertoe dient het publiek vertrouwen te waarborgen.

‘Ik heb mij er al heel lang geleden over verbaasd dat overtreding van deze voorschrift niet ook in beginsel tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt.’²¹

Vranken voegt daarbij aan dat zijn verbazing werd gewekt door het strikt vasthouden door de Hoge Raad aan het onderscheid tussen de normenstelsels van het civiele (aansprakelijkheids) recht enerzijds en het tuchtrecht anderzijds. De Hoge Raad gooit echter in een medische tuchtzaak uit 2002 het roer t.a.v. dit strikte onderscheid om. In die zaak besliste hij dat de (civiele) rechter, indien hij bij de beoordeling van medisch handelen komt tot een oordeel dat afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter, zijn oordeel zodanig dient te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.²² Vranken merkt hierover op dat de ‘bewijslast’ t.a.v. zijn andersluidend oordeel dan dat van de tuchtrechter, daarmee bij de civiele rechter komt te liggen.²³ Zoals al in een voetnoot aangetekend, dient hij bij dit alles wel oog te hebben gehad voor het sfeerverschil tussen (medisch) tuchtrecht op publiekrechtelijke grondslag en (banken)tuchtrecht op – beweerdelijk – civiele grondslag. In dit opzicht heeft juist ook te gelden dat zij die werkzaam zijn als ‘beroepsbeoefenaars’ veel meer aangesproken mogen en moeten kunnen worden op de van hen verwachte en vereiste vakbekwaamheid. Bij hen is er veel meer sprake van aanspreekbaarheid op individuele titel. Bij banken daarentegen verdient het collectieve dat voortvloeit uit de organisatorische vorm van een bank, het overwicht. Wellicht laat een civiele rechter zich mede om deze reden weinig aan enig voorafgaand tuchtrechtelijk oordeel gelegen liggen. Of dat, gegeven de ontwikkeling van de rechtspraak betreffende de bijzondere zorgplicht van banken, is te verwachten, valt nog wel te bezien.²⁴

Ik merk ten slotte nog op dat het, vanuit een perspectief van risk management, niet zonder belang is de aandacht te vestigen op de organisatorische vorm van banken. Van banken mag worden verwacht dat zij beheersmaatregelen treffen die voorkomen dat schendingen van integriteits- of zorgvuldigheidsnormen plaatsvinden. Nogmaals; waar bankmedewerkers handelen in de sfeer van hun werkzaamheid bij de bank, zijn die handelingen eerst en vooral toe te rekenen aan de bank (als rechtspersoon). Het kan dus niet zo zijn dat met tuchtrecht een accent verschuift van de (collectieve) verantwoordelijkheid van de bank naar individuele verantwoordelijkheid van haar medewerkers.

Ad 2 Verwarring van normen

Met Toekomstgericht bankieren wordt een aan het algemeen ondernemingsrecht ontleende gedragsnorm voor bestuurdershandelen – het betreft de verplichting tot *belangenafweging*, waarover hieronder meer – opgelegd aan *alle* bankmedewerkers, én die norm wordt betrokken op zorgplicht. En dat terwijl het toepasselijke normenkader voor de taakvervulling van het bestuur toch verschilt van dat voor de dienstverlening van de bank.

Het Maatschappelijk Statuut bepaalt:²⁵

‘Bij het uitoefenen van hun functie wordt van alle bankmedewerkers verwacht dat zij een zorgvuldige afweging maken tussen de belangen van klanten, samenleving, de bank zelf en haar medewerkers, kapitaalverschaffers en andere stakeholders van de bank.

Dit geldt in het bijzonder voor de zorgplicht jegens en dienstverlening aan klanten.’

Deze (althans een min of meer gelijklopende) verplichting tot belangenafweging komt voor alle medewerkers van de bank terug in zowel de Gedragsregels als in de bankierseed.²⁶ Daarbij valt op dat, terwijl dit niet is toegevoegd bij de formulering in het Maatschappelijk Statuut, zowel Gedragsregels als bankierseed bepalen dat in de belangenafweging het klantbelang centraal staat. En dat laatste wordt, op zijn beurt, in de Gedragsregels helemaal gezet in de toonsoort van de zorgplicht.²⁷

De NVB geeft aan dat juist ook waar het het bankentuchtrecht betreft, dit ertoe strekt ‘het vertrouwen van de samenleving in banken te versterken’. Dit staat met zoveel woorden in de toelichting van hetgeen de NVB met de gedragsregels wil bereiken. Zie Toekomstgericht bankieren, Gedragsregels, p. 9. Er blijft, natuurlijk, het onderscheid tussen de medische stand als ‘beroepsgroep’ en ‘banken’ als ondernemingsgewijze organisaties waarbinnen ‘bankmedewerkers’ namens die banken transacties verrichten en handelingen verrichten.

²¹ Asser/Vranken, Algemeen deel*** 2005, 85.

²² HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151, m.nt. F C B van Wijmen, r.o. 3.6.3.

²³ Loc cit voetnoot 22.

²⁴ Waarbij dan wel moet worden aangetekend dat bij bijzondere zorgplicht van banken, (de) banken de geadresseerden zijn.

²⁵ Toekomstgericht bankieren, Maatschappelijk Statuut, p. 5.

²⁶ Ibid, Gedragsregel 2, en bankierseed op p. 10.

²⁷ Zie gedragsregels onder 3; het centraal stellen van de klant in de afweging van de belangen wordt uitgewerkt met typische zorgplichten (nl. informatie, passendheid, en geschiktheid).

Eerst een nadere blik op de (verplichting tot) afweging van belangen. Art. 129-239 lid 5 BW betreft *de vervulling van de taak door bestuurders*;²⁸ bij die vervulling dienen bestuurders zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.²⁹ Wij spraken hier gebruikelijk over het vennootschappelijk belang. In zijn recente *Cancun* beschikkingen³⁰ – waarin, overigens, het begrip vennootschappelijk belang ‘verschieft’ naar ‘vennootschapsbelang’ – bepaalt de Hoge Raad:

‘Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming.’³¹

Toekomstgericht bankieren richt het zoeklicht op *belangenafweging*. Wat heeft t.a.v. belangenafweging te gelden in de *Cancun*-beschikkingen? De Hoge Raad doet de hierboven aangehaalde overweging meteen volgen door:

‘Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. [volgt weergave van relevante rechtspraak, AJK]. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.’³²

Bestuurders zijn dus iets anders dan ‘belangenafwegers’. Bestuurders bevorderen het bestendige succes van de onderneming en betrachten daarbij zorgvuldigheid met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken.

Zoals opgemerkt, in Toekomstgericht bankieren wordt de belangenafweging in die zin betrokken op (de) zorgplicht, dat het in de Gedragsregels en in de bankierseed heet dat in die belangenafweging de belangen van de klant centraal worden gesteld. Het bestuur (ik heb het hier dus niet over: alle bankmedewerkers) kan er bewust voor kiezen het belang van klanten voorop te stellen bij de zorgvuldige betrachtting van de belangen van al degenen die bij de bank zijn betrokken. Verdedigbaar is dat daarmee het bestendig succes van de bank kan zijn gediend. In een aan de *Cancun*-beschikkingen ontleende benadering zou dit betekenen dat het bestuur in de bepaling van hetgeen het bestendig succes van de bank bevordert, steeds zorgvuldig acht slaat op de consequenties voor de klanten. Maar de *zorgplicht* jegens de klanten van de bank is iets anders. Het gaat daarbij over de normering van het gedrag van de bank indien en voor zover zij in een relatie tot enige derde partij komt te staan *op grond van haar dienstverlening* waarbinnen zij rekening heeft te houden met de belangen van die derde. In het publiekrecht wordt die zorgplicht onder meer uitgedrukt als de verplichting zich op eerlijke, billijke en professionele wijze in te zetten bij het verlenen van diensten.³³

Aldus wordt Toekomstgericht bankieren het richtsnoer voor de taakvervulling van bestuurders enerzijds en die voor de verplichting van de bank haar cliënten zorgvuldig te behandelen anderzijds dooreen. Met dit laatste wil ik niet gezegd hebben dat het niet mogelijk is normering van het gedrag van bestuurders te oriënteren op de idee van de – aan het algemene privaatrecht ontleende – zorgplichten. Timmerman beschrijft dit in ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’. Betrokken op de bestuurder kan dit betekenen dat wanneer de vereiste zorg jegens anderen die zich in de nabijheid van de vennootschap bevinden, niet wordt betoond, de bestuurder onrechtmatig jegens die anderen handelt.³⁴ Echter, juist ook in deze laatste benadering blijft het onderscheid tussen bestuurdershandelen en het handelen van de bank in de uitoefening van haar bedrijf, overeind. Wil een bestuurder (extern) aansprakelijk zijn *jegens* een buiten de organisatie van de bank staande partij, dan moet die bestuurder *jegens* die derde onrechtmatig hebben gehandeld.³⁵ Dat mag niet zondermeer worden vereenzelvigd met de schending van de zorgplicht van de bank (jegens haar klant).

²⁸ Ik cursiveer om te beklemtonen dat het om een gedragsnorm voor vennootschapsbestuurders in de uitoefening van hun taak gaat.

²⁹ Deze gedragsnorm geldt evenzeer voor de raad van commissarissen; art. 2:140-250 lid 2 BW.

³⁰ Het betreft vier beschikkingen in cassatie, te vinden achter HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, RvdW 2014/547.

³¹ ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.1.

³² ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.2.

³³ Voor beleggingsondernemingen is dit bepaald in art. 4:90 lid 1 Wft.

³⁴ L. Timmerman, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’, OR 2009, 2, §§ 16 en 17.

³⁵ Hetgeen de relativiteit ex art. 6:163 BW eist; vertaald naar de onderhavige constellatie

In Toekomstgericht bankieren wordt de belangenafweging die, zoals wij boven zagen, is ontleend aan een (in het ondernemingsrecht mogelijk achterhaalde, of althans genuanceerde) opvatting over de gedragsnorm voor de taakvervulling van organen van vennootschappen, het uitgangspunt voor het handelen van ‘alle’ bankmedewerkers. Gelet op de Cancun-beschikkingen teken ik bij voorbaat aan dat als bestuurders al geen belangenafwegers zijn, medewerkers (die geen deel uitmaken van een orgaan van de vennootschap) dat al helemaal niet kunnen zijn. Immers was de opvatting over belangenafweging speciaal betrokken op normering van het gedrag van bestuurders in de vervulling van hun (bestuurders)taak. En, binnen het Maatschappelijk Statuut lijkt het erop dat deze belangenafweging wordt betrokken op ‘de zorgplicht jegens en dienstverlening aan klanten.’ Ik kies de formulering ‘het lijkt erop’, bewust. Immers is de gekozen constructie binnen het Maatschappelijk Statuut niet helemaal duidelijk: ‘[D]it geldt in het bijzonder voor [. . .]’; men zou daarin kunnen lezen dat waar het om de uitoefening van het bedrijf bestaande uit dienstverlening aan klanten gaat, in ieder geval (‘in het bijzonder’) de gedragsnorm van de belangenafweging geldt.

Ik weet niet of ik dit een gunstige ontwikkeling moet vinden. Ik wil graag toegeven dat de inhoud en omvang van zorgplicht³⁶ lastig zijn te bepalen. Maar beoordeling van de vraag of een bank haar zorgplicht heeft geschonden moet niet worden verward met beoordeling of een medewerker van de bank een juiste belangenafweging heeft gemaakt. En, waar die ‘belangenafweging’ is ontleend aan een gedragsnorm voor bestuurdershandelen, betreft het een verwarring. Die verwarring is een ongelukkige.

Eigenlijk hebben we te maken met twee onderscheiden sferen, met elk hun eigen normenkaders. Enerzijds betreft het *de taakvervulling door het bestuur van de bank*. Anderzijds betreft het *de dienstverlening door banken aan hun klanten*. Bij de taakvervulling door het bestuur van de bank is het normenkader georiënteerd op het algemene ondernemingsrecht. Waar het financieel toezichtrecht, dat een steeds prominenter positie inneemt, zich begeeft op het terrein van de governance van banken, grijpt het (nog) terug op Boek 2 BW.³⁷ Het zou kunnen zijn dat met gedragscodes én met tuchtrecht wordt beoogd de taakvervulling van het bestuur van banken nader, strakker dan in het (ondernemings)recht, te normeren. Het is daarbij denkbaar dat die normering mede richting krijgt door een opvatting dat banken wezenlijk verschillen van overige aan vennootschappen verbonden ondernemingen, en dat bij banken het vennootschapsbelang daarom een andere lading heeft of moet hebben. En het is heel wel mogelijk dat zodanige normering het recht binnenkomt door de wijze waarop in de rechtspraak wordt erkend dat (bijvoorbeeld) gedragscodes de in Nederland levende algemene rechtsovertuigingen tot uiting brengen.³⁸ Ik denk wel dat er hierbij, gezien vanuit het perspectief van het recht althans, een zekere ‘bovengrens’ is. Die bovengrens vloeit voort uit het arrest *Willemsen/NOM*;³⁹ het gedrag van de (bank)bestuurder moet niet zodanig worden genormeerd dat zijn handelen in ongewenste mate wordt gedreven door defensieve overwegingen. In *Willemsen/NOM* betrof de Hoge Raad precies deze overweging overigens (naast het eigenbelang van de bestuurder) op het vennootschapsbelang.

Ten slotte, wat de bankbestuurders betreft nog dit; voor hen, zoals voor alle (overige) bankmedewerkers, gaat het tuchtrecht gelden. En dat maakt dat de normering van hun (bestuurders)gedrag niet slechts een zaak blijft die op het ondernemingsrecht is georiënteerd, doch ook op het tuchtrecht.

5. Tot besluit

Mijn beschouwing van slechts twee gezichtspunten, een verhoogd risico van civiele aansprakelijkheid van bankmedewerkers en de schijnbare vereenzelviging van vennootschapsbelang met zorgplicht, levert geen groot enthousiasme op. Met de op komst zijnde introductie van het tuchtrecht voor alle bankmedewerkers, hoezeer dat tuchtrecht zelf nog concreet gestalte moet krijgen, kan onzekerheid ontstaan over de normenkaders. Het doel van het tuchtrecht is de fatsoenlijke beroepsuitoefening van alle bankmedewerkers te kunnen toetsen. Krachtens inhoud en reikwijdte van de in Toekomstgericht bankieren geformuleerde normen, valt daar ook de taakvervulling van bankbestuurders onder. Het is

roept dat de vraag op of de door de bestuurder geschonden norm de strekking had de klant in zijn belang te beschermen. Bij bestuurdershandelen hebben we te maken met de ‘gelijkstelling’ die volgt uit HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*). De gelijkstelling waarop ik het oog heb is die van de maatstaf voor ‘interne’ en ‘externe’ aansprakelijkheid. Voor interne aansprakelijkheid is de maatstaf het ‘ernstig verwijt’ ex art. 2:9 BW.

³⁶ Sinds 1 januari 2014 is er dan ook nog de ‘algemene’ zorgplicht ex art. 4:24a lid 1 Wft.

³⁷ Zie bijv. Art. 3:19 Wft waar het gaat om de raad van commissarissen – voor de aard en taak van die raad wordt verwezen naar art. 2:140/250 BW.

³⁸ Vgl HR 14 sept. 2007, NJ 2007, 611, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel II*).

³⁹ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders, r.o.v. 5.3.

daarbij, gegeven de aard van tuchtrecht, onzeker hoe het 'traditionele' toetsingskader uit het algemene ondernemingsecht, het oordeel van de tuchtrechter zal informeren. Het is aanne- melijk dat met Toekomstgericht bankieren aan bankbestuurders minder *beleidsvrijheid* is gegeven dan aan bestuurders van andersoortige ondernemingen. Juist op dit punt heeft de praktijk behoefte aan meer zekerheid. Wat betreft andere bankmedewerkers dan bestuurders, valt te hopen dat tuchtrechtelijke veroordelingen zich beperken tot hevige excessen. Zou dit niet zo zijn, dan zouden bankmedewerkers civielrechtelijke aansprakelijkheid kunnen vrezen voor schendingen van de bijzondere zorgplicht van banken. ■

Compliance & Risk Management: Living Apart Together

drs. W. Lieve RA*

Trefwoorden: compliancefunctie, risk managementfunctie, risicobeheer, governance, control, interne controle, interne accountantsdienst, internal audit, COSO

Samenvatting

Na het raadplegen van literatuur op het terrein van het thema van dit nummer van het Tijdschrift voor Compliance (TvCo) en het bezien van (Nederlandse) wet- en regelgeving volgt de conclusie dat compliance- en risicobeheer vooral organisatorisch gescheiden bedrijfsonderdelen moeten zijn. Afstemming tussen en samenwerking van de compliancefunctie met de risicobeheerfunctie, internal audit en andere aanpalende functies zijn wel een vereiste.

1. Inleiding

In deze bijdrage ga ik in op de verhouding tussen de compliancefunctie en de risk managementfunctie (ook wel geduid als de risicobeheerfunctie).

Uit de opgenomen citaten blijkt hoe de betreffende auteurs denken over de relatie tussen compliance en risicobeheer. In die literatuur wordt ook het 'three lines of defence-model' ten tonele gevoerd; er wordt aangegeven dat compliance en risk management beide behoren tot de 'second line of defence'. Zowel in eerdere nummers als in dit nummer van het TvCo wordt aandacht besteed aan dit model. Ik ga daar nu verder niet op in. Vertrekpunt in deze bijdrage zijn omschrijvingen van de compliance- en de risicobeheerfunctie.

Risk management raakt al heel snel aan enterprise risk management, en daarmee aan COSO¹; dat blijkt ook uit geraadpleegde literatuur.²

Vervolgens belicht ik kort teksten in (toelichting op) wet- en regelgeving die betrekking hebben op beide functies en de (eventuele) samenhang daartussen.

In 'Tot besluit' vindt u de rechtvaardiging van de titel van dit artikel.

2. Compliance en Risk Management

2.1 Compliance(functie)

2.1.1 Functie

De compliancefunctie omschrijf ik als een onafhankelijke functie binnen een organisatie, gericht op het bevorderen van en (doen) toezien op de naleving (naar letter en geest) van wetten, regels en normen die relevant zijn voor de integriteit en de daarmee samenhangende reputatie van de organisatie (incl. de medewerkers van die organisatie).

Mijn omschrijving is (mede) gebaseerd op de definitie zoals die door de Belgische toezichthouder CBFA³ vanaf 2001 (tot december 2012) voor banken werd gehanteerd.⁴

* Wim Lieve is directeur/eigenaar van LieveComplianceConsulting en redacteur van dit tijdschrift. Met dank aan Antoni Brack voor zijn suggesties ter verbetering van een concept-versie van deze bijdrage.

¹ The Committee of Sponsoring Organizations' (COSO) mission is to provide thought leadership through the development of comprehensive frameworks and guidance on enterprise risk management, internal control and fraud deterrence designed to improve organizational performance and governance and to reduce the extent of fraud in organizations. Zie verder: <http://www.coso.org/>.

² Tarantino behandelt COSO uitgebreid in: *Governance, Risk, and Compliance Handbook - Technology, Finance, Environmental, and International Guidance and Best Practices*, Edited By Anthony Tarantino, John Wiley & Sons, inc., Hoboken, New Jersey 2008.

Ook Moeller gaat uitgebreid in op COSO in zijn boek: *COSO Enterprise Risk Management - Establishing Effective Governance, Risk, and Compliance Processes*, John Wiley and Sons, inc., Hoboken, New Jersey 2011.

³ CBFA of voluit Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen; de CBFA heet nu FSMA, dat staat voor: Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten of Financial Services and Markets Authority.

⁴ Circulaire D1 2001/13 van 18 December 2001 van de CBFA: 'Compliance is een onafhankelijke

Ondanks het feit dat de compliancefunctie in Nederland (zeker) al bestaat sinds 1991 is er nog nooit een onbetwiste definitie gegeven van die functie. Maar zelfs in de Verenigde Staten, waar zo'n functie al veel langer bestaat is men er nooit in geslaagd tot een eenduidig begrip van de compliancefunctie te komen. Natuurlijk is er ook sinds 1991, zonder een niet ter discussie staande definitie, wel degelijk invulling aan de compliancefunctie gegeven. Maar het helpt in discussies als er een niet betwiste definitie als vertrekpunt kan worden gehanteerd.

In december 2012 verscheen een nieuwe circulaire (FSMA-2012-21 d.d. 4/12/2012)⁵ over de compliancefunctie; die circulaire is een coproductie van de FSMA en de NBB (Nationale Bank van België). Ik besteedde eerder aandacht aan de inhoud van deze circulaire.⁶ De definitie van compliance in deze circulaire luidde:

'Compliance is een onderdeel van de bedrijfscultuur van elke instelling dat de nadruk legt op eerlijkheid en integriteit, het naleven van hoge ethische normen bij het zakendoen en het naleven van zowel de geest als de letter van de toepasselijke regelgeving. Zowel de instelling als haar medewerkers dienen zich integer te gedragen, d.i. eerlijk, betrouwbaar en geloofwaardig. Cliënten dienen steeds op een loyale, billijke en professionele wijze te worden behandeld.'

Ik ga niet in op de evolutie van de definitie van CBFA-2001 naar FSMA-2012. Wel blijkt dat de strikte koppeling aan specifiek het bankwezen door FSMA/NBB is ingeruild voor de algemene omschrijving 'instelling', dat sluit aan bij de doelgroep van deze circulaire. Ook wordt er nadrukkelijk aandacht besteed aan het omgaan met cliënten.

In meergenoemde circulaire FSMA-2012-21 staat ook de volgende definitie:

'Het compliancerisico is het risico dat een instelling en/of haar medewerker(s) gerechtelijk, administratief of reglementair worden gesanctioneerd wegens het niet naleven van de wettelijke en reglementaire integriteits- en gedragsregels met een verlies van reputatie en mogelijke financiële schade tot gevolg. Dit verlies van reputatie kan ook het gevolg zijn van het niet naleven van het intern beleid terzake en van de eigen waarden en gedragsregels met betrekking tot de integriteit van de activiteiten van de instelling. Een reputatieverlies leidt tot een aantasting van de geloofwaardigheid van de instelling en haar medewerkers. Geloofwaardigheid is de basis om actief te kunnen en mogen zijn in de financiële sector.'

Dat zowel medewerkers als de instelling zelf gehouden zijn aan het naleven van wet- en regelgeving wordt treffend verwoord door Murphy als hij schrijft over compliance:

*'(...) it is really about 'a management commitment to do the right thing, and effective management steps to make that happen; about making sure that all those who work for the company know what to do, and believe that the company is serious about acting legally and ethically.'*⁷

Steinberg laat zien dat er naast een noodzakelijk aspect ook voordelen aan compliance kunnen zitten.⁸ Hij maakt eveneens duidelijk dat aan het hebben van een compliancefunctie kosten zijn verbonden, maar hij geeft ook voorbeelden van boetes in de US die miljarden dollars belopen. De kosten van non-compliance; en daarbij zijn de kosten van reputatieschade niet inbegrepen. Dat brengt hem tot de constatering dat⁹:

'(...), forward-looking companies align their compliance process with the company's business goals and objectives, and build it into existing business processes. As such, responsibility for compliance rests not with a compliance officer, but rather with each and every line and staff

functie binnen de organisatie, gericht op het onderzoek naar en het bevorderen van de naleving door de instelling van de regels die verband houden met de integriteit van het bankieren. Deze regels betreffen zowel deze die voortvloeien uit het beleid van de instelling ter zake, als deze die vervat zijn in het bankstatuut (zijnde de bankwet en de besluiten en reglementen in uitvoering hiervan) alsmede andere wettelijke en reglementaire bepalingen die op de banksector van toepassing zijn.'

⁵ Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 Compliancefunctie Kredietinstellingen, beursvennootschappen, betalingsinstellingen, instellingen voor elektronisch geld, vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen, verzekeringsondernemingen, herverzekeringondernemingen; te raadplegen via: http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/circ/nl/fsma_2012_21.ashx en Circulaire FSMA_2013_08 dd. 23/04/2013 Compliancefunctie is specifiek voor vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies, beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging. Zie: http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/circ/nl/2013/fsma_2013_08.ashx.

⁶ Zie TvCo 2013 nr. 1, W. Lieve, *Compliance Column: Serendipiteit & Integriteit*.

⁷ A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day, Joseph E. Murphy, CCEP, geraadpleegd via <http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarA-Day-Murphy.pdf>.

⁸ Richard M. Steinberg, *Governance, Risk Management, and Compliance: It Can't Happen To Us — Avoiding Corporate Disaster While Driving Success*, John Wiley and Sons: Hoboken, New Jersey 2011, p. 21.

⁹ Steinberg, 2011, p. 32-40.

manager in their spheres of responsibility.¹⁰ (...) Without integrity, a compliance program will have form but not substance, and over time will fail to do what it's designed to do.'

Vervolgens geeft Steinberg concrete suggesties om een gewenst complianceproces te bereiken.

2.1.2 Verantwoordelijkheid

Verantwoordelijkheid voor compliance dicht Steinberg dus toe aan alle medewerkers – maar even later legt hij, zonder dat zo expliciet te noemen, de (uiteindelijke) verantwoordelijkheid wel bij het *topmanagement*. Zoals uiteindelijk zo goed als alles wat binnen een onderneming plaatsvindt de verantwoordelijkheid van het *topmanagement* is.

Steinberg wijst er eveneens op dat de ultieme verantwoordelijkheid voor de organisatie uiteindelijk bij een raad van bestuur ligt, maar dat de leden van dat gremium niet in staat zijn om zelfstandig alle gebeurtenissen binnen die organisatie te monitoren. Hij vervolgt dan met¹¹:

'Indeed, even individuals in full-time roles with compliance responsibilities – such as a chief compliance officer or chief internal auditor – are not positioned to identify every misdeed, or even every significant one.

Yes, a board's monitoring role is a critical one, and must be carried out effectively. But a board also must provide the right advice, counsel, and – where needed – direction to senior management. A board that carries out only its monitoring responsibilities is shortchanging the corporate community – management, shareowners, the investing public, and the directors themselves. Taken to an extreme, a board that doesn't give sufficient attention to the company's strategy and business operations is more likely to find that, ultimately, there's no business left to monitor.'

Ook Kersten is van mening dat de verantwoordelijkheid voor de compliancefunctie bij de raad van bestuur ligt. Dit naar analogie van de verantwoordelijkheid van de raad van bestuur voor de interne accountantsfunctie zoals die is vastgelegd in Corporate Governance Code: Principe 5.3.¹² Hij verwoordt dit als volgt:

'But, surely, had the Dutch corporate governance code contained equivalent provisions on the compliance function, this would likely not have been any different; it would have provided that the compliance function operates under the managing board's responsibility. To me, it is difficult to imagine that the managing board were capable of assuming this responsibility, if the compliance function should take instructions from any other company organ. I could also express this as follows: how can the managing board assume responsibility for compliance if the compliance function were independent (from it)?'

2.2 Risicobeheer(functie)

Net als voor compliance bestaat ook voor risk management (of: risicobeheer in gewoon Nederlands) geen algemeen geaccepteerde definitie.

Risicobeheer is te omschrijven als: het geheel van (strategische) processen dat de leiding van een organisatie in staat stelt om risico's te identificeren, te analyseren en daar vervolgens adequaat op te reageren teneinde gestelde doelen te kunnen bereiken. De wijze waarop op geconstateerde risico's wordt gereageerd is uiteraard afhankelijk van de waarschijnlijkheid dat een risico zich voordoet en de invloed van het betreffende risico op (uiteindelijk) het resultaat van de betreffende organisatie.

Uit meergenoemde circulaire¹³ een omschrijving van de risicobeheerfunctie:

'De risicobeheerfunctie is de functie die door de effectieve leiding belast is met de tenuitvoerlegging van het risicobeheersysteem, d.i. het geheel van strategieën, processen en procedures die nodig zijn voor de opvolging van de risico's of combinaties van risico's waaraan de instelling is blootgesteld of blootgesteld zou kunnen zijn, met uitzondering van het compliancerisico. Medewerkers van de risicobeheerfunctie kunnen geen opdrachten uitvoeren die behoren tot de compliancefunctie.'

¹⁰ Zie voor een soortgelijke conclusie: W. Lieve, TvCo 2010 nr. 5, Compliance Column – Compliance voor uilskuikens.

¹¹ Steinberg, 2011, p. 159.

¹² A. J. J. P. B. M. Kersten, *Compliance at Banks, Company Law and Financial Markets Law Observations on Whether the Law Sheds Adequate Light on Ownership*, 2014, Retrieved from <http://hdl.handle.net/1765/51203> of <http://repub.eur.nl/pub/51203>, p. 39-40. Brack bespreekt in Kritisch over ... Kersten deze dissertatie in dit TvCo.

¹³ Zie Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 Compliancefunctie; p. 18.

Op de website [regulatory-risk.com](http://www.regulatory-risk.com) worden de volgende onderdelen van risk management onderscheiden:¹⁴

1. *'Processes through which management identifies, analyses and where necessary responds to risks that may derail the organisation's business goals.*
2. *Response to risks depends on their perceived gravity and involves controlling, avoiding, accepting or transferring the risk to a third-party.*
3. *Organisations manage their exposure to a range of risks (e.g. technology risk, financial risk, information security risk etc.).*
4. *Currently it is arguable that legal and regulatory compliance risks are the most important. (...) The Sarbanes-Oxley Act was the catalyst for interest. Listed companies became obligated to comply with the provisions of this Act once it was introduced and to design and carry out suitable governance controls to comply. Governance, risk management and compliance have however since shifted significantly towards adding business value by improving operational decision-making and strategic planning.'*

Uitdrukkelijk wordt het compliancerisico hier ten tonele gevoerd als het belangrijkste onderdeel van risk management. Naar mijn mening niet ten onrechte worden in deze bijdrage ook auteurs aangehaald die compliancerisico als domein van de compliancefunctie beschouwen.

Tapiero geeft een uitgebreide wiskundige onderbouwing van (het omgaan met) risico's.¹⁵ De door Tapiero gehanteerde wiskundige modellen overstijgen het niveau van een VWO-abituriënt met wiskunde in het pakket. Van Tapiero het volgende citaat¹⁶:

'Risks are to be found "everywhere". They can be large, small or TBTB (Too Big to Bear), they can be predictable or not, they may arise due to conflicts or due to some adverse party, they may be due to a lack or partial information, they may affect us or others (or both) etc. For example, insurance and finance, ..., consultancies, ..., technology, health care, ..., politics, ..., etc. are all beset by risks and the many factors, whether controllable or not, that cause such risks.'

Tot de risico's die die zich kunnen manifesteren rekent Tapiero ook het risico dat toezichthouders de onder toezicht gestelden chanteren. Dan volgt zijn waarschuwing voor de wijze van financieren van publieke toezichthouders¹⁷:

'1.6.3 The Risks of Regulation (and Non Regulation)

Regulation is a two edge sword. On the one hand it mitigates public and systemic financial risks (...), on the other, it can alter economic and financial systems and lead to developments that "were not intended" or to consequences they have not integrated in their risk analyses. These risks may emanate (...) from responses of regulated who migrate to other countries to evade their compliance to (United, w) States' regulation.

(...) A regulated firm is of course at risk of not meeting the regulatory requirements and when caught it will be financially penalized. It may also be blackmailed by the regulatory agency into paying fines for it to demonstrate its effectiveness (evidently, this happens when the cost of litigation is smaller than the blackmail price). Such blackmails may increase if the future public agencies will finance themselves through the penalties they can extract.'

Ook Steinberg gaat uitgebreid in op risk management en noteert dan het volgende¹⁸:

'Before we get into what makes risk management processes really work effectively, let's look at what transpired in the near meltdown of the global financial system. It wasn't that long ago that we were on the brink of real disaster. And there's no doubt about the failure of risk management – by financial institutions, regulators, and others.'

Onder risk management verstaat Steinberg¹⁹:

'Myriad definitions exist but suffice it to say it involves identifying a risk, understanding it and its implications, and doing something about it – either to lessen the likelihood of the event occurring or its impact, or making it go away altogether.'

Steinberg omschrijft risk als volgt²⁰:

'But in context of risk management, risk means uncertainty surrounding a potential event.'

¹⁴ <http://www.regulatory-risk.com/2012/02/governance-risk-management-compliance-difference/>.

¹⁵ Charles S. Tapiero, 'Engineering Risk and Finance', *International Series in Operations Research & Management Science*, Volume 188, Springer: New York Heidelberg Dordrecht London 2013.

¹⁶ Tapiero, 2013 p. 1.

¹⁷ Tapiero, 2013 p. 19.

¹⁸ Steinberg, 2011, p. 59 e.v.

¹⁹ Steinberg, 2011, p. 79.

²⁰ Steinberg, 2011, p. 76.

It is the possibility that something will happen – that is, an event will occur – with a negative outcome. The key here is possibility, meaning that an event might occur, not that something bad has already happened.'

Steinberg werkt dit verder uit en geeft concrete aanbevelingen en voorbeelden uit de praktijk zoals BP, de explosie op de Deepwater Horizon boorplatform op 20 april 2010.²¹

Niet alleen de (leiding van de) *financials* zelf, maar ook hun externe toezichthouders krijgen er bij Steinberg van langs voor hun rol in de financiële crisis. Dat leidt mede tot de volgende ontboezeming²²:

'With Dodd-Frank in place, the Fed, SEC²³, and other regulators now are putting in place rules to curb some of the most egregious lending practices, but it's really closing the proverbial barn door after the horse has left. This may help prevent such abuses from occurring in the future – though many experts question that notion – but in any event regulators should be looking for seeds of where the next debacle might come from.'

In ieder geval de FED New York heeft een 'schuldbekentenis' uitgesproken en wel bij monde van William C Dudley, President and Chief Executive Officer of the Federal Reserve Bank of New York in een lezing getiteld: *Improving financial institution supervision – examining and addressing regulatory capture*.²⁴ Daar stelt hij o.a.: *'Of course, we are not perfect. We cannot catch or correct every error by a financial institution, and we sometimes make mistakes.'*

Maar niet alleen toezichthouders moeten vooruitzien, dat is zeker ook een eis die aan (de leiding van) een organisatie moet worden gesteld. En in de zoektocht naar toekomstige risico's en de kwantificering daarvan vervult de risicobeheerfunctie een belangrijke rol.

2.3 Verhouding compliance – risicobeheer

*'Het is pervers om compliance naar analogie van risico te behandelen', zo luidt de derde stelling van Kersten bij zijn proefschrift.*²⁵ Bij eerste lezing lijkt dit nogal boud geformuleerd. Maar uiteraard wordt deze stelling door Kersten onderbouwd.²⁶ Kersten heeft mij overigens aangegeven dat pervers ook 'tegennatuurlijk' betekent – daarmee de stelling een meer neutrale lading gevend. Kersten citeert met instemming ook Monahan: *'[risk management and compliance] are worlds apart and they should stay that way.'*²⁷

Over de afbakening tussen compliance en risk management schrijft Sharon²⁸:

(...) 'Compliance is an extremely important function in today's regulatory environment and risk management is an essential discipline for a complex organisation. Clouding the boundaries between the two reduces their value and is ultimately dangerous.'

De Amerikaanse toezichthouder SEC heeft zich, bij monde van Carlo di Florio, uitgelaten over de rolverdeling tussen compliance en risicobeheer²⁹:

'(...) While compliance and ethics officers play a key role in supporting effective ERM³⁰, risk managers in areas such as investment risk, market risk, credit risk, operational risk, funding risk and liquidity risk also play an important role. As noted above, the board, senior management, other risk and control functions, the business units and internal audit also play a critical role in ERM. As ERM matures as a discipline, it is critical that these key functions work together in an integrated coordinated manner that supports more effective ERM. Understanding and managing the inter-relationship between various risks is a central tenet of effective

²¹ Steinberg, 2011, p. 92-97.

²² Steinberg, 2011, p. 65.

²³ Securities and Exchange Commission, <http://www.sec.gov/>.

²⁴ Zie: <https://www.bis.org/review/r141125a.htm?ql=1>.

²⁵ Zie: <http://repub.eur.nl/pub/51203/Stellingen-4-maart-2014.pdf>.

²⁶ Zie bijvoorbeeld Kersten, 2014, p. 110 waar Kersten stelt: It is precisely the element of discretion and choice (the margin of appreciation) lying with the management of a company that makes it perverse (onderstreping w!) to treat compliance as analogous to risk management. I believe this is what Assink means where he writes: 'The way a certain risk will be dealt with will also depend on its character. Thus, an entrepreneur is not likely to afford varying the chances that binding applicable regulation – for instance concerning financial reporting – will either be complied with or not.'

²⁷ Kersten, 2014, p. 95.

²⁸ Bill Sharon, Operational risk management: the difference between risk management and compliance, <http://www.continuitycentral.com/feature0243.htm>. Sharon is CEO and Founder of Strategic Operational Risk Management Solutions (SORMS).

²⁹ Carlo V. di Florio, SEC Director, Office of Compliance Inspections and Examinations, The Role of Compliance and Ethics in Risk Management, te raadplegen via: <http://www.sec.gov/news/speech/2011/spch101711cvd.htm>.

³⁰ ERM staat voor Enterprise Risk Management.

ERM. One needs only reflect on the financial crisis to understand how the aggregation and inter-relationship of risks across various risk categories and market participants created the perfect storm. ERM provides a more systemic risk analysis framework to proactively identify, assess and manage risk in today's market environment.'

Op de vraag naar het waarom van ERM komt Steinberg met de volgende reactie³¹:

'Well, among other things, ERM can help companies – at both the strategic and tactical levels—enhance risk-response decisions, reduce operational surprises (and related losses), identify and seize opportunities, and enhance deployment of capital.'

Op het web treffen we ook meningen aan over de wijze waarop compliance en risicobeheer kunnen samengaan of juist niet³²:

Risk management and compliance are interrelated and must also be considered together. While risk management and compliance are often appropriately handled by two separate groups within an organization, the pitfall is that this separation can lead to a fragmented approach whereby compliance risk is isolated from other enterprise risks. Risk professionals must understand the risk of non-compliance equally as well as other organizational risks in order to properly shape enterprise strategy. Similarly, compliance professionals must understand risk appetite (the amount of risk the organization is willing to accept to meet its business goals) in order to make the appropriate decisions vis-a-vis the compliance function.'

Overigens is het begrijpen van elkaars werkzaamheden en ook het onderling afstemmen daarvan niet hetzelfde als het opereren als één afdeling. Voor onderlinge afstemming tussen afdelingen waarvan de werkzaamheden elkaar raken of in elkaar overgaan moet altijd worden gezorgd. Daarmee kunnen overlappingsen worden voorkomen en kan ook de last voor de te 'onderzoeken' bedrijfsonderdelen tot een minimum worden beperkt. Een compliance-afdeling zal dus moeten afstemmen met risk management, maar evenzeer met internal audit, juridische zaken, personeelszaken en (mede afhankelijk van de omstandigheden) met andere aanpalende afdelingen. Ofwel: compliance en risicobeheer: *living apart together*. In de FSMA/NBB circulaire lezen we dat³⁴:

'Omdat de transversale³⁴ functies naast elkaar staan, dienen zij hun werkzaamheden op elkaar af te stemmen en te zorgen voor een passende uitwisseling van relevante informatie. Medewerkers van de ene transversale functie delen vaststellingen die relevant zijn voor een andere functie aan die functie mee.'

In paragraaf 3.3.4 'Relatie van de compliancefunctie met de operationele diensten en andere transversale functies' wordt in diezelfde circulaire gesteld dat³⁵:

Principe 7

De compliancefunctie maakt deel uit van een coherent geheel van transversale controlefuncties waartussen coördinatie noodzakelijk is.

De (Belgische, wl) toezichtwetten bepalen dat elke (in de circulaire aangesproken, wl) instelling over drie verschillende transversale functies dient te beschikken: een compliancefunctie, een risicobeheerfunctie en een interneauditfunctie. Elk van deze functies, samen met de hiërarchische verantwoordelijken van de operationele diensten, vormt een verdedigingslijn tegen de risico's die de instelling loopt:

- eerste lijn: de interne controle in de operationele diensten;
- tweede lijn: de transversale functies compliance en risicobeheer en de actuariële functie bij (her) verzekeringsondernemingen;
- derde lijn: de interneauditfunctie.

De verantwoordelijkheid voor het ontwerpen, invoeren en toepassen van concrete maatregelen inzake interne controle berust bij de leiding van de operationele diensten (onderstreping, wl).'

³¹ Steinberg, 2011, p. 75.

³² Zie: <http://www.lexology.com>.

³³ Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 Compliancefunctie, p. 19.

³⁴ Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal, 2005, geeft als omschrijving van transversaal (o.a.) onderzoek waarbij men een aantal proefpersonen vergelijkt met een controlegroep. Waarom FSMA/NBB dit adjectief hebben toegevoegd wordt in de circulaire niet duidelijk gemaakt.

³⁵ Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 Compliancefunctie, p. 18.

In hoofdstuk 3.4 getiteld: 'Onafhankelijkheid van de compliancefunctie' kent meergenoemde circulaire Principe 8 dat luidt³⁷:

'De compliancefunctie dient onafhankelijk te zijn van de operationele activiteiten (onderstreping, wl) van de instelling.

Ter toelichting wordt daarbij door FSMA/NBB opgemerkt dat³⁷:

'Het statuut van de compliancefunctie binnen de instelling wordt beschreven in een document, hierna "charter" genoemd. Het charter wordt ter kennis gebracht van alle medewerkers van de instelling, met inbegrip van de gevolmachtigde agenten.

Het charter bepaalt ten minste:

(...)

- de relaties, onverenigbaarheden en coördinatie met andere controlefuncties en diensten binnen de instelling, zoals de interneauditfunctie, de risicobeheerfunctie en andere toezichtfuncties;*

(...).'

Het Institute of Internal Auditors (IIA) heeft een Position Paper uitgegeven waarin wordt gesteld dat³⁸:

'risk management is normally strongest when there are three separate and clearly identified lines of defense'. Based on this model, combining functions is not the preferred solution, but it may occur nonetheless. In certain situations it is possible to combine the IAF (Internal Audit Function, wl) with functions of the second line of defense, such as Risk Management and Compliance, provided that the necessary basic conditions are met.'

In Chapter 3 van het genoemde Position Paper worden de basiscondities en de waarborgen geschetst waaraan moet worden voldaan om tot het samengaan van compliance, risk management en internal audit over te gaan. De bedoelde voorwaarden hebben vooral, zo niet louter, betrekking op het samenvoegen van de interne accountantsfunctie met een second line of defence onderdeel.

Steinberg geeft eerst min of meer impliciet aan dat governance, compliance en risk management gescheiden bedrijfsonderdelen zijn³⁹; de bevestiging daarvan volgt later.⁴⁰

Moeller beschrijft internal control aan de hand van de COSO definitie:⁴¹

'The term internal control had been part of the vocabulary of business for many years, but it historically never had had a precise, consistent definition. COSO developed a now almost universally accepted definition or description of internal control, as follows: Internal control is a process, affected by an entity's board of directors, management, and other personnel, designed to provide reasonable assurance regarding the achievement of objectives in the following categories:

- Effectiveness and efficiency of operations,*
- Reliability of financial reporting, and*
- Compliance with applicable laws and regulations.'*

De term 'control' moet niet worden verward met 'controle' of 'audit'; 'beheer' komt in aanmerking als vertaling van control. De COSO-visie wordt samengevat in de zogenoemde COSO-kubussen; zie volgende pagina.

³⁶ Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 Compliancefunctie, p. 21.

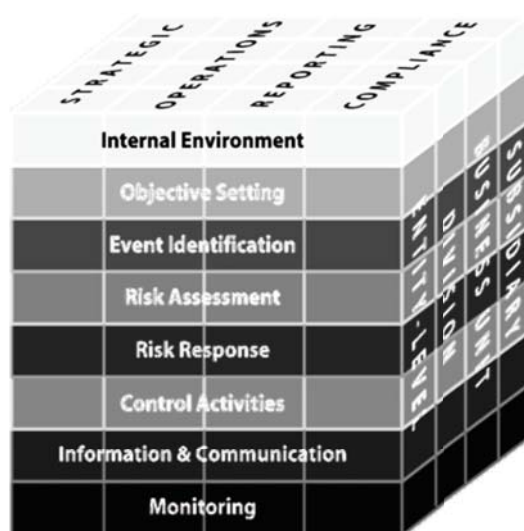
³⁷ Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 Compliancefunctie, p. 20-21.

³⁸ IIA, The Three Lines of Defense in Effective Risk Management and Control, 2013; zie: <http://iia.nl/SiteFiles/IIA%20NL%20Combining%20functions%202014.pdf>, p. 14.

³⁹ Steinberg, 2011, p. 154.

⁴⁰ Steinberg, 2011, p. 178 – 179.

⁴¹ Moeller, 2011, p. 3-4.

COSO 'kubus' 2014⁴²

COSO 'kubus' 2004

Moeller laat zich ook uit over de positie van de compliancefunctie⁴³:

'Our recommendation here is that an enterprise should establish a specialized compliance function or operating department, separate from either legal or internal audit.'

Ook in de toelichting die Moeller op voorgaande quote laat volgen komt risk management niet voor. In samenhang met andere teksten in zijn boek concludeer ik dan dat Moeller niet denkt aan het samenvoegen van compliance en risk management. Hij sluit het betreffende hoofdstuk af met⁴⁴:

'Compliance issues are often the most difficult element of establishing effective enterprise GRC (Governance, Risk, Compliance; wl) programs. An enterprise can establish a governance framework where it understands the governance rules it will need to follow. Risk management is somewhat easier as we have established some good procedures for estimating and taking actions to manage risks, but compliance can cause some major challenges. The problem with compliance is that there are so many often conflicting legal and procedural rules that it is difficult to determine the most significant or important of them.'

⁴² De wijziging van 2004 naar 2014 wordt (op enig niveau van abstractie) als volgt door COSO verklaard: 'COSO recognizes the growing expectation of organizations to manage, in an integrated and cohesive manner, risks emanating from across an enterprise,' said Robert B. Hirth Jr., COSO Chair. 'This project will provide an enhanced Framework that offers practical insight into an organization's risks and opportunities allowing them to focus on value created by the organization.' Zie: <http://www.coso.org/documents/News%20Release%20ERM%20Update%2010%2021%2014.pdf>.

⁴³ Moeller, 2011, p. 133-134.

⁴⁴ Moeller, 2011, p. 144.

In hoofdstuk 12, Importance of GCR Principles in the Board Room, benadrukt Moeller wel het opzetten van een risicocommittee op bestuursniveau⁴⁵:

'While boards have a basic responsibility for the governance of their enterprises and related compliance issues, the chapter will emphasize the need for strong board-level GRC principles. The chapter will also discuss the importance of establishing a board-level risk committee, operating in parallel with the audit committee.'

Kersten schrijft in zijn dissertatie dat compliance niet alleen maar risico behelst⁴⁶:

'Compliance ought not to be mistaken for a (mere) risk. Seeking a possible relation between compliance and risk leads to a foray into risk in business economics. In doing so, I cursorily digress to (operational) risk management and touch upon the Enterprise Risk Management – Integrated Framework from the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO).'

Kersten vat de verhouding tussen compliance en risk management – uiteindelijk – kort samen in de zin⁴⁷:

'Whereas I must hope it is clear at this stage in my thesis that I find that compliance and risk are distinct, I shall leave this issue aside.'

3. Nederlandse wet- en regelgeving

In het Besluit prudentiële regels Wft (verder: Bpr) wordt aandacht besteed aan respectievelijk de interne controlefunctie (verder ook: ic-functie) (art. 17 Bpr), de compliancefunctie (art. 21 Bpr) en de risicobeheerfunctie (art. 23 Bpr). Deze drie functies worden genoemd in het kader van art. 3:17 lid 1 Wet op het financieel toezicht (Wft); in dat artikel wordt bepaald dat er een beheerste en integere bedrijfsvoering dient te zijn bij (kortweg) financiële instellingen.

Van de ic-functie wordt in het Bpr aangegeven dat die op onafhankelijke wijze toetst. De compliance- en risicobeheerfunctie moeten, stelt het Bpr, onafhankelijk zijn. In de teksten van de (Toelichtingen op) Wft en Bpr treffen we geen verhelderende of afdoende verklaring aan van het begrip 'onafhankelijk'. In deel 1, Algemeen Deel, van de Wft is sowieso geen definitie van 'onafhankelijk' opgenomen.

Wel lezen we in de Toelichting op art. 1:93a in Handelingen I, 20-12-2011, p. 14-12-52 t/m 14-12-58: 'Onafhankelijk van de politieke waan van de dag moeten toezichthouders op de financiële markten onafhankelijk hun werk kunnen doen.' Twee keer onafhankelijk in één zin; de eerste keer is duidelijk waar die onafhankelijkheid betrekking op heeft – de tweede keer wordt blijkbaar verondersteld dat de lezer begrijpt onafhankelijk waarvan de toezichthouders hun werk moeten kunnen doen. Het gaat dan vast niet over de weersgesteldheid; maar mij is niet helder waar hier nu specifiek op wordt gedoeld.

In de Toelichting op Deel 4 Gedragstoezicht Wft, art. 4:14⁴⁸, meldde de AFM vroeger op haar website het volgende⁴⁹:

'(...) Beleggingsondernemingen zijn in alle gevallen verplicht een onafhankelijke compliancefunctie in te stellen. Een onafhankelijke risicobeheerfunctie en interne controlefunctie wordt onder de MiFID alleen verplicht gesteld indien zulks passend en evenredig is gezien de aard, schaal en complexiteit van hun bedrijf en de aard en het gamma van de beleggingsdiensten en -activiteiten die in het kader van dit bedrijf worden verricht. (...) Alle beleggingsondernemingen dienen aan te kunnen tonen dat zij beschikken over een adequaat, aan de in wet- en regelgeving vastgelegde eisen voldoende en effectief wend, risk management beleid en procedures en internal audit beheersingsmechanismen.

Beleggingsondernemingen voor wie bijvoorbeeld een volledige onafhankelijke risk management functie of een afgescheiden internal audit functie niet passend en evenredig is en die daarom deze functies op een andere, effectieve wijze wensen in te vullen, worden ook wel aangeduid als "kleinere beleggingsondernemingen". Het is gegeven het aantal en aard van de genoemde factoren duidelijk dat het sterk situatieafhankelijk is of een beleggingsonderneming kan worden geduid als een "kleinere beleggingsonderneming".

⁴⁵ Moeller, 2011, p. 226.

⁴⁶ Kersten, 2014, p. 19; vanaf p. 86 werkt Kersten dat verder uit.

⁴⁷ Kersten, 2014, p. 282.

⁴⁸ Dat artikel geeft aan dat beleggingsinstellingen 'de bedrijfsvoering zodanig moeten inrichten dat deze een beheerste en integere uitoefening van zijn onderscheidenlijk haar bedrijf waarborgt.' (vergelijk art. 3:17 lid 1 van de Wft).

⁴⁹ Zie: <http://www.dufas.nl/theme/dufas/uploadedFiles/04%20Deel%204%20-%20Gedragstoezicht%20financiële%20ondernemingen.pdf>, p. 40.

Het onderstaande figuur (bijlage 1, wl), afkomstig uit de achtergrondnotitie bij de uitvoeringsrichtlijn MiFID, geeft een illustratie.⁵⁰

Bijlage 1.	Compliance	Risk Management	Internal Audit
Algemeen vereist: indien meerdere functies of activiteiten door één persoon of afdeling worden uitgevoerd mag dit niet van invloed zijn op de degelijkheid, eerlijkheid en professionaliteit waarmee een functie wordt uitgeoefend.			
Altijd vereist	Compliancebeleid en -procedures	Risk Managementbeleid en -procedures	Internal Auditbeleid en -procedures
	Onafhankelijke en effectieve compliance-functie		
	Aangewezen compliance officer		
Vereist indien passend en evenredig	Compliancepersoneel niet betrokken bij taken waarop zij toezien	Risk Managementfunctie die onafhankelijk functioneert	Internal Auditfunctie die is afgescheiden en onafhankelijk functioneert van andere activiteiten
	Beloning brengt onafhankelijkheid compliancepersoneel niet in gevaar		

Uit deze matrix blijkt dat, in elk geval voor beleggingsondernemingen, aan compliance andere eisen worden gesteld dan aan risicobeheer en internal audit. Zo is de onafhankelijke (sic) en effectieve compliancefunctie altijd vereist en moet er altijd een compliance officer zijn. Blijkbaar vindt de wetgever dat de compliancefunctie (toch) een prominenter plaats verdient dan de risicobeheerfunctie of de internal auditfunctie. In de Toelichting⁵⁰ op Deel 4 Gedragstoezicht Wft, art. 4:71b komt onafhankelijkheid ook ter sprake en wel in de volgende bewoordingen:

‘De term “onafhankelijk” in artikel 4:71b, eerste lid, is niet anders bedoeld dan het begrip “onafhankelijk” in artikel 4:42, onderdeel a, van de Wft. Het vereiste houdt in dat er geen personele of financiële banden tussen de premiepensioeninstelling en de pensioenbewaarder mogen bestaan waardoor de juiste uitoefening van de bewaarfunctie in gevaar kan worden gebracht. Er is niet voorzien in een mogelijkheid om de term “onafhankelijk” uit te werken in nadere regels.’

Voor verdere uiteenzetting over de situatie in de Nederlandse wet- en regelgeving verwijs ik graag naar een bijdrage van mr. F. 't Hart onder de titel ‘De Compliancefunctie: Meer blauw op straat?’ in een bundel onder redactie van Beuze, Jurgens en Steinen.⁵¹

Als teaser het volgende citaat⁵²:

*‘7. Verhouding compliance versus internal audit en risk management
Functiescheiding en vermenging
Het ligt niet voor de hand om de personen die belast zijn met de compliancefunctie tevens (deels) te belasten met de risicobeheerfunctie, laat staan de interne controlefunctie. De Wft verbiedt zulks niet maar vanuit een oogpunt van functiescheiding en deskundigheid zou zulks niet wenselijk zijn.’*

Ook Kersten geeft in zijn dissertatie een uitgebreid beeld van de toepasselijke wet- en regelgeving met betrekking tot de compliancefunctie.⁵³ Eerder in deze bijdrage heb ik hem geciteerd.

⁵⁰ Kamerstukken II 2009/10, 31 891, nr. 6, p. 22.

⁵¹ C. Beuze, M. Jurgens, R. Stijnen, redactie, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Kluwer BV: Deventer 2014.

⁵² Beuze et al, 2014, p. 49.

⁵³ Kersten, 2014.

4. Tot besluit

Compliance & Risk Management: Living Apart Together

Living Apart Together staat boven deze bijdrage in dit themanummer over compliance en risk management. Dat was al een aanwijzing dat ik geen groot voorstander ben van het samenvoegen van beide functies. Ook het gebruik van hoogwaardige wiskundige kennis die benodigd is voor gedegen risicoanalyse verhindert (de meeste) compliance officers om voluit risk manager te worden. Anderzijds zijn wiskundigen, econometristen en actuarissen die vaak de rol van risk manager vervullen niet per definitie deskundig op juridisch of integriteitsterrein.

Uit de aangehaalde literatuur en uit de vigerende wet- en regelgeving leid ik af dat compliance en risicobeheer vooral moeten samenwerken, moeten afstemmen, maar dat ze verder vooral ieder hun eigen gang moeten gaan (mutatis mutandis geldt dit ook voor compliance en internal audit).

Als sprekend praktijkvoorbeeld verwijs ik de lezer graag naar de bijdrage van Van Vulpen en Morée elders in dit nummer. ■

Governance is mensenwerk

drs. W.J. Pauw RE CISA CRISC*

Trefwoorden: *Three Lines of Defence*-model, Risk Management en Compliance, governance

Het al of niet failliete *Three Lines of Defence*-model houdt de gemoederen flink bezig. De knuppel die Professor Leen Paape in december 2013 in het hoenderhok gooide¹, leidde tot de nodige reacties in de vakpers en wakkerde ook de interne discussies bij financiële instellingen aan. Achmea gebruikt dit model en ja, ook Achmea kent toch nog incidenten. Ieder model kent zijn eigen zwaktes en de werking van een model wordt in grote mate bepaald door menselijk handelen. Dat inzicht zorgt ervoor dat bij Achmea binnen de risk- en complianceteams op het gebied van aansturing door directies en samenwerking aandacht voor mensen is toegenomen zonder afbreuk te doen aan de aandacht voor regels. Waarom werkt het model bij Achmea wel?

Om deze vraag te beantwoorden, gaan we even terug in de tijd. Naar medio 2012 om precies te zijn. Zoals bij veel financiële dienstverleners werkte bij Achmea de afdeling Compliance strikt vanuit wet- en regelgeving. De heersende opvatting was dat de regels zich met de wet in hand wel lieten afdwingen. Overtuigen deed de compliance officer vanuit 'macht', met opgeheven vinger en het wetboek binnen handbereik. Niet de meest sympathieke manier en draagvlak en acceptatie kwamen niet van binnenuit. Bij de afdeling Operational Risk lag het wat anders. Daar werd vooral met veel overtuiging betoogd dat risicomanagement onderdeel van de normale bedrijfsvoering zou moeten zijn, vóórdat besluiten worden genomen. Omdat risicomanagement niet door een wet wordt afgedwongen, moest de riskmanager zijn effectiviteit halen uit overtuigingskracht. Dat lukte deels en doeltreffendheid was veelal afhankelijk van de individuele manager. Dat wat gebeurde kwam dan wel van binnenuit, maar er gebeurde niet genoeg om adequaat de belangrijkste risico's te beheersen.

De kentering kwam met name door het samenvoegen van de afdelingen Operational Risk en Compliance. Beide afdelingen gingen werken vanuit het principe: 'helpen zolang het kan,

*afdwingen als het niet anders gaat!' Compliance ging meer en meer proactief de boer op: adviseren en helpen zorgden voor een verschuiving van Macht naar Kracht², toenemende acceptatie en medewerking vanuit het eerstelijns management. Voor Risicomanagement kwam er een stuk mandaat (Macht) bij en het zorgde voor een betere samenwerking tussen de risk- en compliancemedewerkers die in hun manier van optreden meer en meer met een gezicht naar buiten traden en elkaar steeds meer gingen aanvullen. Daar waar Achmea intern flinke progressie maakte, bleef het *Three Lines of Defence*-model³ ongewijzigd overeind.*

Is het model goed genoeg en past het nog wel binnen de nieuwe werkwijze van Achmea? Genoeg reden om die discussie intern maar eens aan te gaan.

Eerder betoogde ik in het artikel 'Van Macht naar Kracht'⁴ dat een *Three Lines of Defence*-model werkt zolang er wordt samengewerkt vanuit met name cultuur en gedrag in plaats van het uitsluitend volgen van regels. We zijn nu twee jaar verder en maken de balans op met een aantal direct betrokken directieleden en managers. De vraag die centraal staat: Is het model echt zo failliet als Paape eerder betoogde of zit het failliet in de mensen binnen dat model? Een discussie over het failliet van het model is leuk, maar weinig zinvol als er geen goed alternatief voorhanden is. Uit de artikelen die dit jaar zijn verschenen, wordt één ding duidelijk. De deskundigen op het gebied van governance hebben geen van allen dat goede alternatief. In zijn column van december 2013 in de MCA spreekt Paape over totaalvoetbal en pleit hij voor het toepassen van de op zich eenvoudige voetbalregels op het spel van risicomanagement en compliance. Maar gaat het nu om regels of om mensen? Als er een groep is die snel geneigd is om regels aan hun laars te lappen, zijn het voetballers. Voor hen geldt maar één ding: winnen. Die geldingsdrang leidt tot gele en rode kaarten, penalty's en vooral veel kritiek vanaf de zijlijn als het even tegenzit. Is een team te braaf, dan gebeurt er niets, is een team te opportunistisch dan gaan de hakken in het zand en wordt hen arrogantie verweten. Het laat maar weer eens zien dat het toch vooral gaat om de mensen die binnen het team samen moeten functioneren.

Een punt dat Louis van Gaal, gelet op zijn resultaten op het WK 2014 goed begrijpt: Als je geen model of structuur aanbrengt is samenwerken lastiger dan wanneer iedereen zijn plaats kent. Mensen binnen een

* Wim Pauw is Sr. Manager Risk & Compliance bij Achmea en al een aantal jaren als lijn- en changemanager betrokken bij (Operational) Risk en Compliance en het optimaal laten werken van de *Three Lines of Defence* binnen en buiten Achmea. Verder was hij verantwoordelijk voor risicomanagement in diverse grote (SAP-)projecten en is hij trainer bij de Achmea Academy en spreker over o.a. praktisch en pragmatisch risicomanagement.

¹ Column professor Leen Paape en anderen in MCA december 2013.

² Zie hiervoor het artikel in o.a. De Compliance Officer en de IT Auditor 'Van Macht naar Kracht'.

³ ISACA Journal 2011, nr. 5, 'The Three Lines of Defence Related to Risk Governance van Ken Doughty CISA CRISC CBCP'.

⁴ Zie: <http://www.legalinfinance.nl/interviews/risk-en-compliance-van-macht-naar-kracht/208>.

'... een bedrijf zonder regels gaat niet!

Er is governance nodig om aan de bedrijfsdoelstellingen te werken'

Robert Otto

structuur in hun kracht zetten leidt tot het beste resultaat.

De vraag waarom het model binnen Achmea wel werkt leggen we voor aan een aantal directieleden binnen Achmea. Robert Otto, directievoorzitter van de divisie Schade en Inkomen vertegenwoordigt de eerste lijn. Hij gelooft heilig in de benadering van totaalvoetbal. “Zonder een consequent toegepast governancemodel ben je minder in control en loop je dus meer risico. Executie van beleid, gevolgd door monitoring door de tweede lijn verkleint de kans op fouten aanzienlijk, maar zal incidenten nooit helemaal voorkomen. Er zullen altijd fouten worden gemaakt, dat kan een model niet voorkomen! Voorwaarde voor succes voor elk model is dat het gestructureerd wordt ingevoerd. De risk- en compliancefuncties moeten onderdeel van het ondernemen zijn. Risk Management en Compliance moeten intrinsiek worden beleefd binnen alle Lines of Defence: samen, als 3 lijnen, belangrijke vraagstukken te lijf gaan. Daarbij staat het ondernemersbelang voorop. Als ieder zijn rol kent en we elkaar op tijd betrekken bij belangrijke besluitvorming wordt er naar mijn overtuiging een goed besluit genomen. Ik vind wel dat bij meningsverschillen ieder zijn rol moet pakken en een tweede en derde lijn de eerste lijn moeten aanspreken als daar aanleiding toe is. Het belang van de klant, het bedrijf en een integere bedrijfsvoering zijn dus gedeelde belangen. Mijn ideale tweede lijn werkt op deze manier. Begrip tonen, maar op het juiste moment een streep trekken. Als een organisatie nog niet zover is, legt dat druk omdat men niet weet waar men aan toe is. Dat moet wat tijd hebben om te groeien.”

‘We moeten ondernemerschap en autonomie van de 2e lijn waarderen!’

Robert Otto

Mensen en de kwaliteit van mensen maken het verschil

Binnen Achmea kennen we de discussie rondom het *Three Lines of Defence*-model al wat langer. In mijn artikel Van Macht naar Kracht (2013) betoogde ik al dat cultuur en gedrag de plaats hebben ingenomen van het sec volgen van de regels: ‘voordoen, meedoen en zelf doen’ zorgt voor gedragenheid en eigenaarschap, daar waar het verplicht moeten volgen van regels enkel een extrinsieke motivatie is. Wel binnen het *Three Lines of Defence*-model, waarbij de eerste lijn bestaat uit het lijnmanagement, de tweede lijn onder andere uit de afdelingen Riskmanagement, Compliance en Integrity en de derde lijn uit Internal Audit. In het voorbije jaar is ondanks alle commotie niet gedacht over het afschaffen van het model, maar is juist nog meer geïnvesteerd in samenwerking tussen de drie lijnen. Nog beter samenwerken binnen het model zagen we als de beste weg naar verbetering: alle lijnen in hun kracht zetten. De lijst met merkbare veranderingen als gevolg van die intensievere

samenwerking werd langer en langer. Begrijpelijke businesstaal en gewoonten nemen steeds vaker de plaats in van jargon. Zaken worden niet langer als ‘man made liability risk’ benoemd, maar Compliance en Risk Management helpen om risico’s op te lossen, te signaleren en proactief te handelen. In plaats van vingerwijzen is er aandacht voor transparantie en een open blik naar binnen en buiten. Duidelijke verantwoordelijkheden, maar blijven samenwerken aan haalbare doelstellingen: hard op de bal en zacht op de relatie. Geen ‘ivoren toren’, maar decentraal wat kan, centraal wat moet. Door uit te gaan van het adagium ‘in de business gebeurt het’ ontstaat meer en meer integraal risicomangement dat uitgaat van het principe dat risico’s in de eerste lijn ontstaan en daar ook moeten worden beheerst, met behulp van de deskundigen uit de tweede lijn.

‘... Audit is niet meer de politieagent maar een gesprekspartner met een duidelijke rol!’

Dennis Boersen

Dennis Boersen is manager bij de Interne Accountantsdienst van Achmea en representant van de derde lijn. Hij heeft de wereld zien veranderen, vooral door het op een open manier omgaan met elkaar. “Als derde lijn hebben we de ruimte gepakt om veel concreter te zijn in onze aanbevelingen in plaats van het benoemen van zogenaamde ‘container issues’. De eerste lijn snapt daardoor beter wat er bedoeld wordt met issues en aanbevelingen. We zijn erop gericht om elkaar te helpen, er is veel meer acceptatie, wil om te leren en het besef dat Audit een ‘tool of management’ is. De derde lijn is meer betrokken aan de voorkant en het sec verlenen van *assurance* is aangevuld met advies, vertrouwen en samenwerking. Dat moet ook wel, want de financiële wereld is zo complex geworden dat we veel moeten investeren in kennis en samenwerking tussen audit en de business om kennis op niveau te houden en ons speelveld te blijven snappen.”

‘Het three Lines of Defence- model is hygiëne, de mensen maken het verschil. Geen excuses meer en tijdige escalatie binnen het model!’

Robert van de Graaf

Is het dan zo, dat als we maar samenwerken alles goed gaat?

Robert van de Graaf is als directeur Finance & Risk bij de divisie Schade & Inkomen verantwoordelijk voor Risk en Compliance binnen zijn divisie en is er als

vertegenwoordiger van de eerste lijn nog niet helemaal van overtuigd dat samenwerken alles oplost. Hij ziet nog verbeterpotentieel op het terrein van 'forward looking'. Weten wat er speelt in de wereld en daar proactief op inspelen. 'Toezichthouders, maatschappelijke en wereldse ontwikkelingen, wet- en regelgeving; het zijn allemaal factoren die van invloed zijn op onze bedrijfsvoering. Als het KNMI een rapport uitbrengt over de klimaatveranderingen op lange termijn dan verwacht ik dat we daarmee actief aan het werk gaan en anticiperen op dat rapport. Als tweede lijn moet je die signaalfunctie hebben en de eerste lijn meenemen en adviseren. De adviezen die je geeft, als tweede lijn, mogen best dwingend zijn.'

'Elk bedrijf zou zichzelf een kritische tweede lijn moeten gunnen. Maar pak die rol wel op een constructieve manier, want zeurpieten worden niet gewaardeerd'

Marco Vet

Marco Vet, Groepsdirecteur Risk, deelt deze mening. 'Een model is nodig om verantwoordelijkheden te definiëren. Zonder zo'n model wordt het een rommel-tje, en dan vind ik dat het *Three Lines of Defence*-model goed werkbaar is. Maar een model moet je ook zien in relatie tot een aantal andere zaken die minstens even belangrijk zijn. Aanvullende controles, volwassenheid van de organisatie en een open cultuur waarin verantwoordelijkheden over en weer geaccepteerd worden. Een eerste lijn moet het niet erg vinden dat de *inconvenient truth* gezegd wordt. Risicodenken moet intrinsiek zijn en dat is het nog niet overal het geval, terwijl verzekeraars juist leven van risico's. De tweede lijn vult een groot deel van dit risicodenken in. Maar er kan nog veel gewonnen worden door nog meer proactief te acteren en richting de eerste lijn ook af en toe de tanden te laten zien en de rug recht te houden. Elkaar aanspreken op zaken helpt.' Relativerend: 'Tegen misbruik is geen model bestand. Met de juiste *controls* kun je veel voorkomen, maar niet alles, dat kan pas als iedereen zijn verantwoordelijkheden neemt.'

Niet failliet, maar.....

Het *Three Lines of Defence*-model is nog lang niet failliet, maar op zichzelf niet zaligmakend. Het zijn vooral de mensen binnen het model die het verschil maken. Maar wat maakt nu dat de mensen het verschil kunnen maken? Maken we een vergelijking met de luchtvaart dan is de rol van de eerste lijn te vergelijken met die van piloot. Die checkt elke keer weer voor het opstijgen een vaste lijst controlepunten. Niettemin is het goed dat er een tweede en derde lijn zijn die zorgen voor extra zekerheid: de navigator, het grondpersoneel en de luchtverkeersleiding. Ze snappen dat ze een gezamenlijk doel dienen, de

veiligheid in het luchtruim en ze doen dat ook echt samen, vanuit een intrinsieke risicobeleving. Dat werkt bij verzekeraars ook zo. Verzekeraars hebben geen lager risicobewustzijn dan partijen die actief zijn in de luchtvaart. Het risicobewustzijn is wel minder zichtbaar, omdat veel zich binnen de haarvaten van het bedrijf afspeelt. De risico- en compliancefunctie in de financiële sector hebben zich de laatste jaren sterk ontwikkeld. We snappen hoe belangrijk deze functies zijn en zien ook nog volop kansen om te verbeteren. Kijken we naar Achmea dan is een ander belangrijk punt dat alle *Lines of Defence* binnen Achmea het *Three Lines of Defence*-model omarmen, met al de sterke en minder sterke punten. We blijven investeren in de relaties binnen die lijnen. De lijnen accepteren en waarderen elkaars mening en rol in het model. Die investeringen liggen vooral in samenwerking in de keten. Met goede mensen die gewend zijn samen te werken, beschikken over voldoende vak kennis en op tijd hun verantwoordelijkheid nemen. Governance is mensenwerk!

'Three Lines of Ownership!'

Henk Timmer

Niet onbelangrijk is de mening van Henk Timmer, Chief Risk Officer (CRO) van Achmea: 'Ik zie op dit moment veel positieve beweging in de wijze waarop we binnen Achmea het *Three Lines of Defence*-model vanuit de verschillende disciplines beleven en toepassen. Het draagt bij aan het voeren van de goede discussie daarover. Een structuur zonder dogmatisch te zijn, waar het kan pragmatisch. Vooral gericht op het versterken van de business en de bedrijfsvoering, want daar gaat het allemaal om. Het *Three Lines of Defence*-model is een middel en geen doel op zich, dat moeten wij altijd voor ogen houden. In dat denken en doen past altijd relativering en aanscherping van het model, waarbij overigens het fundament eronder overeind blijft. De verschillende reacties in dit artikel geven in ieder geval aan dat het gedachtegoed erachter voldoende leeft: er is eigenaarschap. Een ieder pakt vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid zijn rol. *Three Lines of Ownership* zou je dat kunnen noemen. Dat is noodzakelijk om de structuur te laten werken en de getoonde intervisie is van harte welkom. Deze alertheid is een grondhouding die vooral bedoeld is om steeds beter te worden. Deze verbetercultuur is wat mij betreft essentieel in de wereld van Governance, Risk, Compliance en Audit.' ■

Dit artikel is opgesteld naar aanleiding van een aantal interviews door Wim Pauw (interviewer, auteur), Sander Smits (Divisie Compliance Officer bij Achmea, interviewer) en Reinier Groenendijk (interviewer, tekst & redactie).

Geïnterviewde personen:

[1e lijn] Robert Otto, divisievoorzitter Divisie Schade & Inkomen Achmea;
Robert van de Graaf, directeur Finance & Risk Divisie Schade & Inkomen Achmea
[2e lijn] Marco Vet, groepsdirecteur Risk Achmea
[3e lijn] Dennis Boersen, Auditmanager Internal Audit
[RvB Achmea] Henk Timmer, CRO

De nieuwe ISO-compliance-richtlijn: een geïntegreerde benadering van compliance stevig verankerd in de nieuwste ISO-managementsystematiek¹

mr. C.J.L. De Wannemaeker EMoC*

Trefwoorden: ISO-compliancerichtlijn, ISO-managementsystematiek, risicobeheersing

Inleiding

In dit artikel komen aan bod: een korte toelichting op de ISO 19600 Compliance Management Systems richtlijn, samenhang met de ISO werkwijze en samenhang met risicobeheersing. Het artikel besteedt aandacht aan valkuilen bij risicobeheersing en richt de focus op de ISO 31000 Risk Management richtlijn. Hieruit blijkt de holistische aanpak van de ISO-compliancerichtlijn binnen de bestaande ISO-managementsystematiek en meer in het bijzonder door de verbinding met de ISO-risicomanagementrichtlijn.

¹ Dit stuk bevat exclusieve stukken uit de scriptie van de auteur met letterlijke passages uit de scriptie en verwijzingen naar bronmateriaal.

Scriptietitel: Welke academische raamwerken verklaren en onderbouwen de nieuwe ISO 19600 compliance richtlijn en vertaal dit naar de praktijk door de creatie van een scan met effectieve meting naar gelang de grootte en complexiteit van de organisatie?

De afbeeldingen zijn voor publicatie goedgekeurd door de NEN en maken deel uit van de NEN KAM Nieuwsbrief 2013/ 4.

* Carl De Wannemaeker heeft zich bij BP gespecialiseerd in verandermanagement en risicobeheersing en in die hoedanigheid een compliancemanagementsysteem in meerdere bedrijven van BP ingevoerd. Dit jaar rondde hij de Executive Master Compliance & Integriteit Management af aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Voorbeelden: Office of Foreign Assets Control (OFAC), Bureau of Industry & Security (BIS), Directorate of Defense Trade Control (DDTC) Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), United Kingdom Bribery Act (UKBA).

ISO-compliancerichtlijn: Inhoudelijke toelichting

De Internationale Organisatie voor Standaardisatie (ISO) is een organisatie die normen vaststelt. Het is een samenwerkingsverband tussen zeer veel nationale standaardorganisaties. De ISO-organisatie ontwikkelt en publiceert normen, zoals de ISO 9001 kwaliteitsmanagementnorm en de ISO 31000 richtlijn voor risicobeheersing.

Door de toename van de extraterritoriale werking van wet- en regelgeving werd het van steeds groter belang om een internationale standaard te ontwikkelen voor compliance management. De extraterritoriale werking betekent dat bepaalde wetten een internationale, grensoverschrijdende rechtsmacht hebben. Een belangrijk voorbeeld zijn de Amerikaanse en Engelse wetten over anti-terrorisme en anti-corruptie.² In de praktijk leidt deze wetgeving ertoe dat veel bedrijven moeten werken aan (het verbeteren van) compliance management; van onbewust onbekwaam naar bewust bekwaam. De ISO-organisatie heeft deze uitdaging opgepakt door het ontwikkelen van een mondiale standaard voor compliance management.

De ISO-werkgroep 'ISO/PC 271' heeft een richtlijn ontwikkeld over compliance management. Het initiatief daartoe werd genomen door Australië die de zelf ontwikkelde compliancestandaard als

basis heeft voorgesteld voor de internationale ISO-richtlijn. De werkgroep telt 13 landen.³ Momenteel zit deze werkgroep in de fase van afronding met het oog op publicatie einde 2014. Het onderstaande tekstkader geeft de voorgestelde elementen van het Compliance Management Systeem (CMS) weer:⁴

Elementen van het Compliance Management Systeem (CMS)

Context of the organization; Context van de organisatie:

- Verrichten van een omgevingsanalyse (context, issues, belanghebbenden, eisen, wensen en verwachtingen).
- Identificatie van compliance obligations.
- Beoordeling van de compliance risico's.

Leadership; Leiderschap:

- Beleid, commitment, voorbeeldgedrag.
- Rollen, verantwoordelijkheden en bevoegdheden inzake compliance voor bestuur, top- en lijnmanagement, medewerkers en onafhankelijke compliance officer.

Planning; planning:

- Plannen van maatregelen om compliancerisico's te beheersen.
- Vaststellen van compliandoelestellingen.

Support; ondersteuning:

- Bewustzijn, competentie en training in compliance.
- Gedrag en cultuur.
- Communicatie en documentatie.

Operation; operationele taken:

- Implementatiemaatregelen voor compliance (technisch, procedureel, sturing op gedrag)

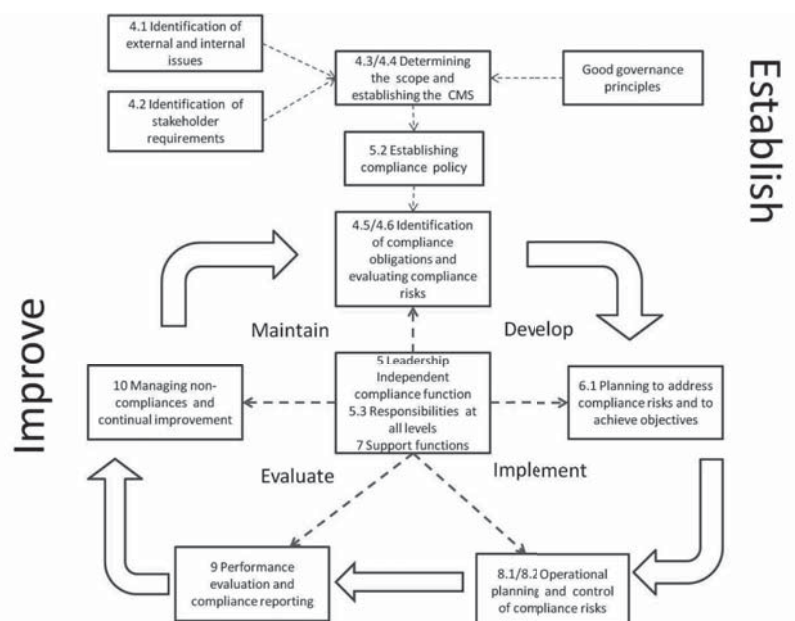
Performance evaluation; prestatiebeoordeling:

- Monitoren van naleving met toepassing van indicatoren.
- Analyse van informatie en rapportages van resultaten (intern en extern).

Improvement; verbetering:

- Corrigerende maatregelen en verbeteracties.
- Actie op niet-naleving van eisen en escalatie waar nodig naar hogere managementniveaus".

In een dynamisch perspectief wordt het als volgt weergegeven:



Figuur: Compliance management volgens ISO 19600 en de HLS 6

³ Argentina, Australia, Austria, Canada, China, Denmark, France, Germany, Malaysia, Netherlands, Singapore, Spain and Switzerland.

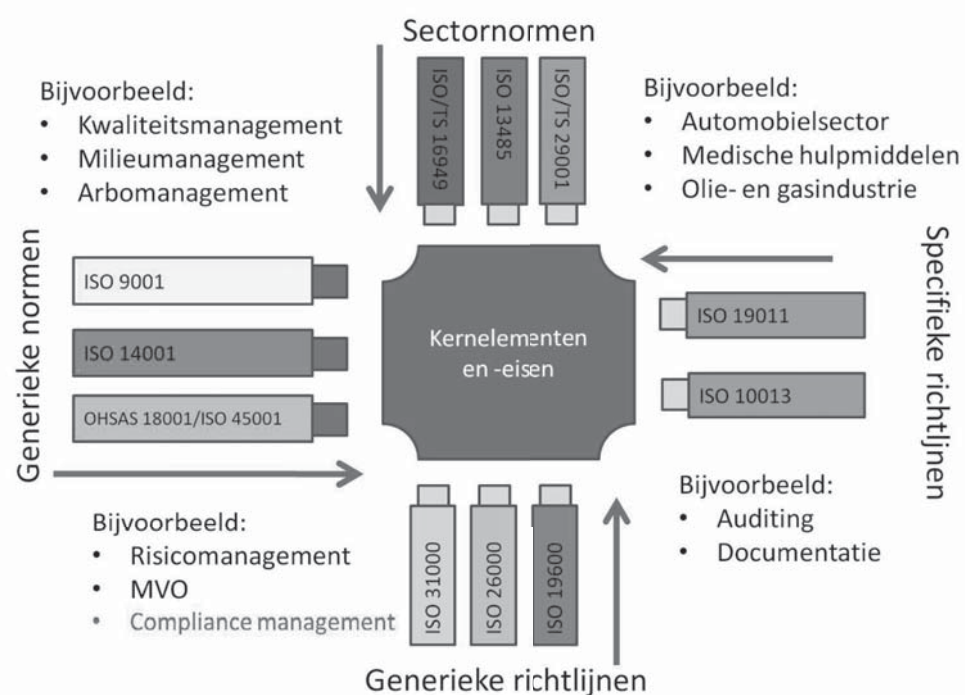
⁴ Dick Hortensius, 'De betekenis van een ISO norm voor compliance management', KAM Nieuwsbrief 4- 2013, p. 8.

ISO-Compliancerichtlijn; samenhang met de bredere ISO-context.

De ISO-richtlijn wordt opgesteld volgens de nieuwe (februari 2012) High Level Structure (HLS) voor managementsysteemnormen met 10 verplichte vormelementen per richtlijn.⁶ Deze structuur van vormelementen heeft als voordeel dat een consistente basis voor alle ISO-normeringen ontstaat. De vormelementen bevatten een aantal standaard componenten analoog aan de plan-do-act cyclus.⁷ Maar de ISO HLS bevat ook elementen zoals: de context van de organisatie, het leiderschap, het gedrag en de cultuur als ook het verbetermanagement. De HLS-aanpak bewerkstelligt de aansluiting (*plug in model*) bij bestaande managementsystemen van de organisatie.

De ISO-organisatie ontwikkelt zowel normen als richtlijnen, met een belangrijk verschil in normatief karakter. Een richtlijn wordt geformuleerd als advies over de materie. De norm gaat een stap verder; er is een aantal formele elementen waaraan men moet voldoen om een ISO-certificaat voor de betreffende norm te behalen. De ISO-richtlijn wordt uitgevaardigd in de vorm van een richtlijn en niet als norm; de werkgroep heeft deze werkwijze voorgesteld omdat er voldoende certificeerbare managementsysteemnormen zijn. Concreet zijn deze specifieke normen aanwezig in ISO 14001 (milieumanagement) en OHSAS 18001 (Arbo management).⁸

Een ander voordeel van de richtlijnbenadering richt zich op de kleine en middelgrote bedrijven. Deze groep krijgt aldus een betere kans een adequaat en robuust compliance-managementsysteem op te zetten terwijl ze niet beschikken over de middelen van een groot bedrijf.⁹



Hierboven het *Plug in model*:¹⁰

Door HLS worden 5 pijlers voor een goed managementsysteem geformuleerd:

- leiderschap;
- risicomanagement;
- compliance management;
- verbetermanagement;
- borging en aantoonbaarheid.

Deze pijlers worden uitgewerkt in de **10 titels**/componenten; deze vormen een identieke structuur en titeltekst van elk ISO-managementsysteem.

⁵ Dick Hortensius, *supra*, note 2, p. 9.

⁶ Dick Hortensius, 'De betekenis van de HLS', *KAM Nieuwsbrief* 1 - 2012, p.15.

⁷ C.N. Johnson, 'The benefits of PDCA', *Quality Progress*, 05 - 2002.

⁸ T.H. Jorgenson, 'Integrated Management Systems', *Journal of Cleaner Production*, vol. 14(8) 2006, p.713-722.

⁹ Sylvie Bleker & Dick Hortensius, 'ISO 19600 The development of a global standard on compliance management', *Business Compliance*, 02 - 2014, p. 3-5

¹⁰ Dick Hortensius, *supra*, note 2, p. 6.

Compliancebeheersing: samenhang met risicobeheersing

Contextanalyse in ISO-perspectief bevat twee dimensies: risicobeheersing en compliancemanagement. De contextanalyse uit de HLS-compliancestructuur zorgt enerzijds voor verbinding met *risicomanagement*; door het onderzoek van vraagstukken-issues om kansen en bedreigingen aan te pakken. En vanuit de contextanalyse richt de organisatie zich anderzijds op stakeholders om hun eisen en verwachtingen door *compliancemanagement* te beheersen.

De organisatie identificeert en evalueert de compliancerisico's. De identificatie van de compliancerisico's ontstaat het door vaststellen van de compliancevereisten in relatie tot de activiteiten, producten en diensten. Het onderzoek leidt tot situaties waar een noncompliance zich kan voordoen. De organisatie identificeert de oorzaken en gevolgen van de noncompliance.¹¹

De organisatie verricht een analyse van compliancerisico's: een onderzoek van de oorzaken en bronnen van noncompliance. Het onderzoek richt zich verder ook op twee bekende risicodimensies: impact en waarschijnlijkheid.

De risico-evaluatie vindt plaats door toetsing van het vastgestelde compliancerisico met de 'risk appetite'; dat betekent de hoeveelheid risico die de organisatie kan en wil accepteren.¹² De *risk appetite* vormt de basis voor het stellen van prioriteiten bij het bepalen en uitvoeren van beheersingsmaatregelen. Dat betekent niet dat er uitsluiting kan zijn van compliancerisico's: ieder compliancerisico zal worden beheerst.

Risicobeheersing is geen eenmalig, statisch gegeven; het is per definitie dynamisch. Het ontwikkelt zich tot een continu proces bij iedere relevante verandering die de bedrijfsvoering raakt of kan raken. In het kader van goed verandermanagement worden compliance risico's continu bewaakt. Dat kan plaatsvinden bij wijziging in structuur of strategie van de organisatie en bij wijzigingen van externe factoren zoals regelgeving. Maar ook wijzigingen in de markt kunnen invloed hebben op risicobeheersing en onderstrepen het dynamisch karakter van dit proces.

Valkuilen bij risicobeheersing

Compliancerisico's verkeerd inschatten en beheersen kan grote gevolgen hebben voor de bedrijfsvoering, fouten maken kan tot grote reputatieschade leiden en vormen een belangrijke bedreiging voor bedrijven in de huidige informatiemaatschappij.

Zoals eerder gesteld; het belang van reputatie als zogenaamd secundair risico mag niet worden onderschat; het niet betalen van verkeersboetes van management kan een enorm reputatierisico veroorzaken.¹³ In een recent onderzoek bij 300 grote bedrijven wereldwijd komt reputatierisico als nummer één. In 2010 werd reputatie slechts op de derde rang geplaatst door de top in het bedrijfsleven.¹⁴

Uit de praktijk blijkt dat organisaties er niet in slagen alle risico's te beheersen. Kaplan geeft praktijkvoorbeelden zoals een explosie op een boorplatform of het voorspellen van een financiële crisis. Heeft dat te maken met het onvermogen van de organisatie of met de soms te beperkte kijk op risicobeheersing?

Kaplan heeft dit onderzocht en ontwerpt een scherpere risicotypologie en nieuw risico raamwerk met specifieke oplossingen per type risico. 'Vermijdbare risico's': risico's die van binnen uit een organisatie komen en die te voorkomen zijn.¹⁵ Deze kunnen beheerst worden door een 'rule-based' aanpak: regulering, gedragscodes en protocollen via standaard compliance raamwerken. 'Strategische en externe risico's' vereisen andere processen die werknemers stimuleren tot open discussie.¹⁶ Dit model geeft aan dat een enge, rule-based benadering van risicobeheersing kan falen, een bredere benadering met contextanalyse werkt wel.

Strategisch risico:¹⁷ een bedrijf kan gecalculeerde risico's nemen om grotere winsten te behalen, bijvoorbeeld het kredietrisico dat een bank zal lopen bij het verstrekken

¹¹ ISO org., ISO/ DIS 19600, 2013(E), Compliance management systems – Guidelines, 2013, p. 8.

¹² International standard ISO guide 73:2009 'amount and type of risk that an organisation is prepared to seek, accept or tolerate'.

¹³ Michael Power, *The Risk Management of everything*, DEMOS, 2004.

¹⁴ Deloitte & Forbes Insights, 'Exploring Strategic Risk', *Survey* 2014, p. 9.

¹⁵ Robert S. Kaplan & Anette Mikes, 'Managing Risks; a new framework', *Harvard Business Review* June 2012, p. 4.

¹⁶ Robert S. Kaplan & Anette Mikes, *supra*, note 13, p. 4.

¹⁷ Robert S. Kaplan & Anette Mikes, *supra*, note 13, p. 5.

van een lening of het boren naar olie op moeilijke plekken. Dit zijn dus risico's die een bedrijf bewust opzoekt, de strategische beslissing moet veilig verankerd worden in de operationele processen. Risicobeheersing moet zich in dat geval richten op maatregelen die de waarschijnlijkheid reduceren dat een risico zal plaatsvinden. Anderzijds moet het bedrijf de capaciteit verbeteren om het risico te beheersen als het zich voordoet. Op deze wijze kan het bedrijf excelleren ten opzichte van de concurrentie in het aangaan van activiteiten met een hoger risico/ potentiële opbrengst.

Extern risico:¹⁸ Het bedrijf heeft hier geen directe controle op; een natuurramp, een geopolitieke wijziging, een technologische vernieuwing met impact op het marktsegment. De doelstelling van risicomanagement is dan een cultuur te bewerkstelligen waar deze risico's openlijk besproken kunnen worden. In de praktijk uit zich dat in technieken die vooruit kijken zoals war gaming en scenarioplanning. Dit sluit aan bij een aantal principes zoals bekend uit business continuïteit planning. De maturiteit van het risicomanagement van een bedrijf blijkt uit de volgende samenvatting door Kaplan. 'Hoe hard werkt het bedrijf aan risicobeheersing als de zon schijnt om klaar te zijn als de storm komt?'¹⁹

Eens te meer blijkt dat men in de praktijk niet blind kan varen op een model dat enkel gericht is op interne bedreigingen. Risicobeheersing moet flexibel functioneren met een blik op strategische en externe risico's met aangepaste beheersingsmaatregelen.

Focus op de ISO 31000 Risk Management-richtlijn

De ISO-riskmanagementbenadering vormt een fundament voor de ISO-compliancerichtlijn. Op deze wijze wordt de coherentie bevorderd in de beheersing van risico's in de bedrijfsvoering. In functie van de middelen en de doelstelling van de organisatie worden relevante risico's bepaald door het bestuur uit het geheel van vastgestelde risico's. De bedrijfsvoering vertrekt vanuit de relevante risico's; dat is een fundament in de nieuwe *High Level Structure* voor management systeemnormen. Door risicobeheersing volledig te integreren in de bedrijfsvoering zal de organisatie haar doelstellingen bereiken. De HLS laat zich hierbij inspireren door het werk verricht in ISO 31000 over risicomanagement. Er wordt geen formele verwijzing gemaakt in HLS naar risicomanagement maar alle elementen zijn wel aanwezig.²⁰ Identificatie, analyse en evaluatie van risico's zijn belangrijke elementen in het risicomanagementproces van ISO 31000.

In het vervolg van dit artikel wordt de ISO 3100-norm verbonden met compliance. Dit resulteert in een schematische voorstelling van HLS-paragrafen in het compliancemanagementproces volgens ISO 31000.²¹ De ISO 31000 norm onderscheidt drie onderdelen: principes voor risicomanagement, raamwerk voor risicomanagement en risicomanagementproces. De norm kijkt vooral naar rapporteren en verantwoorden.

Bij de *risicomanagementprincipes* horen de volgende aspecten:²²

Risicomanagement creëert en beschermt waarde en richt zich op onzekerheden die dat beïnvloeden. Risicobeheersing wordt uitgeoefend vanuit interne en externe context in relatie tot het gewenste risicoprofiel. Risicomanagement is dan ook een integraal deel van alle organisationele processen en besluitvorming. Dit vindt plaats door tijdige systematische, gestructureerde aanpak op basis van de best beschikbare informatie. Menselijke en culturele factoren worden betrachtd in een transparante en inclusieve aanpak. Risicobeheersing wordt vormgegeven in een regelmatig proces maar is voldoende flexibel om bij ook wijzigende omstandigheden te ageren. Verbetering van de organisatie en diens processen is continu onder de aandacht.

Het *risicomanagementraamwerk* kan als volgt worden samengevat:²³

1. Mandaat en draagvlak.
2. Raamwerk voor het managen van risico's.
Begrip van de organisatie en haar omgeving (intern en extern), Het vaststellen van risicomanagementbeleid, Integratie van risicomanagementbeleid in het organisatieproces, vaststellen en effectueren van verantwoording, toewijzen

¹⁸ Robert S. Kaplan & Anette Mikes, *supra*, note 13, p. 12.

¹⁹ Robert S. Kaplan & Anette Mikes, *supra*, note 13, p. 12.

²⁰ Rene Gouwens & Dick Hortensius, 'De nieuwe ISO-normen evolutie of revolutie?', *NEN Whitepaper* oktober 2013, p.3

²¹ ISO organisation, Risk management – Principles and guidelines, ISO standard 31000:2009.

²² Erik van Marle et al., 'ISO 31000 stimuleert integral risicomanagement', *TPC Public Control* februari 2009, p. 14-19.

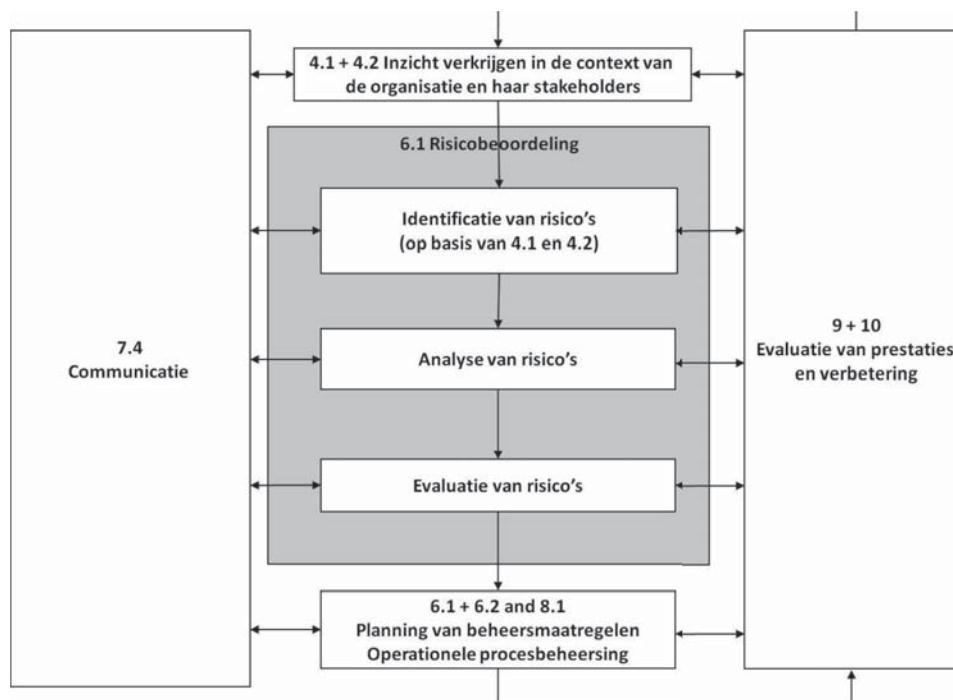
²³ Erik van Marle et al., *supra*, note 20, p 14-19.

van hulpbronnen, vaststellen van interne en externe communicatie en rapportagemechanismen.

3. Implementatie van risicomanagement.
Vaststellen plan voor implementatie, toepassen van het raamwerk, toepassen van het proces.
4. Monitoren en analyseren van het raamwerk.
5. Continu herzien van het raamwerk.

Het *Risicomanagementproces*

Dit sluit als volgt aan op de *High Level Structuur*:



Figuur: HLS-paragrafen in het compliancemanagementproces volgens ISO 31000²⁴

Vooraleer dit deel van risicobeheersing af te sluiten volgt een kritische kanttekening op de risicobeheersing door organisaties. Soms is het zo dat organisaties doorschieten in *rule-based* risicomanagement en blijkt dat in de praktijk niet altijd afdoend te werken. Soms schiet traditioneel rule based risk management tekort. Zoals eerder toegelicht geeft Kaplan geeft enkele leidraden om niet te verstarren binnen *rule-based* risicomanagement en stelt een breder framework voor door een nieuwe typologie van risico en de geschikte aanpak.²⁵

Conclusies: Belang van de ISO-compliancerichtlijn

Een eerste, algemene conclusie richt zich op het belang van de *holistische aanpak* van de nieuwe ISO 19600-richtlijn. Goed compliancemanagement, goed ondernemerschap werkt niet vanuit een uniek model, immers, een perfect model bestaat niet. Het is van belang alle invalshoeken te gebruiken die relevant zijn binnen de waardeketen van de organisatie of het bedrijf. Een combinatie van adviezen over formele aspecten zoals proces en procedures moet worden aangevuld met concrete adviezen die een rol spelen in gedrag en cultuur. Op deze wijze groeit een organisatie van het traditionele compliance programma naar een cultuur van compliance. De ISO 19600-richtlijn beantwoordt aan die behoefte en vormt een belangrijke stap in de groei naar een cultuur van compliance.

De tweede conclusie kijkt naar het belang van *meer samenhang binnen ISO -normeringsperspectief* in de aanpak van risico- en compliancebeheersing. Het is van belang risico- en compliancebeheersing op een coherente wijze aan te pakken om silovorming te vermijden. Niet alleen in de inzet van adviezen gericht op procedures en gedrag en cultuur maar ook de onderlinge integratie van normeringen. Ook binnen de ISO-normeringen treffen we kansen voor integratie aan, verschillende normen vullen elkaar aan. Voor risicomanagement bestaat ISO 31000, voor corporate governance is de ISO HLS-structuur van belang, zoals eerder

²⁴ Dick Hortensius, *supra*, note 2, p. 7.

²⁵ Robert S. Kaplan & Anette Mikes, *supra*, note 13, p. 4.

toegelicht. De ISO 19600 compliancerichtlijn vormt een belangrijk sluitstuk in de ISO-normering om in een geïntegreerd perspectief ISO-normering in te zetten tot beter compliancemanagement en goed ondernemerschap.

Een derde, meer algemene conclusie richt zich op het belang van een speelveld met duidelijke en gelijke regels. De ISO-compliancerichtlijn die eraan komt, vormt een nieuwe kans om compliancemanagement te verbeteren voor bedrijven en organisaties vanuit microperspectief; voor de individuele organisatie of het bedrijf. Het bedrijf kan zelf verbeteren maar ook zijn business partners doorlichten op het voldoen aan deze richtlijn als vorm van goed ondernemerschap. Op macrovlak ontstaat een *'level playing field'* waarbij het duidelijk is voor iedereen welke eisen gesteld worden aan goed compliance management. De ISO-compliancerichtlijn geeft de toezichthouder een minimum raamwerk om alle organisaties aan te spreken ongeacht het formaat. Dit *level playing field* bewaakt de goede reputatie van de organisatie en de branche. De ISO-compliancerichtlijn ondersteunt deze inspanningen met concrete adviezen.

Aldus biedt de ISO-compliancerichtlijn grote kansen voor de praktijk van compliancebeheersing in organisaties en bedrijven. De holistische aanpak in middelen en de integratie binnen ISO-normering bieden een duidelijker referentiekader, speelveld om compliance beheersing op een hoger vlak te tillen richting compliancecultuur. ■

Kritisch over ... Kersten

Compliance at Banks, Company Law and Financial Markets Law Observations on Whether the Law Sheds Adequate Light on Ownership – Compliance bij banken, ondernemings- en financieel (toezicht)rechtelijke kanttekeningen t.a.v. de vraag of het recht voldoende duidelijk maakt waar de eigendom berust, Academisch proefschrift, Erasmus Universiteit Rotterdam 2014 (ISBN 978-90-56-77140-9, 346 p. incl. registers)¹

prof. em. mr. A. Brack*

Eerst even een korte academische inleiding. Voordat we enkele jaren geleden zijn overgestapt naar de nieuwe graden *bachelor* en *master* hadden we een overzichtelijk systeem. Afgezien van de specialistische titulatuur van ingenieur (ir.) en meester in de rechten (mr.), legden universitaire studenten eerst een propedeutisch examen af – nog verder in het verleden gevolgd door een kandidaatsexamen – om de studie vervolgens voorlopig af te ronden met een doctoraal examen. Voorlopig, omdat met dat examen de studie niet definitief werd voltooid; de titel doctorandus (drs) duidde daar ook op. Aan iemand die trots vertelde dat hij zijn doctoraal had gehaald, kon je langs je neus weg vragen: en wanneer studeert meneer af? Wie zijn doctoraal examen haalt, is toegelaten tot de promotie. Iemand die gepromoveerd is, is gestegen van doctorandus naar doctor (dr.); hij of zij heeft het doctoraat behaald. Dit is de hoogste academische graad, die wordt behaald door een proefschrift te schrijven en in het openbaar te verdedigen. Tussen deze twee fasen in ligt de toets van academische kwaliteit. De promovendus c.q. promovenda neemt de beslissing om over te gaan tot de openbare verdediging niet zelf. Daar is de toestemming voor nodig van de promotiecommissie, op voorstel van de promotor. Zo'n vijftig jaar geleden was een academische promotie een betrekkelijk weinig voorkomende plechtigheid. Wetenschappelijk medewerkers maakten carrière aan de universiteit door goed onderwijs te geven en sommigen sloten hun loopbaan af met een proefschrift, veelal een lijvig boekwerk. Tegenwoordig worden er veel meer proefschriften verdedigd; ze zijn vaak aanzienlijk minder omvangrijk en worden bijna altijd geschreven door jonge mensen, die aan het begin staan van een academische loopbaan. Het is daarom heel bijzonder dat we hier een proefschrift hebben van iemand die niet een academische, maar een bancaire carrière achter de rug heeft en in het voorjaar van 2014 aan de Erasmus Universiteit op latere leeftijd gepromoveerd is; de 'jonge doctor' was op het moment van promoveren bijna 55 jaren oud.

Het boek heeft een wat onhandige titel, die bovendien niet duidelijk maakt op welk object de genoemde eigendom betrekking heeft. De verwarring wordt veroorzaakt doordat, hoewel omgeven door juridische termen, 'eigendom' in deze context nu juist geen juridische betekenis heeft, maar hedendaags spraakgebruik is voor ergens verantwoordelijk voor zijn. Pas in voetnoot 8 op p. 11 verontschuldigt de schrijver zich min of meer voor het overnemen van dit merkwaardige spraakgebruik in een academisch verhoor. Hij heeft geen intentie te

refereren aan het juridische begrip eigendom. Blijft de vraag waarom dan toch dit woord gebruiken in de titel en in de tekst van het boek. Die vraag blijft onbeantwoord.

Pakweg de laatste tien jaar van zijn carrière is de auteur *compliance officer* bij ABN AMRO geweest en de in die periode opgedane ervaringen zijn aanleiding geweest voor zijn promotieonderzoek, zo lezen wij (op p. 327). Hij heeft ervaren dat het in de praktijk lastig wordt gevonden de omvangrijke regelgeving te vertalen naar de bedrijfsvoering van de bank. En compliance is niet vanzelfsprekend een taak van de raad van bestuur, althans het recht bevat onvoldoende houvast voor het antwoord op de vraag naar het 'ownership van compliance'. Wie met

¹ Met dank aan het lid van de redactie van dit tijdschrift, Wim Lieve, voor zijn suggesties ter verbetering van een concept-versie van deze bespreking.

* Antoni Brack is emeritus hoogleraar Bedrijfsrecht, Universiteit Twente en consultant juridische bedrijfsvoering bij Twente Quality Centre (ABC Antoni Brack Consulting). Hij is raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

zevenmijlslaarzen door het boek stieft, zou het schouderophalend weer neer kunnen leggen. Schrijver is blijkbaar van oordeel dat er een wettelijke bepaling moet zijn, die voorschrijft dat compliance een taak van het bestuur is, of eigentijdser, dat het bestuur de eigenaar van compliance is. Dus gaat hij op zoek naar die bepaling en, omdat hij die niet vindt, ligt de conclusie voor de hand. De primaire onderzoeksvraag (p. 12) lijkt dan ook sprekend op de conclusie en aanbeveling (p. 303 en 342), alleen het vraagteken is veranderd in een uitroepteken. Lees (op p. 118) hoe hoofdstuk 4 begint: 'Although my primary interest lies in promoting that, as a matter of law, compliance is a directors' duty, (...)'. Het proefschrift is een pleidooi geworden.

De enige kanttekening die je hierbij kunt plaatsen is dat het bevreemding wekt dat die eindverantwoordelijkheid voor compliance vastgelegd zou moeten zijn in de Corporate Governance Code. Het gaat toch om compliance bij banken, dus waarom dan niet de Code Banken? Compliance zal wel vastgelegd moeten worden in een governancecode omdat de auteur van mening is dat compliance tot de *corporate governance* behoort. Maar waarom niet gewoon in de wet, bijvoorbeeld bij de bestuurstaken in rechtspersonen? Daar is te meer reden voor omdat de auteur van mening is dat governancecodes niet al te snel voor recht moeten worden aangezien (p. 343).

Maar wie het boek zo afdoet, doet het tekort. Omdat het een brede juridische verkenning is van de positie van de compliancefunctie in een maatschappelijke context. Ga maar na. In ongeveer 350 pagina's vinden we, naast een literatuur- en rechtspraakoverzicht, een Nederlandse samenvatting en een kort curriculum vitae van de auteur, in totaal negen hoofdstukken. Hoofdstuk 1 is natuurlijk de inleiding, waarin de aanleiding voor het proefschrift uit de doeken wordt gedaan. Hoofdstuk 2 geeft een overzicht van het driedelige juridische kader van compliance bij banken: (1) de Wet financieel toezicht (Wft), (2) het toepasselijke privaatrecht (rechtspersonen- en verbintenissenrecht), en (3) de door de bank zelf opgestelde eigen gedragsregels. In dit kader worden relevante kwesties aangesneden, zoals de min of meer onafhankelijke positie van de compliancefunctie in de interne organisatie van de bank. Betekent dit dat het een staffunctie moet zijn? Maar de lijn moet toch aanspreekbaar zijn op de kwaliteit van het juridische management? Professionele bedrijfsvoering houdt immers ook in dat juridische risico's zoveel mogelijk worden vermeden of beperkt. Met instemming heb ik de heldere uiteenzetting in dit hoofdstuk gelezen, er op neerkomend dat het bestuur uiteindelijk de verantwoordelijkheid heeft voor compliance en hierover verantwoording aflegt aan interne en externe toezichthouders. En een raad van commissarissen, die zich rechtstreeks met de uitoefening van de compliancefunctie bemoeit, kan dus in dat opzicht geen toezicht houden op de bedrijfsvoering.

Je zou denken dat non-compliance zeker risico's met zich brengt, maar toch start hoofdstuk 3 met de bewering dat er aanzienlijke onzekerheid is over de relatie tussen compliance en risico. Die onzekerheid schijnt te worden veroorzaakt doordat binnen de Wft compliance buiten het risicomanagement valt, terwijl die wet risico's juist relateert aan integriteit. Als ik het goed begrijp zijn er, strikt juridisch gesproken, geen compliancerisico's maar wel integriteitsrisico's. 'Compliance is rather about promoting the success of the company, than about taking care' (p. 116). Alsof het één mogelijk is zonder het andere. Zo is het onderscheid wel erg subtiel geworden!

Enigszins impliciet maakt de lezer van dit hoofdstuk de geboorte van een drieling mee, die ongeveer als volgt aan elkaar geparenteerd is. Corporate governance is de structuur met behulp waarvan het bankbedrijf haar doelen tracht te bereiken en het spreekt vanzelf dat dat op een juridisch verantwoorde manier moet gebeuren, terwijl risicomanagement er voor moet zorgen dat die doelen op een zo aanvaardbare en profijtelijk mogelijke manier worden bereikt. Corporate governance, compliance en risicomanagement grijpen in elkaar, zijn misschien wel *three of a kind*. Compliance en risicomanagement moeten onderscheiden (gescheiden?) blijven, want risicomanagement is het bepalen van de mate van risico die de bank bereid is te accepteren, terwijl juridische risico's van een andere categorie zouden zijn; je kunt je niet veroorloven er voor te kiezen ze op de koop toe te nemen, er is hier geen discretionaire beleidsvrijheid of -ruimte. Althans naar het oordeel van sommige auteurs. Misschien is er in plaats van een drieling zelfs wel sprake van twee tweelingen: compliance en corporate governance zijn een duo en risicomanagement is op een eenzijdige manier verwant aan integriteit.

Aan het slot van hoofdstuk 3 gekomen, krijg ik moeite te doorgronden waarom het, met het oog op de positionering van compliance, belangrijk zou zijn te onderscheiden naar een *ex ante* en een *ex post* perspectief in relatie tot het management van risico's. Het anticiperen op risico's is strategisch management, zo lees ik. Dat de mate van beheersing van risico's tijdens de uitvoering van bedrijfsactiviteiten gemonitord moet worden, begrijp ik. Waarom dat voor

juridische risico's anders zou zijn begrijp ik niet. Zoals er commercieel en financieel management is, zo is er ook juridisch management. Eerder heb ik uiteengezet² dat er normatieve en instrumentele juridische aspecten zijn. *Legal performance management* gaat over de vraag in welke professionele mate door managers gebruik wordt gemaakt van juridische instrumenten en hoe groot de normatieve gevarenzone is bij het initiëren, doorvoeren en afronden van bedrijfsactiviteiten respectievelijk het managen van projecten. In juridisch opzicht is dit allemaal niet zwart-wit in de zin dat het allemaal risicoloos zou moeten verlopen. Het kan vanuit een businessperspectief verantwoord zijn een gering juridisch risico te nemen. Het is in de praktijk vaak niet zo zeer een kwestie van: zullen we stiekem met het managementteam een lucratief economisch delict plegen, maar gewoon een inschatting of we met deze snelheid nog op tijd bij het groene verkeerslicht zijn.

Hoofdstuk 4 gaat over de positie van *corporate governance* in het recht. Schrijver beziet wetgeving, rechtspraak, gewoonte en wat gezaghebbende juridische auteurs beweren. Voor verschillende categorieën organisaties gelden verschillende gedragscodes als het om governance gaat.³ De bekendste is de Corporate Governance Code (CGC), die echter zoals bekend alleen geldt voor beursgenoteerde bedrijven. Schrijver licht toe dat, hoewel niet alle banken beursgenoteerd zijn, toch deze CGC als referentiepunt genomen kan worden omdat de Code Banken in een preambule bepaalt dat de meeste banken de CGC vrijwillig toepassen. Hoe voor de hand liggend en aantrekkelijk het ook moge lijken om compliance en corporate governance in onderling verband te bezien, schrijver slaagt er in dit hoofdstuk weliswaar in om verstandige dingen over governance te berde te brengen, maar wat dit met compliance te maken zou kunnen hebben is mij niet duidelijk geworden.

In hoofdstuk 5 brengt schrijver compliance met normen die behoren tot het domein van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) en *corporate social responsibility* (CSR) juridisch tot leven door ze te linken aan de door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam uitgevonden 'elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap'. (p. 193 e.v.). Dat is een vondst. Het blijft echter, jammer genoeg, onduidelijk of dit specifiek voor ondernemingen c.q. ondernemers geldende verplichtingen zijn of niet meer dan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van de onrechtmatige daad.⁴ En vloeit hieruit nu ècht voort dat het een grondnorm in het Nederlandse recht is dat een ieder verplicht is de belangen van anderen te respecteren? Dat is een overdrijving, een onjuiste conclusie.

Het voldoen aan interne, door de bank zelf opgestelde regels vindt behandeling in hoofdstuk 6. Een duidelijke overlap van compliance met corporate governance treffen we bijvoorbeeld aan in de rechtspraak over de bestuurder van een rechtspersoon, die handelt in strijd met de statuten van de vennootschap.⁵ De externe regels komen aan de orde in hoofdstuk 7. Eigenlijk is het onderscheid intern-extern ongeschikt, zoals schrijver toelicht. De interne regels betreffen regels van ondernemings- of vennootschapsrecht, zoals reglementen op basis van een statutaire bevoegdheid. Hoofdstuk 7 behandelt vorderingen van derden, externe partijen, die de bank individueel of in collectieve actie aanspreken, omdat ze menen recht te hebben op schadevergoeding. In dit kader komt bijvoorbeeld ook de zorgplicht van financiële instellingen aan de orde. In een ander deel van dit hoofdstuk beschrijft de auteur publiek-rechtelijke sancties waarmee toezichthouders compliance kunnen afdwingen.

Het vindingrijke hoofdstuk 8 – 'the proof of the pudding' – neemt als vertrekpunt twee begrippen, die in de rechtspraak van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) een belangrijke, naar de mening van sommige commentatoren zelfs een beruchte rol spelen: wanbeleid (*mismanagement*) en onbehoorlijke bestuur respectievelijk een onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder. Nadat hij heeft toegelicht hoe de relevante procedure voor de OK verloopt, tuigt schrijver een enigszins gekunstelde redenering op met behulp waarvan zou kunnen blijken dat de directie – het bestuur – van de bank een eigen verantwoordelijkheid zou hebben voor de uitoefening van de compliancefunctie en dit niet zou mogen overlaten aan een ondergeschikte afdeling. Als uit rechtspraak (in casu de *case study* VEB/Fortis) zou blijken dat een benadeelde partij niet slechts de bank, maar een bestuurder persoonlijk aansprakelijk zou kunnen stellen voor schade ten gevolge van non-compliance, ja dan heeft Kersten zijn ultieme gelijk gehaald. Het niet voldoen aan complianceverplichtingen door bestuurders kwalificeert als wanbeleid. Is dat nou zo'n

² A. Brack, 'Legal Performance Assessment: generieke compliance op weg naar business legal excellence', *TvCo* 2010, nr. 4, p. 159-165.

³ Zie bijvoorbeeld, als ik zo vrij mag zijn, A. Brack, 'Veranker publiek belang beter in intern toezicht – Vier governancecodes in semipublieke sector vergeleken', *Goed Bestuur & Toezicht – Platform voor Governance* 2/2014, p. 24-32.

⁴ Zie voetnoot 752 op p. 193, die ik in dit opzicht verwarrend vind.

⁵ De voor kenners van deze materie bekende casus van de Berghuizer Papierfabriek.

opmerkelijke bevinding? Is het niet een 'elementair beginsel van verantwoord ondernemerschap' om te voldoen aan juridische verplichtingen? Ten slotte heeft de auteur de proef op de som genomen en een *expert meeting* georganiseerd; hij heeft zijn conclusies en aanbevelingen voorgelegd aan drie vrouwelijke⁶ *compliance officers* van twee Nederlandse banken. Een toets aan de praktijkervaring van professionals is een goed idee, maar de manier waarop roept natuurlijk vragen op. Zoals bijvoorbeeld: waarom drie, waarom deze drie? Het is niet bepaald een a-selecte steekproef. Heeft schrijver op een slimme manier aldus zijn eigen gelijk proberen te organiseren? Horen jullie het ook eens van anderen! Een serieuze en door de auteur voorzienbare tegenwerping is dat hij op deze manier de schijn wekt voor eigen parochie te preken: de meerderheid van de geraadpleegde experts werken voor dezelfde bank en komen uit dezelfde bedrijfscultuur als waarin hijzelf carrière heeft gemaakt. *Bias*, ons kent ons? Afgezien hiervan, leveren de experts dan wellicht nieuwe inzichten, aanvullende invalshoeken? Nee nauwelijks, hooguit hier en daar een nuancering, een ander accent. Enfin, schrijver heeft zich toetsbaar opgesteld en hij kan met enig recht beweren dat er een praktijktoets heeft plaatsgevonden.

Een proefschrift met deze titel, geschreven door iemand die geruime tijd de functie van *compliance officer* bij een bank heeft vervuld, verdient haast vanzelfsprekend aandacht in dit tijdschrift. Mijn toegevoegde waarde als vaste medewerker aan dit tijdschrift bestaat onder meer in het bespreken van academische publicaties waar in de praktijk werkzame professionals anders niet gemakkelijk mee kennis zouden maken. Mijn eindoordeel over Kersten's dissertatie is overwegend positief, waarbij mijn vertrekpunt al op dubbel plus ligt. Allereerst de waardering die een auteur verdient voor de ambitie en het doorzettingsvermogen om zo'n academisch project tot een goed einde te brengen naast een veeleisende baan of tijdens een (gedeeltelijke) onderbreking van zijn of haar carrière. Voorts staat een zekere mate van kwaliteit van het gepubliceerde werk natuurlijk al vast, omdat de hooggeleerde promotiecommissie het product wetenschappelijk goed genoeg vond om er het doctoraat aan te verbinden. Het denken over onderwijs, onderzoek en persoonlijke ontwikkeling heeft de laatste tien, twintig jaar een verandering ondergaan. Zoals er masteropleidingen gericht op wetenschapsbeoefening zijn, zo zijn er ook professionele, op de beroepsuitoefening gerichte masters: te denken valt aan accountancy, bedrijfskunde, bestuurskunde, geneeskunde en dergelijke. Dit onderscheid begint gelukkig door te dringen naar het hoogste universitaire niveau, dat van de promotie tot doctor, het doctoraat. Er is niet per se een niveauverschil; beide benaderingen staan niet onder en boven, maar naast elkaar. Dit proefschrift voldoet natuurlijk aan de ten minste er aan te stellen eisen; de promovendus heeft blijk gegeven zelfstandig in staat te zijn tot het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. De wetenschappelijke waarde van het proefschrift is de inbedding van het taakgebied *compliance* in het recht en de connecties met de meest relevante juridische deelgebieden en leerstukken. De professionele betekenis is daarenboven gelegen in de positionering van het taakgebied *compliance* ten opzichte van de verwante concepten *governance*, *risicomanagement* en *integriteit*. Een ander punt is de vraag waarom dit boek nu eigenlijk in het Engels geschreven is of misschien wel moest worden. Natuurlijk heeft dat het voordeel van een mogelijk internationaal bereik, maar het heeft ook een aanzienlijk nadeel: juridische begrippen naar Nederlands recht moesten noodgedwongen vertaald worden en verliezen hierdoor aan specifieke betekenis.⁷ Mag ik een suggestie doen? Terugvertalen naar het Nederlands, er een flinke redactionele kam doorheen halen⁸ en we hebben een prima studieboek voor de (master) opleiding van aspirant *compliance officers*. Een uitgave, bijvoorbeeld, van het Nederlands Compliance Instituut.⁹ ■

⁶ De vrouwelijke kunne van al deze experts is geloof ik niet van (doorslaggevend) belang.

⁷ Zie p. 105, maar dit slechts bij wijze van voorbeeld.

⁸ Ik trof bijvoorbeeld enkele passages aan die erg *basic* zijn.

⁹ Binnenkort op www.complianceboek.nl ?

Bemoedigd door ... Brack

Reactie op 'Kritisch over Kersten'

mr. A.J.J.P.B.M. Kersten*

Inleiding

Mijn replicatie van de alliteratie door prof. em. mr. A Brack, die ik – onder opzettelijke weglating van mijn voornaam – las in 'Kritisch over Kersten', blijft hopelijk niet onopgemerkt. Brack vangt aan met een inleiding over academische titulatuur. Dat onderwerp laat hem kennelijk niet onberoerd. Deze jonge doctor stelt daarom met genoegen vast dat Brack ervoor kiest zijn doctorsgraad weg te laten in zijn naamsvermelding.¹ Ik ben oprecht bemoedigd door Brack. De kern van mijn proefschrift is dat het (ondernemings)recht meer uitgesproken dient te bepalen dat compliance een bestuurstaak is. Het lijkt erop dat Brack dat ondersteunt. Hij schrijft immers: '[D]e enige kanttekening die je hierbij kunt plaatsen [. . .]'. Slechts één (enkele) kanttekening die is dat het bevreemding wekt dat de eindverantwoordelijkheid van

het bestuur voor compliance zou moeten zijn vastgelegd in de Nederlandse corporate governance code, zoals ik aanbeveel. Brack vraagt zich daarbij af waarom de wet dat niet (gewoon) zou moeten bepalen.²

Ik zou teleurgesteld kunnen zijn dat Brack de kern van mijn proefschrift niet uitdrukkelijk betreft op hetgeen ik zie³ als de praktische relevantie ervan. Compliance wordt (al te vaak) aangezien voor een organisatievraagstuk.⁴ Naar mijn opvatting voorkomt de instructie door het recht dat compliance een bestuurstaak is, veronachtzaming daarvan.

Zoals Brack dat had bij het beoordelen van mijn proefschrift, ligt het vertrekpunt voor deze reactie op dubbel plus. Onder waardering voor zijn kritische blik, licht ik (slechts) een drietal punten eruit:

1. Waarom geen *wetsbepaling* die compliance tot bestuurstaak maakt?;
2. Is het een overdrijving dat eenieders plicht de belangen van anderen te respecteren een grondnorm van het Nederlandse recht is?; en
3. Is het, zoals Brack zich afvraagt, een opmerkelijke bevinding dat het niet voldoen aan complianceverplichtingen door bestuurders kwalificeert als wanbeleid – met betrekking daarbij van zijn opmerking elders dat het vanuit een businessperspectief verantwoord kan zijn een gering juridisch risico te nemen.

Ad 1 Waarom geen *wetsbepaling* ter instructie dat compliance een bestuurstaak is

Brack merkt geheel terecht op dat ik niet voorstel een bepaling toe te voegen aan BW Boek 2. Het lijkt wel eens dat de juridische gemeenschap er onvoldoende in slaagt de maatschappij ervan te doordringen dat het recht niet (alleen) besloten ligt in de wet. Dat heeft, ten minste, tweërlei gevolg. Het eerste is dat we steeds weer de roep om het hanteren van het wetsinstrument horen. Vaak is dat ter invulling van veronderstelde lacunes die (elders) binnen het recht én in het rechtsbedrijf al tot normering zijn gekomen.⁵ Het heeft echter ook tot gevolg dat wetsbepalingen binnen één sfeer van het recht worden ingevoerd, die mogelijk strijden met rechtsregels uit enige andere rechtssfeer.⁶

* Armand Kersten is gastdocent Erasmus School of Law Rotterdam.

¹ Zo zal de keuze zijn emeritaat in zijn naamsvermelding tot uitdrukking te brengen evenzeer weloverwogen zijn.

² Brack bouwt hier nog een tussenstap in. Nu het om banken gaat, vraagt hij zich af waarom ik voorstel een bepaling in de Nederlandse corporate governance code op te nemen, en aldus niet in de Code Banken. Immers is die laatste Code specifiek tot banken gericht. Ik was ten tijde van het schrijven van mijn proefschrift niet mild gestemd over de Code Banken zoals hij toen gold (de Code Banken van 9 september 2009, *Stcr*. 2009 nr. 20060). Zie mijn proefschrift p. 149-156. Overigens veronderstel ik het lezerspubliek van dit blad bekend met de ontwikkelingen rondom het pakket 'Toekomstgericht Bankieren' van de NVB. Dat pakket omvat mede een 'geactualiseerde' Code Banken, en het pakket bepaalt dat de vernieuwde Code Banken in werking treedt op 1 januari 2015).

³ En, ter vermijding van enig misverstand, ik licht dat binnen het proefschrift ook uitgesproken toe.

⁴ Naar onderbouwd in mijn proefschrift is dit de afdrank uit *VEB/Fortis*.

⁵ Ik beperk mij hier tot het voorbeeld van de, wat mij betreft onzalige, 'algemene zorgplicht' ex art. 24a Wft, geldend sinds 1 januari 2014.

⁶ Wederom slechts één voorbeeld; mogelijk is de bepaling dat de beloning voor financiële diensten niet kennelijk onredelijk mag zijn (een norm die vlg. de Nota van toelichting op het Besluit van 21 december 2012, *Stb*. 2012, nr. 695, voortvloeit uit art. 86c lid 2 BGfWft) in strijd met de contractsvrijheid in het BW (en, daarmee, in het algemene vermogensrecht).

De wat mij betreft contraproductieve opeenstapeling van normen is zeker ook een actueel thema waar het de governance van banken betreft.⁷

In mijn proefschrift betoog ik dat de regulering van het gedrag van bestuurders van banken veeleer moet worden gezien als een zaak van het algemeen ondernemingsrecht, dan als een zaak van (de bestuursrechtelijke invulling van) het financieel toezichtrecht. Ik voel mij in die opvatting gesteund door de memorie van toelichting bij het BprWft. Daarin wordt vooropgesteld dat de beheerste en integere bedrijfsvoering een eigen verantwoordelijkheid en in het eigen belang van de financiële onderneming zijn. En daarom is het aan de financiële onderneming de bestuurder te houden aan art. 2:9 BW; de verplichting tot behoorlijke taakvervulling.⁸ Vervolgens argumenteer ik dat het algemeen ondernemingsrecht in voldoende mate in staat is het gedrag van bankbestuurders te reguleren. Ik adstrueer dat aan de hand van recente jurisprudentie, waarbij ik inderdaad een prominente plaats toedeel aan *VEB/Fortis*,⁹ én aan *Kortekaas/Lippens*. Ging het in *VEB/Fortis* niet om vaststelling wie voor het wanbeleid verantwoordelijk was,¹⁰ bij *Kortekaas/Lippens* werden binnen Fortis werkzame functionarissen, waarvan er één (zelfs) niet in de raad van bestuur zat,¹¹ civielrechtelijk aansprakelijk gehouden voor door beleggers geleden schade.

Wat mij betreft, bevat het BW zonder nadere toevoegingen voldoende handvatten om schendingen van complianceverplichtingen door bestuurders te sanctioneren. Het is een beetje zoals met de betekenis van de term besturen in de art. 2:129 en art. 2:239 BW. Niemand zit erop te wachten dat de volledige betekenis van die term binnen de wet wordt gedefinieerd. Nog ervan afgezien dat dat waarschijnlijk onmogelijk is – de wet zou even gedetailleerd worden als de Nederlandse corporate governance code – is het onwenselijk; het recht zou buiten zijn competentie treden. Zo willen wij graag allemaal toegeven dat het vaststellen van de strategie een bevoegdheid van het bestuur is. De HR heeft dat in een aantal arresten bepaald.¹² Timmerman wijst erop dat waar strategie geen juridisch begrip is, de HR door 'over de grenzen van het recht heen te stappen' oog toont voor de maatschappelijke realiteit.¹³ Zouden wij echter de term strategie in de wet opnemen, dan moet daaraan een 'juridische' inhoud worden gegeven. Dat zou een keurslijf opleveren waarmee niemand is geïnd.

Ad 2 Eenieders plicht de belangen van anderen te respecteren is een grondnorm van het Nederlandse recht

Ik ga op dit punt in omdat Brack hier het strengst is. Hij typeert mijn bewering, dat eenieders plicht rekening te houden met de belangen van anderen een grondnorm van Nederlands recht is, als 'een overdrijving, een onjuiste conclusie'. Ik ontleen de grondnorm aan in het proefschrift genoemde literatuur. Al in 1974 schreef Nieuwenhuis dat men zich jegens anderen *zorgvuldig* heeft te gedragen.¹⁴ En ik haal in mijn proefschrift één en andermaal aan dat het Nederlands recht uitgaat van het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid.¹⁵ Het kan ook zijn dat Brack bedoelt dat waar ik de zojuist geformuleerde grondnorm destilleer uit de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van de onrechtmatige daad – dit is immers de context waarin Nieuwenhuis haar noemt, het te ver voert haar (mede) in verband te brengen met de (door de OK gehanteerde) elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Juist ook bij de term 'elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap', spelen sociaal-maatschappelijke aspecten een rol. In mijn proefschrift verwijs ik daarvoor naar de conclusie van advocaat-generaal Mok bij OGEM II.¹⁶ Mok tekent aan dat de OK een formule waarin sprake was van 'economisch verantwoord' beleid heeft overgenomen, echter onder weglating van het element economisch. En, binnen dezelfde passage haalt hij aan dat het daarbij het sociaal beleid kan betreffen.¹⁷ Waar ondernemingen (ten gevolge van

⁷ Een aanrader voor de liefhebber is de Beleidsregel geschiktheid 2012 (*Stcrt.* 2012, 13456), waarin competenties worden genoemd 'relevant om geschiktheid aan te tonen'. 'Geschiktheid ziet op de eis ex art. 3:8 lid 1 Wft; het dagelijks beleid van een bank wordt bepaald door personen die geschikt zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf.

⁸ *Stb.* 2006, 519, p. 76.

⁹ De beschikking van de OK is, zonder veel omhaal van woorden, gesauveerd door de HR, men zie HR 6 dec. 2013, *ECLI:NL:HR2013:1586*.

¹⁰ De OK merkt overigens op: '[N]u VEB c.s. niet hebben verzocht vast te stellen wie voor het door hen gestelde wanbeleid verantwoordelijk is, zal de OK bij haar beoordeling in het navolgende in de regel zonder nadere aanduiding naar Fortis verwijzen en geen onderscheid maken tussen personen respectievelijk organen van Fortis [...]'. Rov 4.12.

¹¹ Sc Gilbert Mittler, chief financial officer.

¹² Zie bijv. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, m.nt. Maeijer (*ABN AMRO*).

¹³ V Timmerman, 'The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht', *OR* 2014/5, par 4.

¹⁴ J H Nieuwenhuis, *Hoofdstukken verbintenissenrecht*, Kluwer: Deventer 1974, p. 54.

¹⁵ Men zie Asser 6-III*, 2010, 43.

¹⁶ HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, m.nt. Maeijer.

¹⁷ *Ibid*, concl. A-G Mok, 7.2.2.

wanbeleid) de werkgelegenheid schaden, brengen zij (ook) schade toe aan de maatschappij.¹⁸ Overigens doet het er helemaal niet toe dat sommige (mede) voor ondernemers geldende normen hun rechtstreekse oorsprong hebben in het algemeen vermogensrecht. Sterker nog, uit een oogpunt van subsidiariteit ware te bevorderen dat waar de doelen¹⁹ van het ondernemingsrecht kunnen worden bereikt zonder specifieke wetten (bijv. in BW Boek 2), die wetten er dus niet komen.

Ad 3 Niet voldoen aan complianceverplichtingen door bestuurder is wanbeleid

Ter afsluiting dit derde, wat mij betreft verreweg meest interessante, punt. Brack stelt de vraag of het nu zo'n opmerkelijke bevinding is dat het niet voldoen aan complianceverplichtingen door bestuurders kwalificeert als wanbeleid. Anders dan Brack met de door hem gekozen bewoordingen lijkt te suggereren, is het geen uitgemaakte zaak dat handelen in strijd met complianceverplichtingen wanbeleid oplevert. Men sla de rechtspraak van de Hoge Raad en de OK erop na. De literatuur categoriseert wel 'niet naleven van de in de wet en statuten neergelegde *bevoegdheidsverdeling*' als wanbeleid.²⁰ Vanzelfsprekend kunnen schendingen van complianceverplichtingen bestaan uit wetsschendingen of schendingen van de statuten op andere terreinen dan de hier benadrukte bevoegdheidsverdeling. Mij is echter niet bekend dat al geoordeeld is dat in dergelijke gevallen sprake is van wanbeleid. Het wekt daarom geen verbazing dat handelen in strijd met (interne) reglementen²¹ evenmin als opstap naar de kwalificatie van wanbeleid voorkomt. Ik wil graag met Brack meegaan waar hij stelt dat het voldoen aan juridische verplichtingen een 'elementair beginsel van verantwoord ondernemerschap' zou moeten zijn, doch stel vast dat dit in de jurisprudentie geen uitgemaakte zaak is. Tot zover over *wanbeleid*.

Ik treed buiten het enquêterecht en spring naar bestuurdersaansprakelijkheid. De stand in het Nederlands ondernemingsrecht is dat handelen in strijd met statutaire bepalingen, waar, en dit is een belangrijke toevoeging, de geschonden bepalingen strekken tot bescherming van de rechtspersoon, in beginsel bestuurdersaansprakelijkheid oplevert. Dát is wat uit *Schwandt/BPF*, door Brack in voetnoot 5 geportretteerd als voor kenners van deze materie bekend, voortvloeit. Kenners van deze materie weten dat met de relatering van de strekking van de statutaire regel aan het geschonden belang een belangrijke beperking is gegeven. Brack laat deze eis van relativiteit onbesproken.

Hierboven merkte ik op dat er geen rechtspraak is die bepaalt dat handelen in strijd met de wet (zondermeer) wanbeleid oplevert. Rechtspraak op dit punt ontbreekt eveneens t.a.v. bestuurdersaansprakelijkheid. Kortmann schrijft dat moeilijk is in te zien dat het uitgangspunt uit *Schwandt/BPF* niet zou gelden voor een (bewust) handelen in strijd met een wettelijke bepaling. Het hier bedoelde uitgangspunt veronderstelt dat de overtreden wetsbepaling ertoe strekt het geschonden belang te beschermen.²² Nadrukkelijke relatering aan het geschonden belang was er bij Assink en Olden toen zij in 2005 schreven dat schending van een wettelijke of statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen dermate ernstig is, dat de noodzaak voor een afzonderlijke toetsing van de verwijtbaarheid verdwijnt.²³

Meer echter dan zijn weglating van de relativiteit, is het Brack's opmerking dat het vanuit een businessperspectief verantwoord kan zijn een gering juridisch risico te nemen, die mij triggert. Wellicht kiest Brack zijn woorden hier zorgvuldig en vermijdt hij het te hebben over wetsovertreding. Te allen tijde moet vooropstaan dat besturen van vennootschappen niet de vrijheid hebben de wet te overtreden.²⁴ Timmerman schrijft dat de bestuurder geen beleidsvrijheid toekomt t.a.v. naleving van de wet of van de statuten.²⁵ Kortmann stelt dat, op het niveau van een individuele bestuurder, een zeer beperkte uitzondering hierop kan bestaan. Indien

¹⁸ Ibid, concl. A-G Mok, 7.2.1., waarin Mok uitlatingen van minister van Justitie Polak in deze zin weergeeft.

¹⁹ Ik heb hierbij het oog op facilitering en regulering van de economische activiteit die wij ondernemen noemen. Dat omvat natuurlijk ook aspecten als 'de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid'.

²⁰ M J Kroeze, L Timmerman & J B Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, 3^e dr, Kluwer: Deventer 2013, p. 166. In gelijke zin, Asser 2-II*, 795: 'er kan sprake zijn van wanbeleid indien wordt gehandeld in strijd met de in de vennootschappelijke structuur besloten bevoegdheidsverdeling [...]'.
²¹ De vage categorie van 'gestolde' besluiten bedoeld in art. 2:8 lid 2 en, meer specifiek art. 2:15 lid 1 (c) BW.

²² J S Kortmann, 'De bewuste wetsovertreding, geen "onbehoorlijk bestuur"?', *OR* 2013/84, par 2.

²³ B F Assink en P D Olden, 'Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf "ernstig verwijt", vrijetekening en vrijwaring nader bezien', *OR* 2005/3, par. 2.3.

²⁴ Kortmann *op cit*, par 2. Kortmann verwijst hiervoor naar de Nederlandse corporate governance code waarbij het (rechtstreekse) bereik dat van beursvennootschappen is.

²⁵ L Timmerman, 'The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht', *OR* 2014/5, par 6. Met een aanhaling uit Assink's nieuwe Compendium, tekent hij daarbij aan dat het bestuurlijk handelen daarbij niet in het teken van ondernemerschap staat.

het handelen *in een concreet voorliggende situatie* overeenkomstig de wet zo evident nadelig is voor de vennootschap dat redelijkerwijs niet van de bestuurder gevergd kan worden dat hij zich aan de wet houdt, zou de bestuurder zich in de interne verhouding tot de vennootschap kunnen disculperen.²⁶ Ik cursiveerde 'in een concreet voorliggende situatie'; Brack's gebruik van de term *businessperspectief* suggereert dat het bestuurders vrijstaat beleidsmatig op, weliswaar, 'gering juridisch risico' te anticiperen. Ik ben van oordeel dat van het laatste geen sprake kan zijn. Het is juist dit oordeel dat mij in mijn proefschrift ertoe leidt compliance van risico te onderscheiden. Waar het het bestuur niet alleen vrijstaat, doch het zelfs tot taak heeft, een *appetite* voor risico te formuleren, geldt dit bij compliance niet – de plicht te voldoen aan de regels is een vanzelfsprekendheid.²⁷ Ten slotte kan ik niet nalaten op te merken dat ik spanning voel tussen Brack's formulering als een vanzelfsprekendheid dat voldoen aan juridische verplichtingen een elementair beginsel van verantwoord ondernemerschap is enerzijds, en zijn stelling dat het vanuit een businessperspectief verantwoord kan zijn een gering juridisch risico te nemen anderzijds. ■

²⁶ *Ibid*, par. 3.

²⁷ Ik formuleer dat als het ontbreken van de vrijheid een 'appetite for compliance' te bepalen. Zie mijn proefschrift p. 114 en 273.⁷ Een aanrader voor de liefhebber is de Beleidsregel geschiktheid 2012 (*Stcrt.* 2012, 13456), waarin competenties worden genoemd 'relevant om geschiktheid aan te tonen'. 'Geschiktheid ziet op de eis ex art. 3:8 lid 1 Wft; het dagelijks beleid van een bank wordt bepaald door personen die geschikt zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf.

Compliance en Risico-management: Hoog tijd om te integreren

drs. S.N. Heidema RA en dr. W.H.A. Swinkels RO*

Trefwoorden: governance, organisatieontwikkeling, compliance, risicomanagement, gedrag, toezicht, stakeholders

Steeds meer bedrijven zijn bezig met het inrichten of herijken van compliance- en risicomanagementfuncties. Veel (grote) ondernemingen echter hebben deze functies al een aantal jaren, maar dan als aparte kolommen. Dit blijkt ineffectief, duur en leidt bij lijnmanagement niet zelden tot irritatie. Externe stakeholders gaat het om het voldoende managen van risico's en voldoen aan compliancevereisten; zij eisen geen separate kolommen. Hoog tijd en reden genoeg om de functies alsnog samen te voegen. Maar waarom gebeurt dit dan nog maar zo aarzelend?

Hoog tijd en reden genoeg om de functies alsnog samen te voegen. Maar waarom gebeurt dit dan nog maar zo aarzelend?

Bedrijfs- en beurschandalen hebben ertoe geleid dat de politiek maatregelen is gaan treffen om dergelijke calamiteiten te voorkomen. Zo werd in de Verenigde Staten al in 1977 de Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) uit vanwege falende interne en externe controles van beursgenoteerde bedrijven. Deze en opvolgende wetten voor deugdelijk ondernemingsbestuur verplichten bedrijven onder meer om aan de hand van bepaalde regels verantwoording af te leggen over hun risico's en de controle daarop. In de loop der tijd is vanuit de diverse (nieuwe) toezichthouders de nodige wet- en regelgeving bijgekomen. Zo heb je verschillende nationale toezichthouders als De Nederlandsche Bank (DNB), Autoriteit Financiële Markten (AFM) en College Bescherming Persoonsgegevens (CBP), maar ook de Autoriteit Consument en Markt (ACM) met hun eigen wensen en eisen. Daarnaast is er nog een breed scala aan internationale toezichthouders die impact hebben op internationale Nederlandse ondernemingen.

Al die regels en dat toezicht heeft bij een aantal ondernemingen geleid tot aanvullende ondersteunende functies, zoals de compliance- en risicomanagementfuncties. Hoewel het lijnmanagement de primaire verantwoordelijkheid heeft voor het op orde hebben van haar eigen processen, blijken in de praktijk aanvullende functies nodig om hen te ondersteunen. Voorbeelden van deze ondersteunende functies zijn onder andere Compliance en Risicomanagement. Zij ondersteunen lijnmanagement om *in control* te zijn en aan de wet- en regelgeving te voldoen. Ze monitoren dit ook. Daarnaast bestaat ook veelal een interne auditfunctie die het samenspel tussen lijnmanagement en de ondersteunende functies beoordeelt en over de mate van 'in control zijn' adviseert.

So far, so good, zou je zeggen. Ware het niet dat er vanuit de geschetste historie geen sprake is van een homogene manier van organiseren. Dit is vooral het geval in de financiële sector en bij grote corporate bedrijven, die het eerst zijn begonnen met het inrichten van compliance- en risicomanagementfuncties en daarmee voorop liepen.

In het vervolg van dit artikel gaan we nader in op de achtergrond van de ineffectiviteit van twee separate functies (Compliance en Risicomanagement), de reden om de functies te integreren en geven we een aanzet voor de wijze waarop dit kan plaatsvinden.

In het vervolg van dit artikel gaan we nader in op de achtergrond van de ineffectiviteit van twee separate functies (Compliance en Risicomanagement), de reden om de functies te integreren en geven we een aanzet voor de wijze waarop dit kan plaatsvinden

* Simone Heidema en Walter Swinkels zijn managing partner en partner van CPI, dat organisaties ondersteunt bij de inrichting en implementatie van finance, risicomanagement en good governance.

Overvraagd

Met name het opzetten van nieuwe ondersteunende functies, zoals Risicomanagement en Compliance, is bij financiële ondernemingen en grote corporate bedrijven fragmentarisch tot stand gekomen. Als zich bijvoorbeeld weer nieuwe wet- en regelgeving aandient, werd daarvoor een nieuwe functie of kolom in het leven geroepen.

Het gevolg van deze versnippering is vaak dat het lijnmanagement vanuit verschillende hoeken wordt overvraagd. De ene keer komt de compliance officer met een vragenlijst, dan weer de risicomanager, waarbinnen ook vaak weer verschillende silo's bestaan, vervolgens bijvoorbeeld security, legal, enzovoorts. Allemaal hebben ze hun eigen systemen, raamwerk, definities en taal om de eerste lijn te 'helpen'. Maar uiteindelijk helpen deze niet meer.

Reden voor integratie

Een organisatie is een samenspel van belangrijke stakeholders zoals aandeelhouders, klanten, werknemers, leveranciers en toezichthouders. Het gaat de stakeholders om deugdelijk ondernemingsbestuur: integer, efficiënt en effectief.

De onderwerpen compliance en risicomanagement groeien steeds meer naar elkaar toe. Waar vroeger vanuit Compliance voornamelijk naar het voldoen aan wet- en regelgeving werd gekeken, is nu integriteit één van de belangrijkste pijlers. Daarnaast wordt steeds meer met een 'risicobril' gekeken naar compliance-onderwerpen en meer naar de inbedding in de bedrijfsprocessen van integriteit en de aangedragen risico's in de wet- en regelgeving. Hetzelfde geldt voor Risicomanagement die niet meer voornamelijk kijkt naar de beheersing van de organisatie zelf (i.e. efficiëntie en effectiviteit), maar ook steeds meer naar integriteit en gedrag, omdat het niet los van elkaar kan worden gezien. De integriteit en het gedrag van de mensen binnen de onderneming worden ook steeds relevanter vanwege het vergrootglas dat de buitenwereld op ondernemingen legt; negatieve afwijkingen worden groots in de pers uiteengezet en hebben een hoge impact op de reputatie van een onderneming. Heel belangrijk is dat de risico's die in wet- en regelgeving ten behoeve van de belangrijkste stakeholders moeten worden afgedekt ook de belangrijkste risico's voor de onderneming zijn. Waarom deze dan vanuit twee verschillende afdelingen ondersteunen?

Tot slot is er in het huidige tijdperk een ontwikkeling gaande dat Compliance en Risicomanagement steeds slimmer moeten omgaan met de omvangrijke externe wetten- en regels die op hen afkomen en waarover ze moeten rapporteren. Deze complexiteit kun je intern reduceren door samen te werken met één mond in één taal – dit levert consistentie, efficiëntie en verhoogde kans op effectiviteit richting de organisatie en richting externe partijen.

Tot slot is er in het huidige tijdperk een ontwikkeling gaande dat Compliance en Risicomanagement steeds slimmer moeten omgaan met de omvangrijke externe wetten- en regels die op hen afkomen en waarover ze moeten rapporteren

Eén mond in één taal

Het volgende voorbeeld uit de financiële sector illustreert niet alleen de potentiële problematische werkwijze van twee kolommen, maar illustreert ook hoe een thema geïntegreerd kan worden opgepakt. Van de toezichthouders moeten banken helder communiceren over hun producten en diensten. Het belang van de klant staat daarbij centraal. Banken mogen bijvoorbeeld geen 'verkeerde' producten verkopen. Hier ligt zowel een taak voor Compliance om te bepalen hoe 'klantbelang centraal' geïnterpreteerd en geoperationaliseerd moet worden in processen en aan te bieden producten. Er moeten bijvoorbeeld duidelijke kwaliteitsnormen worden vastgesteld voor nieuwe producten door management waarbij Compliance advies kan geven of dit een juiste interpretatie is van het gestelde kader. Het is ook een belangrijk thema voor Risicomanagement, want zij willen beoordelen wat de risico's zijn voor het behalen van de kwaliteitsnormen en nagaan of de normen worden behaald. Beiden pakken dit onderwerp op een eigen wijze op en gaan daarmee de organisatie in met hun eigen 'taal', in de hoop dat het vraagstuk daarmee vanuit hun discipline is beheerst. Maar vervolgens kan het nog steeds voorkomen dat het belang van de klant niet centraal staat in de praktijk, omdat in onvoldoende mate wordt gekeken naar de gedragsverandering die bij medewerkers nodig is om te voorkomen dat de klant een 'verkeerd' product krijgt geadviseerd. Snappen zij beide interpretaties en dat ze deze interpretaties met elkaar moeten rijmen? Of worden de acties vanuit Compliance en Risicomanagement überhaupt niet voldoende gelezen en begrepen en mogelijk zelfs op oude voet doorgegaan om de bonus te halen? Bij samenvoeging van Risicomanagement en Compliance kan meer met

Bij samenvoeging van Risicomanagement en Compliance kan meer met één mond in één taal worden gesproken, zodat de kans op onduidelijkheid en inconsistentie kan worden voorkomen of in ieder geval worden vermindert

één mond in één taal worden gesproken, zodat de kans op onduidelijkheid en inconsistentie kan worden voorkomen of in ieder geval wordt verminderd.

Eén noemer

Uit het voorbeeld blijkt dat het nuttig kan zijn compliance- en risicomanagementfuncties onder één noemer te brengen om inconsistenties en daadkrachtig handelen richting lijnmanagement te verhogen. Het werken onder één noemer is ook gemakkelijk te realiseren vanuit het gemeenschappelijke uitgangspunt: het zorgdragen dat het *gedrag* van management en medewerkers in lijn is met gestelde doelen, kernwaarden en maatschappelijke verwachtingen, zodat daarmee wordt voldaan aan alle verwachtingen, en negatieve verrassingen uitblijven.

Het onder één noemer brengen van Compliance en Risicomanagement start bij het onderbrengen van deze functies onder één lid van de directie of raad van bestuur die de belangen en prioriteiten van alle stakeholders afweegt: concurrenten, aandeelhouders, leveranciers, medewerkers en externe toezichthouders.

We zien bij ondernemingen die in het huidige tijdperk Risicomanagement en Compliance voor het eerst inrichten, dat ze direct beginnen met één paraplu-aanpak.

We zien bij ondernemingen die in het huidige tijdperk Risicomanagement en Compliance voor het eerst inrichten, dat ze direct beginnen met één paraplu-aanpak. Blijkbaar zien zij die geïntegreerde functie als het meest efficiënt. Bij ondernemingen die al aparte risicomanagement- en compliancefuncties hebben, zie je de beweging tot samenvoeging wél, maar mondjesmaat. Er is geen *sense of urgency*. Vanuit de historie valt dat goed te begrijpen. Want het zijn – zoals genoemd – de wetgever, externe toezichthouders en andere stakeholders die – ieder voor zich – hebben aangegeven wat een onderneming moet doen. Hun vragen worden vanuit verschillende disciplines op verschillende manieren beantwoord. Daardoor ontstonden de kolommen, die doorwerken in de portefeuilles van de bedrijfsleiding. Ook board members is niets menselijks vreemd. Dus staan zij niet te springen om hun verantwoordelijkheden op te geven. Net zo min als, een echelon lager, de managers van Compliance en Risicomanagement dat willen doen. Het is aan de CEO om het voortouw te nemen bij die samenvoeging.

Afsluitend

Kortom, Compliance en Risicomanagement zijn beide ondersteunende functies ten behoeve van de onderneming, beide zijn risicogedreven, beide zijn gericht op een integrale bedrijfsvoering, beide moeten in de processen en in het DNA worden verankerd, en last but not least: de risico's die in wet- en regelgeving ten behoeve van de belangrijkste stakeholders moeten worden afgedekt zijn grosso modo ook de belangrijkste risico's voor de onderneming. Het succes van een onderneming is immers niets anders dan een effectief samenspel tussen belangrijke stakeholders: medewerkers, klanten, aandeelhouders, leveranciers, etc., waarbij de langetermijndoelstellingen van deze zelfde partijen moeten worden gediend. ■

Uit de boekenkast van de bedrijfsethiek (54)

dr. E.D. Karssing*

Trefwoorden: *fiscale ethiek, tax planning, belastingontduiking, belastingontwikking*

In de bedrijfsethiek is een groot aantal boeken en artikelen verschenen waarin op praktische wijze integriteitsvraagstukken worden behandeld en concrete aanbevelingen worden gedaan voor het bevorderen van de ethiek en integriteit van organisaties en haar medewerkers. Niet iedereen weet deze publicaties te vinden of heeft tijd ze te lezen. Daarom kijkt Edgar Karssing geregeld voor het *Tijdschrift voor Compliance* in de boekenkast van de bedrijfsethiek en bespreekt hij een artikel of boek. Deze bijdragen zijn geen recensies, maar een samenvatting van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen van de auteur(s), die hij zal confronteren met zijn eigen observaties als onderzoeker, trainer en adviseur op het gebied van ethiek en integriteit.

In dit nummer wordt het thema *fiscale ethiek* besproken. Leidend hierbij zijn het boek *Brievenbusmaatschap-pijen. De impact van bijzondere financiële instellingen op de Nederlandse economie* van Barbara Baarsma, Marco Kerste en Jarst Weda, het preadvies *Belastingethiek: een kwestie van fair share* van Richard Happé en het artikel *Belastingen en ethiek: de ethische dimensie van tax planning* van Hans Gribnau.

Fiscale ethiek roept de afgelopen jaren heftige emoties op

1. Inleiding

Fiscale ethiek roept de afgelopen jaren heftige emoties op. Soms is het net een woordenspel. In 2013 nam de Tweede Kamer eerst een motie aan waarin de regering wordt verzocht om 'de voor Nederland kwalijke kwalificatie van belastingparadijs ... te verwerpen en waar mogelijk in de discussie erop aan te dringen deze kwalificatie achterwege te laten' (motie-Van Vliet). Om enkele maanden later als Tweede Kamer uit te spreken 'dat het een slecht idee is dat Nederland een "belastingparadijs" is en te weinig belasting heft op

bedrijven die hier niets doen, maar alleen maar hun geld langs sluizen' (motie-Klaver). Deze tweede motie kreeg pas een meerderheid nadat 'belastingparadijs' tussen aanhalingstekens was gezet. Maar het is veel meer dan een woordenspel. De Europese Commissie schat dat overheden in de EU jaarlijks 1000 miljard euro mislopen door belastingontwikking en belastingfraude. Grote namen worden keer op keer genoemd als boosdoeners: Starbucks, Google, Ikea, Apple, U2, The Rolling Stones, maar bijvoorbeeld ook de Nederlandse Spoorwegen die via een fiscaal vriendelijke route – een Ierse vennootschap – tenminste 250 miljoen aan belastingen heeft ontweken.

Belastingontduiking is illegaal. Dat is verboden. De discussie spitst zich met name toe op belastingontwikking. Want dat is legaal. Maar volgens steeds meer mensen moreel verwerpelijk

Belastingontduiking is illegaal. Dat is verboden. De discussie spitst zich met name toe op belastingontwikking. Want dat is legaal. Maar volgens steeds meer mensen moreel verwerpelijk. Illustratief voor de verontwaardiging is de waarschuwing voor de lezer aan het begin van het boek *Het belastingparadijs. Waarom niemand hier belasting betaalt – behalve u* waarin Van Geest, Van Kleef en Smits beschrijven hoe bedrijven op legale wijze hun belastingafracht minimaliseren: 'Om te beginnen de disclaimer: u bladert volledig op eigen risico door deze fiscale schelmengids. De kans dat u er onpasselijk van wordt, is niet denkbeeldig. Haal uit voorzorg vast een recept voor antidepressiva bij uw lijfarts (aftrekbaar als bijzondere ziektekosten; wellicht vrolijk dat enigszins op)'.¹ De kranten voeden al enige jaren de boosheid door steeds meer de fiscale praktijken van multinationals bloot te leggen. Ngo's als SOMO en Tax Justice wijzen erop dat juist ook ontwikkelingslanden de dupe zijn van deze agressieve tax planning. De OECD, de G20, de EU, onze regering, allemaal komen ze in het geweer om paal en perk aan belastingontduiking maar vooral ook aan belastingontwikking te stellen. Ons land zou een belangrijke spil zijn in belastingconstructies van multinationals. Dat is niet nieuw. Nieuw zijn de emoties waarmee het debat gepaard gaat. Er is iets veranderd. Lange tijd waren fiscale constructies voor multinationals maatschappelijk geaccepteerd.

* Edgar Karssing is als universitair hoofddocent beroepsethiek en integriteitsmanagement verbonden aan Nyenrode Business Universiteit. De auteur dankt Olga Crapels, Sacha Spoor, Bart Jonker en Raoul Wirtz voor hun commentaar op het concept van deze bijdrage. Voor reacties en suggesties: e.karssing@nyenrode.nl

¹ M. van Geest, J. van Kleef & H. Smits, *Het belastingparadijs*, Amsterdam: Business Contact 2014: 8.

Sterker nog, in 1993 was er ook een debat om bepaalde fiscale voordelen voor multinationals te verminderen. Maar toen wilde Nederland zichzelf niet tekort doen in de internationale concurrentieslag – waarbij het fiscale klimaat een belangrijke rol speelt. Met de kwalificatie ‘Een beleidsblunder van de eerste orde’ werd het voorstel afgeschoten om de belastingvrijstelling van bedrijven op winsten uit andere landen te beperken.²

Er is iets veranderd. In het boek *Brievenbusmaatschappijen. De impact van bijzondere financiële instellingen op de Nederlandse economie* van Baarsma, Kerste en Weda wordt een plausibele verklaring gegeven. De financiële crisis. Overheden moeten in de nasleep hiervan fors bezuinigen, belastingen worden verhoogd en publieke voorzieningen worden afgebouwd. Veel burgers hebben hierdoor er ‘in toenemende mate moeite mee dat zij meer belasting moeten betalen, terwijl er uitzonderingen blijven bestaan voor grote, internationale bedrijven. Het beeld ontstaat dat de “gewone burger” de hoge kostprijs van de crisis mag dragen, terwijl de toch al rijke multinationals de dans ontspringen’.³

In deze boekenkast bespreek ik het onderwerp fiscale ethiek. Naast de hiervoor genoemde boeken maak ik hierbij vooral gebruik van het preadvies van de Vereniging voor Belastingwetenschap van Happé – *Belastingethiek: een kwestie van fair share* – en een artikel van Gribnau – *Belastingen en ethiek: de ethische dimensie van tax planning*. Fiscale ethiek is wellicht niet een onderwerp waar alle compliance officers direct mee hebben te maken. Dan nog is het een fascinerend onderwerp. Het biedt namelijk inzicht in de verhouding tussen recht en moraal, tussen wetten en ethiek. En dat is een spanningsveld waar compliance officers toch zeker vat op zouden moeten hebben.

In paragraaf 2 bespreek ik enkele kernbegrippen in de discussie over fiscale ethiek. Baarsma c.s. geven aan dat in de discussie over fiscale ethiek de koopman en de dominee vaak hand in hand gaan. Nu vind ik het wat ongelukkig om ethiek en dominee aan elkaar gelijk te stellen, toch heeft dit me geprikkeld om in paragraaf 3 een fictieve dialoog uit te schrijven tussen de koopman en de dominee. Daarbij heb ik geprobeerd beide posities zo sterk mogelijk neer te zetten. Wat mij dan opvalt is dat ze beiden een logisch, consistent en plausibel verhaal kunnen vertellen, maar dat die verhalen wel met elkaar in strijd zijn. In paragraaf 4 zal ik laten zien hoe deze verschillen wellicht toch overbrugbaar zijn, mits een breder perspectief wordt ingenomen. In de slotparagraaf ga ik kort in op de verhouding tussen recht en moraal.

2. Basisbegrippen fiscale ethiek

Fiscale ethiek gaat in op de morele vragen rondom belastingheffing en belastingbetaling. Om met het eerste te beginnen: wat zijn de functies van belastingheffing? Gribnau onderscheidt er drie:

- Vergaren financiële middelen voor publieke goederen;

- Hervreiding;
- Regulering (beleidsinstrumentele functie).

De eerste functie maakt het mogelijk dat de overheid het budget heeft om de eigen uitgaven te bekostigen. ‘De burger die belasting betaalt, draagt zo bij aan de staat die op zijn beurt de maatschappij ondersteunt onder andere in de vorm van tal van publieke goederen. Zonder deze maatschappij kan niemand overleven’.⁴ Gribnau zet de maatschappij neer als een samenwerking tot wederzijds voordeel: ieder moet zijn bijdrage leveren om dit voordeel te realiseren. Hiermee wordt meteen duidelijk dat belasting betalen moreel wenselijk is. De samenwerking ‘van mensen beoogt vrijheid, vrede, gelijkheid, veiligheid, welzijn en andere waarden te realiseren. Belastingen maken dit (mede) mogelijk en zijn daarom meer dan alleen maar geld. Belasting betalen ten behoeve van deze sociale samenwerking dient de genoemde waarden. Samenwerken is interactie; het fiscale handelen van de één heeft dan ook gevolgen voor anderen. Dit kenmerkt belastingen als een moreel fenomeen’.⁵ Ook de tweede functie laat de relatie tussen belastingen en moraliteit goed zien. Met belastingopbrengsten en door de manier van belasting heffen (‘de sterkste schouders...’) wordt een meer rechtvaardige verdeling van lasten en lusten beoogd – een manier om solidariteit in de maatschappij vorm te geven. ‘Deze distributieve functie laat bij uitstek zien dat belastingen een moreel verschijnsel zijn’.⁶ Met de derde functie – de (beleids)instrumentele of regulerende functie – wordt de belastingwet ingezet ‘om het gedrag van burgers en ondernemingen te sturen ten behoeve van allerlei beleidsdoelen’.⁷ Deze beleidsdoelen hebben vaak een moreel wenselijk karakter: stimulering van economie, werkgelegenheid, gezondheid, cultuur, milieu.

In principe profiteert iedereen van deze drie functies: ondersteuning maatschappij, hervreiding en regulering. Een maatschappij als samenwerking tot

Een maatschappij als samenwerking tot wederzijds voordeel kan echter alleen blijven bestaan als mensen niet alleen nemen, maar ook (terug)geven: reciprociteit

² B. Baarsma, M. Kerste & J. Weda, *Brievenbusmaatschappijen. De impact van bijzondere financiële instellingen op de Nederlandse economie*, Amsterdam: Business Contact 2014: 229.

³ Baarsma c.s., *ibid.*: 231.

⁴ H. Gribnau (2013), *Belastingen en ethiek: de ethische dimensie van tax planning*, *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, (444), 527 – 548: 528.

⁵ Gribnau, *ibid.*: 528.

⁶ Gribnau, *ibid.*: 529.

⁷ Gribnau, *ibid.*: 529.

wederzijds voordeel kan echter alleen blijven bestaan als mensen niet alleen nemen, maar ook (terug)geven: reciprociteit. Waarbij met het solidariteitsbeginsel geldt dat de sterkste schouders de zwaarste lasten dragen. Iedereen moet dus zijn *fair share* bijdragen: 'Zonder belastingheffing is geen samenleving mogelijk waarin eenieder als burger kan functioneren. Burgerschap impliceert dat ieder zijn *fair share* aan de financiering van de samenleving bijdraagt. In deze zin brengt ieders belastingbijdrage het respect voor de samenleving en zijn medeburgers tot uitdrukking'.⁸ Dit geldt meer specifiek ook voor de markt: 'Eigendomsrecht en daarmee de markteconomie kunnen niet bestaan zonder een door belastingheffing gefinancierd rechtssysteem met toezichtsmechanismen die effectieve rechtsbescherming bieden'.⁹

Het is onvoldoende om het 'waarom' van belasting heffen te benoemen, de volgende vraag dringt zich meteen op: hoe gaan we de belasting heffen, hoeveel moet een ieder bijdragen?

Maar wat betekent dit concreet? Het is onvoldoende om het 'waarom' van belasting heffen te benoemen, de volgende vraag dringt zich meteen op: hoe gaan we de belasting heffen, hoeveel moet eenieder bijdragen? 'Om te bepalen wat ieders bijdrage behoort te zijn, is belastingwetgeving noodzakelijk ... De fair-shareplicht is te onbepaald alsmede de samenleving te gecompliceerd om in een concrete situatie te kunnen vaststellen wat ieders bijdrage aan de samenleving moet zijn'.¹⁰ Naast de uitwerking van de *fair share*-gedachte staat dat wetten nodig zijn om *free riders* aan te kunnen pakken. De moraal is uiteindelijk niet sterk genoeg om een maatschappij mee op te bouwen: soms is enige dwang en dreigen met straf nodig om mensen hun bijdrage te laten leveren. Tot slot maken belastingwetten ook rechtszekerheid mogelijk: de belastingbetaler weet waar hij aan toe is.

De belastingplichtige staat vervolgens voor de vraag hoe hij zich opstelt tegenover de belastingwet. Hij wil immers greep houden op de fiscale gevolgen van zijn handelen. En dit wordt ook door de wetgever gestimuleerd. Zo beoogt de hypotheekrenteaftrek dat het eigen woningbezit wordt gestimuleerd. De wetgever nodigt burgers dus expliciet uit tot tax planning.¹¹ Daarmee is tax planning van zichzelf nog een neutraal begrip.

Een belastingplichtige kan de wet overtreden: belastingontduiking. Dat is illegaal en ook moreel moeilijk goed te praten. Misschien kan het in een dictatuur of kleptocratie als een vorm van rechtvaardig verzet worden gezien. Maar Nederland is nog steeds een democratische rechtstaat.¹² Het wordt echter spannender wanneer we onderscheid gaan maken tussen 'normale' en 'agressieve' tax planning. In het laatste geval spreken we over belastingontwijking. Dit is niet illegaal – dus legaal! – maar wel

kwestieus. De heftige emoties als benoemd in de inleiding hebben met name hierop betrekking.

De agressieve tax planning wordt mede mogelijk gemaakt door allerlei fiscale faciliteiten zoals de deelnemingsvrijstelling, het ontbreken van bronbelasting over vanuit Nederland betaalde rente en royalty, en de vele belastingverdragen die Nederland heeft gesloten met andere landen.¹³ Deze faciliteiten hebben meestal een heel goed verdedigbaar oogmerk. De deelnemingsvrijstelling betekent bijvoorbeeld dat er geen belasting wordt geheven over de winst die een in Nederland gevestigd bedrijf ontvangt van een dochtermaatschappij. 'Zo wordt dubbele betaling van belasting voorkomen en worden Nederlandse bedrijven in het buitenland niet achtergesteld ten opzichte van lokale bedrijven'.¹⁴ De belastingverdragen van Nederland met andere landen beogen vaak hetzelfde doel. Kortom, de faciliteiten zijn er om dubbele belastingheffing te voorkomen, maar kunnen en worden ook gebruikt om *enkelvoudige* belastingbetaling te voorkomen, 'waarbij nagenoeg geen belasting wordt betaald'.¹⁵ En dat is de voedingsbodem voor alle ophef en morele verontwaardiging.

3. De koopman en de dominee

Dominee: Ik vind belastingontwijking immoreel.

Koopman: Hoezo? Het is toch niet illegaal?

Dominee: Nee, dan zouden we het belastingontduiking noemen. Maar iets kan toch legaal maar moreel onwenselijk zijn? Zoals Sheila Sitalsing in haar column over belastingontwijking schreef: 'Of je alles moet willen wat mag, is een kwestie van beschaving'.¹⁶

Koopman: Dat klinkt mooi, maar welke moraal nemen we dan als maatstaf? Iedereen heeft toch zijn eigen moraal? Juist daarom hebben we wetten. Daarmee hebben we een kader dat voor iedereen geldt. Als ik met ieders morele bevestiging rekening moet houden, kan ik geen zaken meer doen.

Dominee: Dat vraag ik me af.

Koopman: Probeer me maar te overtuigen.

Dominee: Laten we bij het begin beginnen. Belastingen hebben belangrijke morele functies.

Koopman: Daar ben ik het deels mee eens.

⁸ R. Happé, *Belastingethiek: een kwestie van fair share*, Deventer: Kluwer 2011 (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, 243): 43.

⁹ Gribnau, *ibid.*: 530.

¹⁰ Happé, *ibid.*: 9.

¹¹ Vgl. Gribnau, *ibid.*: 529.

¹² Met dank aan Bart Jonker voor dit argument.

¹³ Zie Baarsma c.s., *ibid.*

¹⁴ Baarsma c.s., *ibid.*: 47.

¹⁵ Baarsma c.s., *ibid.*: 57. Zie ook De Algemene Rekenkamer (2014), *Belastingontwijking. Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot de fiscale regels en het verdragennetwerk*: <http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2014/11/Belastingontwijking>.

¹⁶ *Volkskrant*, 7 november 2014.

Dominee: Deels?

Koopman: Niet alle doelen waarvoor belastingen worden ingezet vind ik moreel. Primaair vind ik dat de overheid moet zorgen voor veiligheid. Politie, leger, dijken. Maar we zijn wel een beetje doorgeschooten. Ik zie geen enkele noodzaak waarom de overheid ons moet verzorgen van wieg tot graf. De gedachte van een participatiemaatschappij spreekt mij wel aan.

Dominee: Ik snap dat we ook over de doelen van de overheid van mening kunnen verschillen. Maar laten we één discussie tegelijkertijd voeren. Ik constateer dat een gedeeld uitgangspunt is dat er een overheid nodig is en dat die overheid moet worden betaald met belastinggeld.

Koopman: Inderdaad.

Dominee: Dan snap ik niet hoe je belastingontwijking goed wil praten. We moeten toch allemaal onze *fair share* bijdragen om de kosten van de overheid te financieren?

Koopman: Hoho, dit is nu een typisch voorbeeld van 'jumping to conclusions'. In de eerste plaats vind ik belastingontwijking een nogal negatief woord. Alsof je een discussie over abortus begint met de vraag: mag je ongeboren baby's vermoorden? Door een dergelijke vraagstelling zit het antwoord al in de vraag besloten. Mag ik de discussie eens op een heel andere manier neerzetten?

Dominee: Natuurlijk, ga je gang.

Koopman: Je bent het met me eens dat iedereen aan tax planning doet? Als jij je persoonlijke aangifte invult, kijk je toch ook hoe bepaalde posten over jou en je partner kunnen worden verdeeld op een manier dat je zo weinig mogelijk moet betalen? Je hebt als belastingplichtige toch het recht om het eigen fiscale voordeel te maximaliseren?

Dominee: (weifelend) Ja, natuurlijk.

Koopman: En daarbij geldt zeker een bepaalde fiscale ethiek: je houdt je aan de wet en je liegt in je aangifte niet tegen de belastinginspecteur. Maar er is ook geen enkele reden om meer belasting te betalen dan van je wordt gevraagd. We leven in een vrije markteconomie. Een ondernemer heeft het recht om zijn eigen belang na te streven.

Dominee: (opnieuw weifelend) Ja. Maar niet ten koste van alles.

Koopman: Natuurlijk niet, logisch. Een ondernemer wil winst maken. Een te hoge belastingdruk is een teken van een slechte performance van het bedrijf.

Dominee: Met de nadruk op 'te'.

Koopman: Precies. Dus net als jij doet ook een ondernemer aan tax planning. Ook de ondernemer wil zijn belastingafdracht minimaliseren.

Dominee: En zijn *fair share* bijdragen.

Koopman: Dat vind ik zo'n lastig begrip. Wat houdt dat in? Vraag het aan tien mensen en je krijgt elf verschillende antwoorden. Daar kun je als ondernemer niet mee uit de voeten. En dat is ook niet nodig. Precies om die reden, om zo'n vaag begrip te definiëren, hebben we belastingwetten. Wat je van de ondernemer mag verwachten is dat hij zich aan de wet houdt en niet tegen de belastinginspecteur liegt. Net zo als dat voor iedereen geldt.

Dominee: En dan huur je een fiscalist in die de wet grammaticaal interpreteert – naar de letter – en vind jij dat je jouw *fair share* bijdraagt?

Koopman: Dan huur ik inderdaad een fiscalist in die mij helpt om ervoor te zorgen dat ik niet meer afdraag dan wettelijk verplicht is. Maar houdt nu toch eens op over die *fair share*. Alsof ik of mijn fiscalist dat moet gaan bepalen. Dan morrel je aan het primaat van de politiek. Zij bepalen wat dit is, dat is nu precies hun taak. Dat werken ze uit in wetten. En vervolgens houd ik me aan de wet.

Dominee: Maar dan stel je de wet gelijk aan recht en rechtvaardigheid. We hebben toch ook nog zoiets als de geest van de wet? Het recht bestaat uit rechtsregels en rechtsbeginselen. In apartheid Zuid-Afrika en in Nazi-Duitsland had je ook wetten. Maar die botsten met belangrijke rechtsbeginselen zoals gelijkheid en rechtvaardigheid. Dan zie je toch meteen dat wat legaal is moreel onwenselijk kan zijn?

Koopman: Ik dacht al, waar blijft dat argument. Natuurlijk heb je gelijk, maar je wil de Nederlandse overheid toch niet met dergelijke verwerpelijke regimes vergelijken? Dan moeten we een heel ander gesprek gaan voeren. Zolang we een fatsoenlijk regime hebben vind ik dat je geen verplichtingen hebt die je niet in de wet kunt lezen.

Dominee: Toch vind ik dat te gemakkelijk. Wetten zijn mensenwerk en er zullen dus altijd rechtstekorten zijn. De belastingplichtige heeft hier eigen morele verantwoordelijkheid. Je weet toch echt wel dat het nooit de bedoeling van de wetgever kan zijn dat je als ondernemer hoegenaamd geen belastingen betaalt. Daarmee leg je de kosten van onze overheid – hoe groot of klein die ook mag zijn – geheel bij de burgers.

Koopman: Ach, dat doe je toch wel. Mijn held en nobelprijswinnaar Milton Friedman heeft het scherp geformuleerd: 'Only people can pay taxes ... So, when you talk about a tax on business, it has to be paid by somebody. Either it is paid by the stockholder, or it is paid by the customer, or it is paid by the worker. There is no other way where it can come from'.¹⁷ Daarom is alleen een belastingtarief van nul procent voor bedrijven redelijk. 'Belastingen worden weliswaar geheven over de winsten van bijvoorbeeld de Starbucks' en de Googles van deze wereld, de daadwerkelijke rekening zal hoe dan ook door iemand anders moeten worden voldaan'.¹⁸

Dominee: (verontwaardigd) Maar dat is toch doorgeschooten marktfundamentalisme?

Koopman: (glimlachend) Die woordkeuze laat ik aan jou. Maar laat de markt zijn werk maar doen. Dat zorgt voor innovatie, voor werkgelegenheid, voor welvaart. En het gedrag van die scherp aan de wind zeilende ondernemingen zorgen er ook voor dat die overheid wordt gedisciplineerd.

¹⁷ Baarsma c.s., *ibid.*: 13-14.

¹⁸ Laurens Wijtvliet, 'Actieplannen tegen belastingerosie zijn vaak goed bedoeld maar niet doordacht', *Me Judice*, 10 februari 2014.

Dominee: Hoezo?

Koopman: Doordat de overheid minder belastingen binnenkrijgt, zullen ze zich moeten bezinnen op hun kerntaken en de vetrandjes wegsnijden. Het daagt overheden uit om hun fiscale stelsel te optimaliseren en niet meer uitgaven te doen dan ze zich kunnen veroorloven.

Dominee: Maar dat leidt toch alleen maar tot een 'race to the bottom'? Als overheden met elkaar gaan concurreren zullen ze de belastingen steeds verder verlagen.

Koopman: Dan krijg ik vanzelf de door mij gewenste nachtwakersstaat!

Dominee: Maar dit gaat ook ten koste van de overheden van bijvoorbeeld ontwikkelingslanden die minder goed geëquipeerd zijn om de concurrentieslag aan te gaan.¹⁹ En dan kom ik op een punt dat binnen jouw marktfundamentalisme jou toch zal moeten aanspreken. Dit is oneerlijke concurrentie. Tussen staten. Maar ook tussen bedrijven. Starbucks kan als multinational gebruik maken van regelingen die niet openstaan voor het koffiehuis op de hoek.

Koopman: In het grote plaatje heb je hier een punt. Maar als ondernemer moet ik in de eerste plaats aan mijn eigen concurrentiepositie denken. Als ik uit liefdadigheid meer belastingen ga betalen dan strikt noodzakelijk is, snijd ik mezelf in de vingers. En daar is uiteindelijk niemand mee geholpen.

Dominee: Net zoals er niemand is geholpen met al die slimme fiscalisten die voor een belachelijk uurtarief de mazen in de wet opzoeken. Die gaten moeten dan weer worden gerepareerd. Agressieve tax planning leidt tot snelle veroudering van belastingwetten.

Koopman: Die fiscalist is zijn geld in goud waard! Laten we dat aan de markt overlaten. Ook dit zou je disciplinerend kunnen noemen: door het goede werk van die fiscalisten worden overheden gedisciplineerd betere wetten te maken.

Dominee: Maar het is toch mensenwerk? Er zullen toch altijd rechtstekorten zijn?

Koopman: Dat zei je net ook al. Wat is je punt?

Dominee: Vind je het niet een beetje kinderachtig om die maximaal in je eigen voordeel uit te buiten? En het is toch wel buitengewoon jammer dat de intelligentie van die slimme fiscalisten niet wordt gebruikt om een bijdrage te leveren aan welvaart en welzijn, maar om rijke mensen nog rijker te maken.

Koopman: Ik verwacht van mijn fiscalist dat hij me vertelt hoe ik me aan de wet kan houden. En als daar discussie over ontstaat dan hebben we in onze rechtsstaat nog altijd de rechter. Laat die maar de knoop doorhakken.

Dominee: Wat een legalistische benadering. Jij weet ook heel goed dat de rechter maar in beperkte mate dit probleem kan oplossen. De rechter is geen wetgever. De rechter moet zich dus binnen de grenzen van de wet bewegen. Vanuit het perspectief van de trias politica dient de rechter er voor te waken om niet op de stoel van de wetgever te gaan zitten.

Koopman: Je hebt me nog niet overtuigd. Heb je nog meer argumenten?

Dominee: Ondernemers maken gebruik van de voorzieningen die een land biedt. Voorzieningen die in belangrijke mate worden betaald met belastingopbrengsten. Je mag toch wel enige reciprociteit verwachten: niet alleen nemen, maar ook geven. Zeker omdat dit parasitaire gedrag van ondernemers ook de belastingmoraal van de gewone burgers zal uithollen: dat *free riders*-gedrag werkt besmettelijk.

Koopman: Niet alleen nemen, maar ook geven? Zoals Winston Churchill treffend zei: 'Sommige mensen zien de ondernemer als een op buit beluste wolf, die men dood moet slaan. Anderen zien hem als een koe, die men zonder ophouden kan melken. Maar slechts weinigen zien hem zoals hij werkelijk is, namelijk als het paard dat de kar moet trekken'.

Dominee: Dat mag zo zijn. Maar dan citeer ik nog een keer Sitalsing: 'Of je alles moet willen wat mag, is een kwestie van beschaving'

Maar dan citeer ik nog een keer Sitalsing: 'Of je alles moet willen wat mag, is een kwestie van beschaving'

4. Een breder perspectief

Je houdt je aan de wet en je liegt in je aangifte niet tegen de belastinginspecteur. Op die minimale fiscale ethiek is de koopman aanspreekbaar. Maar verder ziet hij geen morele verplichtingen. Ik moet eerlijk zeggen dat bij het uitschrijven van de dialoog de koopman mij steeds meer ging irriteren. Niet omdat hij onredelijk was, maar juist omdat hij een logisch coherent verhaal lijkt te hebben. De vraag die dit oproept is of die emotionele verontwaardiging over belastingontwijking dan niet misplaatst of zelfs hypocriet is. Hypocriet omdat diezelfde mensen die zo boos zijn, naast dominee ook tegelijkertijd koopman zijn: 'Veel mensen die op reis gaan met het vliegtuig kopen taxfree parfum, juwelen of zonnebrillen op de luchthaven. En als ze met de auto met vakantie gaan richting het zuiden, rijden velen via Luxemburg om daar te tanken en sigaretten te kopen. Doel: het ontlopen van de hoge Nederlandse accijnzen. Ook het gebruik van aftrekposten is wijdverbreid. Huizenbezitters met een hypotheek trekken de rente op die lening van de inkomstenbelasting af en de meeste werkne-

De vraag die dit oproept is of die emotionele verontwaardiging over belastingontwijking dan niet misplaatst of zelf hypocriet is

¹⁹ Baarsma c.s., *ibid.*: 247.

mers betalen geen belasting over hun pensioeninleg. Gulle gevers aan goede doelen trekken hun gift af van de belasting. In al deze gevallen is er sprake van belastingontwijking ... Dergelijke belastingontwijking is in alle lagen van de bevolking ingeburgerd en geaccepteerd'.²⁰ En misplaatst? Heeft de koopman gelijk? Wel volgens zijn eigen logica. Maar dit is een beperkte logica. Net zoals de logica van de dominee coherent is, maar te beperkt. Eerst een korte samenvatting van de twee posities:

Koopman	Dominee
Het eigen belang staat voorop. Iedereen mag zijn eigen belang nastreven, ook t.a.v. belastingen.	De maatschappij is een samenwerking tot wederzijds voordeel: ieder moet zijn bijdrage leveren om dit voordeel te realiseren (reciprociteit).
De ondernemer wil winst maken.	Belangen van anderen tellen mee.
Belastingen zijn een kostenpost. Daarom wil de ondernemer zijn fiscale voordeel maximaliseren. Een te hoge belastingdruk is teken van slechte performance van het bedrijf.	Iedereen moet zijn <i>fair share</i> betalen.
Fair share is een vaag begrip.	Recht gaat verder dan de wet. Het recht bestaat uit rechtsregels en rechtsbeginselen. Wetten zijn mensenwerk en er zullen dus rechtstekorten zijn; belastingplichtigen hebben hier een eigen morele verantwoordelijkheid.
Het gaat om de letter van de wet. Fiscaal recht is verzameling losse regels die je letterlijk (grammaticaal) mag interpreteren.	Het gaat om doel en strekking van de wet. Recht laten samenvallen met rechtsregels is onbevredigend en onrechtvaardig.

Waar liggen aanknopingspunten voor een breder perspectief? Gribnau zoekt inspiratie in de bedrijfsethiek. 'Concepten als "corporate governance" en "corporate citizenship" moeten toch ook een fiscale pendant hebben? Als bedrijven zich afficheren als een corporate citizen of zelfs een "good corporate citizen", zal dat ook consequenties moeten hebben voor hun fiscale handelen. Verantwoord ondernemen wordt dan: als een verantwoordelijk burger omgaan met fiscale verplichtingen'.²¹ Kortom, zoals we weten in de bedrijfsethiek, markten zijn geen morele vrijplaatsen, waar moraal wordt gerelativeerd of zelfs misplaatst is: de markt steunt op moraal. De koopman kan helemaal niet zonder de dominee! De bedrijfsethica

Sternberg geeft aan dat de marktmoraal minimaal bestaat uit de 'basic values without which business as an activity would be impossible'.

'[M]aximising long-term owner value requires considering the long-term. But long term views require confidence, which in turn requires trust. Moreover, owner value necessarily presupposes ownership, and so requires respect for property rights. Business therefore presupposes conduct that excludes lying, cheating, stealing, killing, coercion, physical violence and most illegality, and instead exhibits honesty and fairness. Taken collectively, these constraints embody the values of what may be called "ordinary decency". Without it, there is no place for industry because the fruit thereof is uncertain: without the minimum level of trust needed for the possibility of settled expectations, life would indeed be "solitary, poor, nasty, brutish and short" and business would be impossible. So ordinary decency is a precondition of business'.²²

Dit is een uitgangspunt dat door steeds meer partijen wordt erkend. In een samenwerking tot wederzijds voordeel moet ieder zijn bijdrage leveren om dit voordeel te realiseren. Daarbij mag iedereen zijn eigen belang nastreven, maar dient men ook rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen. Dit zien we ook terug in de discussie over maatschappelijk verantwoord ondernemen (mvo) en de triple-bottom-line: *people, planet profit*. Ondernemingen worden in toenemende mate gevraagd actief en expliciet hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen en daarover ook verantwoording af te leggen. De idee dat bedrijven een maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben is niet nieuw. In de afgelopen jaren worden bedrijven echter steeds vaker en steeds indringender bevraagd op hun morele verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld rond issues als milieuvervuiling, fair trade, de sociale rol als werkgever, etc. Van organisaties wordt verwacht dat zij aangeven waar zij staan, waarvoor zij staan en hoe dit blijkt in hun manier van opereren. Dit geldt ook voor de fiscale strategie van ondernemingen. 'Belastingen zijn dan niet alleen kosten, maar vertegenwoordigen ook een bijdrage aan publieke voorzieningen ... Bij actief mvo-beleid past het om het betalen van belasting ook als een bijdrage aan de maatschappij te beschouwen en openheid over de betaalde belasting per land te geven'.²³

Ik wil geen pleidooi houden voor 'greenwashing', maar de koopman heeft nog een andere belangrijke reden om goed naar de dominee te luisteren: reputatiemanagement. 'Alleen maar gaan voor zo min mogelijk belasting kan reputatierisico's voor een onderneming opleveren ... Consumenten kunnen als ze over informatie beschikken over de fiscale voetafdruk van een

²⁰ Baarsma c.s., *ibid.*: 9.

²¹ Gribnau, *ibid.*: 545.

²² E. Sternberg, *Just business. Business ethics in action* 2nd ed., Oxford: Oxford University Press: 2000-79.

²³ Baarsma c.s., *ibid.*: 267.

Ik wil geen pleidooi houden voor 'greenwashing', maar de koopman heeft nog een andere belangrijke reden om goed naar de dominee te luisteren: reputatiemanagement

multinational stemmen met de voeten'.²⁴ Oftewel, als consumenten bekend zijn met de fiscale strategie van een onderneming, dan kunnen ze hun verontwaardiging kenbaar maken door naar de concurrent over te stappen. Ook de relatie met de belastingdienst – zeker in het horizontale toezicht – zal gebaat zijn bij een verantwoorde tax planning. Net zo als dit kan bijdragen aan de (gemoeds)rust van de ondernemer.

Kortom, door de markt niet als een morele vrijzone te zien en daarmee de dominee niet als naïef (omdat in de markt alleen het woord van de Mammon, de god van het geld zou gelden) wordt een breder perspectief mogelijk op fiscale ethiek. Dan kunnen dat wat loont (de markt), dat wat hoort (de ethiek) en dat wat moet (de wet) op elkaar worden betrokken en tezamen houvast bieden bij tax planning. Iedere keuze veronderstelt een morele visie: dan kun je maar beter je morele kompas helder voor ogen hebben en goed geijkt.

Dit lost echter niet het probleem op dat *fair share* een vaag en ongedefinieerd begrip blijft. Gribnau geeft daarvoor twee handvatten:

Het staat belastingplichtigen vrij om binnen de wettelijke kaders de fiscaal voordeligste weg te kiezen, maar dat is niet hetzelfde als grensverkenning en rechtstekorten uitbuiten. Er is cruciaal verschil tussen 'gij moogt' en 'gij zult'.

We kunnen het *fair share* begrip in ieder geval *ex negativo* invullen: kies niet voor constructies die de belastingafdracht zozeer minimaliseert dat er in geen geval meer kan worden gesproken van *fair share*.

5. Slotbeschouwing: recht en moraal

De discussie over fiscale ethiek laat goed zien dat we moeten oppassen voor een arbeidsdeling tussen recht en ethiek.

'Ethiek gaat vooraf aan de wet en vult de wet aan. De wet – en breder het recht – is ingebed in ethiek. Juridische regels "ontlasten" ondernemingen bij het nemen van beslissingen in ethisch gezien alledaagse standaardgevallen. In die gevallen is er bij het gebruik van regels geen behoefte aan ethische overwegingen. Ethische verantwoordelijkheden zijn echter nooit compleet afwezig bij de naleving en het gebruik van wettelijke regels en komen nadrukkelijker in beeld als het gebruik van regels tot gevolgen leidt waarbij ethisch gezien vraagtekens kunnen worden gezet'.²⁵

In zijn preadvies *Belastingethiek: een kwestie van fair share* bekritiseert Happé de ideologie van het (fiscale)

wetspositivisme waardoor in 'het belastingrecht de ethische vraag naar rechtvaardigheid te zeer verscho- len is geraakt achter de juridische vraag naar rechtmatigheid'.²⁶ Die ideologie speelt echter niet alleen een kwalijke rol in de discussie over tax planning. De boodschap van Happé heeft daarmee importantie voor alle gebieden waar regels een belangrijke rol spelen. En dan komt de compliance officer weer nadrukkelijk in beeld. Volgens de ideologie van het wetspositivisme is het recht slechts een verzameling losse regels, 'een *bunch of rules* waarmee het *gaming the system* kan worden gespeeld'.²⁷ Het is recht zonder ethiek. 'Doel en strekking alsmede achterliggende rechtsbeginselen spelen niet of nauwelijks een rol. Alle nadruk ligt op de wettelijke regel zelf en op de mogelijkheden die deze via letterlijke interpretatie dan wel via de koppeling met andere wettelijke regels biedt om zo min mogelijk belasting te betalen ... De kunst is om tot de uiterste grens van de woorden van de wet te gaan. Daarbij laat men zich niet aanspreken op de verantwoordelijkheid voor zulk gedrag. Recht wordt gezien als een waardenvrije aangelegenheid. De grenzen van hetgeen de wettekst nog toelaat zijn tevens de grenzen van de eigen verantwoordelijkheid. Eerst als de Hoge Raad uitsprekt dat er sprake is van *fraus legis*, zal men dit als leidraad voor toekomstig handelen nemen'.²⁸

Alles van waarde is weerloos ... Het gedrag 'waarbij het recht als een verzameling regels wordt gebruikt, leidt tot resultaten die naar de letter aan de wettelijke regels voldoen, maar niet naar de geest. Het komt daarmee neer op de keuze de ethiek buitenspel te zetten

Alles van waarde is weerloos ... Het gedrag 'waarbij het recht als een verzameling regels wordt gebruikt, leidt tot resultaten die naar de letter aan de wettelijke regels voldoen, maar niet naar de geest. Het komt daarmee neer op de keuze de ethiek buitenspel te zetten'.²⁹ En met de ethiek gaan het recht en de rechtvaardigheid kopje onder. Dan zijn we overgeleverd aan de creatieve vindingrijkheid van fiscale ingenieurs.³⁰ Of breder, van juristen. ■

²⁴ Baarsma c.s., *ibid.*: 268.

²⁵ H. Gribnau & R. Hamers, 'Tax planning: Spel met regels dat om ethisch houvast vraagt', *Weekblad voor fiscaal recht*, 2011-140(6893), 154 – 166.

²⁶ Happé, *ibid.*: 7.

²⁷ Happé, *ibid.*: 25.

²⁸ Happé, *ibid.*: 25.

²⁹ Happé, *ibid.*: 38.

³⁰ Vgl. Happé, *ibid.*: 25.

Compliance & Risk Management – Samenwerken of samenvoegen?

drs J. van Vulpen RA en A. Morée MA*

Trefwoorden: Risk Management, compliancefunctie, integratie, PGGM

Samenvatting

In de loop van de tijd is al veel geschreven over de wijze waarop Risk Management en compliancefuncties kunnen samenwerken of wellicht al dan niet kunnen samengaan. In dit artikel gaan we in op de wijze waarop de compliance en riskmanagementfuncties binnen PGGM zijn ingericht, en hoe we de overwegingen hebben gewogen die hebben geleid tot het model van samenwerken tussen Risk Management en Compliance bij PGGM.

Inleiding

In de loop van de tijd is al veel geschreven over de wijze waarop Risk Management en compliancefuncties kunnen samenwerken of wellicht al dan niet kunnen samengaan. Zo zijn er duidelijk voorstanders van samenvoeging, zoals Beugelaar en Van Loon die in 2010 in hun artikel 'Geslaagd GRC binnen handbereik' aangaven dat niet alle ondernemingen erin slagen om de samenwerking tussen de verschillende organisatieonderdelen op een effectieve en efficiënte manier tot stand te brengen. Zij komen tot de conclusie dat een geïntegreerde aanpak op het gebied van Governance, Risk en Compliance (GRC) hiervoor de oplossing is.¹ Daartegenover hebben bijvoorbeeld de Belgische Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA) en de Nationale Bank van België (NBB) in 2012 en 2013 in circulaire geschreven dat compliance en risk management juist gescheiden afdelingen moeten zijn.² FSMA en NBB schrijven dat de risicobeheerfunctie de functie is die door de effectieve leiding belast is met de tenuitvoerlegging van het risicobeheersysteem, dat is het geheel van strategieën, processen en procedures die nodig zijn voor de opvolging van de risico's of combinaties van risico's waaraan de instelling is blootgesteld of blootgesteld zou kunnen zijn, met uitzondering van het compliancerisico.

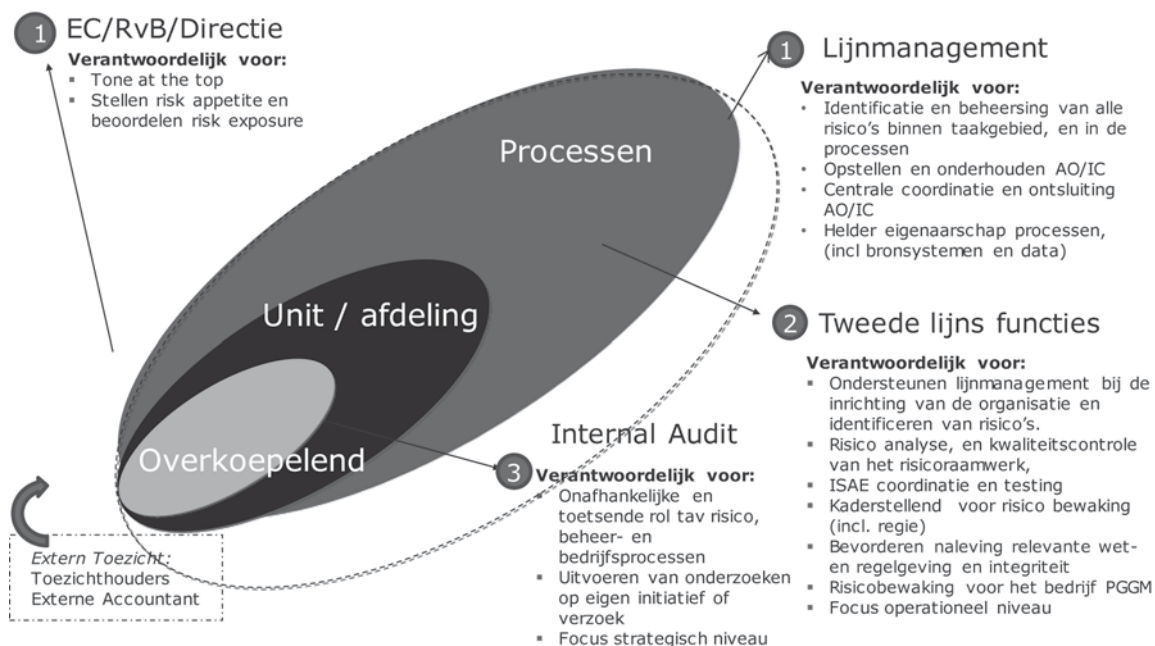
De compliancefunctie beoordeelt het compliancerisico van de instelling en ziet erop toe dat de instelling de wetten, reglementen en gedragsregels naleeft die deel uitmaken van haar werkdomeinen

Medewerkers van de risicobeheerfunctie kunnen geen opdrachten uitvoeren die behoren tot de compliancefunctie (de compliancefunctie beoordeelt het compliancerisico van de instelling en ziet erop toe dat de instelling de wetten, reglementen en gedragsregels naleeft die deel uitmaken van haar werkdomeinen). Het mag duidelijk zijn dat als een uiterste van het spectrum wordt gedefinieerd dat de functies compleet gescheiden dienen te functioneren en rapporteren en als andere uiterste een volledige integratie van Risk Management en compliancefuncties wordt nagestreefd. Daartussen bevindt zich een uitgebreid spectrum van mogelijkheden tot samenwerking tussen Risk Management en compliancefuncties. In deze bijdrage beschrijven we hoe Risk Management en de compliancefunctie binnen PGGM zijn ingericht, hun taken uitvoeren en op elkaar afstemmen. Mogelijk biedt dit *food for thought* bij de (evaluatie van) de wijze van inrichting van Risk Management en compliancefuncties binnen andere organisaties. In het document geven we eerst een beschrijving van de wijze waarop risk management en compliance binnen PGGM zijn gedefinieerd. Vervolgens beschrijven we hoe deze functies binnen het governance framework van PGGM zijn ingebed. Ten slotte gaan we in op de overwegingen die zijn gemaakt resulterend in de samenwerking van Risk Management en compliancefunctie binnen PGGM.

* Jan van Vulpen is werkzaam bij PGGM Corporate Compliance en Arjen Morée is werkzaam bij PGGM Corporate Enterprise Risk Management. Zij schreven dit artikel op persoonlijke titel.

¹ <http://www.compact.nl/artikelen/C-2010-1-Beugelaar.htm>.

² Circulaire FSMA-2012-21 dd. 4/12/2012 en FSMA-2013-08 dd. 23/04/2013.



Figuur 1: Grafische weergave van het 3 Lines of Defence (3LoD) model van PGGM

1. Risk management en compliance binnen PGGM - het governance model

Binnen PGGM is beheersing van de organisatie ingericht aan de hand van het 3 Lines of Defence-model:

Het lijnmanagement (1^e lijn) en hun medewerkers van PGGM zijn integraal verantwoordelijk voor een beheerste en integere bedrijfsvoering in lijn met de wet en in het belang van de verschillende belanghebbenden. Dit betekent:

- risicobewust handelen is onderdeel van de dagelijkse werkzaamheden van iedereen;
- de Raad van Bestuur (RvB) draagt de statutaire verantwoordelijkheid voor de beheersing van de risico's binnen PGGM als geheel en legt hierover verantwoording af aan de stakeholders van PGGM;
- vanuit deze verantwoordelijkheid werkt de 1^e lijn continu aan de verbetering van risicobeheersing.

De activiteiten van de 2^e lijn richten zich op:

- Risk Management: identificatie, analyse, monitoring, waardering van en rapportage over bedrijfs- en klantrisico's. Deze bestaan uit de volgende risico's: strategisch, business, governance, operationeel, compliance, security en uitbesteding;
- Risk Control: toetsende (controle) werkzaamheden om inzicht te bieden aan de directie en aan institutionele klanten over de effectieve werking van de ingeregelde beheersing binnen de organisatie en het voldoen aan interne en externe wet- en regelgeving;
- Security: identificatie, analyse, monitoring, waardering van en rapportage over security risico's;
- Compliance: integriteit en het aantoonbaar naleven van toezicht wet- en regelgeving door PGGM en haar medewerkers. Integriteit is de kwaliteit van de morele afwegingen die een aan PGGM verbonden persoon maakt in zijn denken en doen in de dagelijkse praktijk.

De 1e lijn legt over de bedrijfsvoering verantwoording af aan interne gremia en klanten, aan toezichthouders en maatschappij

De 1^e lijn legt over de bedrijfsvoering verantwoording af aan interne gremia en klanten, aan toezichthouders en maatschappij. De directies van de business units en de statutaire directies van vergunninghoudende juridische entiteiten hebben hierin een grote verantwoordelijkheid.

De 2^e lijn faciliteert de 1^e lijn in het nemen van deze verantwoordelijkheid door het stellen van kaders, richtlijnen, methoden en technieken en door het verschaffen van inzicht in *risk appetite* en *risk exposure*.

De 3^e lijn (Internal Audit; IA) ondersteunt het Executive Committee (EC) in de besturing en de beheersing van de organisatie, inclusief de interne en externe verantwoording daarover. De doelstelling van IA is om in aansluiting op Risk Management comfort te verschaffen over de risicobeheersing van bedrijfsprocessen, de betrouwbaarheid van managementinformatie, de veilige bewaring van activa, de effectiviteit en de efficiëntie van de bedrijfsvoering en het voldoen aan wet- en regelgeving. IA legt verantwoording af aan de CEO en aan de voorzitter van de Audit Commissie.

2. Risk Management en Compliance binnen PGGM

2.1 Risk Management

Overheidscommissies in het verleden en toezichhoudende instanties stellen steeds hogere eisen aan het (aantoonbaar) uitvoeren van een integere en beheerste bedrijfsuitvoering. Dit geldt zowel voor PGGM zelf als voor haar klanten die werkzaamheden aan PGGM uitbesteden. Binnen PGGM werken Risk Management en Compliance als 2e lijn samen om die integere en beheerste bedrijfsvoering door de 1^e lijn te adviseren, te trainen en te monitoren.

De activiteiten van Risk Management omvatten het op een systematische wijze beheersen van die risico's die de realisatie van strategie en doelstellingen van PGGM en haar klanten kunnen bedreigen

De activiteiten van Risk Management omvatten het op een systematische wijze beheersen van die risico's die de realisatie van strategie en doelstellingen van PGGM en haar klanten kunnen bedreigen. Daarbij definiëren we een risico als een interne of externe gebeurtenis die zich met een bepaalde kans kan voordoen waarmee het realiseren van de missie, strategie en doelstellingen in zowel positieve als negatieve zin beïnvloed kan worden.

Op een geïntegreerde, proactieve en transparante wijze worden afwegingen gemaakt tussen enerzijds bedreigingen en zwakten en anderzijds kansen en sterkten. Risico's worden op gestructureerde wijze bewaakt en inzichtelijk gemaakt. Daarmee wordt bijgedragen aan de voortdurende verbetering in de dienstverlening. Het risicomanagementsysteem moet voldoen aan wet- en regelgeving zowel voor PGGM zelf als voor haar klanten.

Hoe is risicomanagement bij PGGM ingericht?

PGGM heeft de principes van risicomanagement conform COSO in haar risicoraamwerk vastgelegd. De basis is het interactieve proces van:

- het opstellen van de strategie en hieraan gekoppeld het risicoprofiel en de risicobereidheid;
- het identificeren van risico's;
- het opstellen en implementeren van het beleid voor risicobeheersing, tot;
- de uitvoering, monitoring en terugkoppeling over risico's en beheersmaatregelen.

Daardoor worden de volgende doelstellingen ten aanzien van risicomanagement bereikt:

- gestructureerde processen om de belangen van en (contractuele) afspraken met de stakeholders te bewaken;
- het leidt tot waardecreatie en protectie door het bewust omgaan met risico's op alle niveaus binnen de organisatie;
- risico's worden systematisch behandeld: dit zorgt ervoor dat de belangrijke risico's worden geïdentificeerd waarna de benodigde acties worden ondernomen en gemonitord;
- het bestaan van transparantie over risico's en de doeltreffendheid van risicobeheersing zorgen voor voldoende vertrouwen bij het EC en klanten dat er inderdaad sprake is van een beheerste en integere bedrijfsvoering;
- het leidt tot duidelijke prioriteitstelling, die de basis vormt voor een efficiënte en effectieve allocatie van middelen (mensen, tijd, geld);
- het leidt tot het tijdig signaleren en kunnen voorkomen (let wel: niet uitsluiten) van verrassingen.

2.2 PGGM Compliance

Compliance is een niet meer weg te denken functie in de financiële sector. Een wettelijke omschrijving is voor financiële ondernemingen beschikbaar³, echter de afbakening met risicomanagement, audit en governance is niet altijd even helder. Daar komt bij dat de complianceregels vaak 'principle based' en minder 'rule based' zijn, hoewel een verschuiving naar 'rule based' waarneembaar is.

Net als bij Risk Management baseert PGGM zich voor Compliance op de uitgangspunten van COSO. Vanuit COSO wordt verstaan onder Compliance:

COSO identificeert de relaties tussen de ondernemingsrisico's en het interne beheersingssysteem. COSO hanteert hierbij de gedachte dat interne beheersing een proces is dat gericht is op het verkrijgen van een redelijke mate van zekerheid over het bereiken van doelstellingen in de categorieën:

- bereiken van de strategische doelstellingen (Strategic)
- effectiviteit en efficiëntie van bedrijfsprocessen (Operations)
- betrouwbaarheid van de (financiële) informatieverzorging (Reporting)
- naleving van relevante wet- en regelgeving (Compliance)

³ Besluit Prudentiele regels Wft (art. 21): Een betaalinstelling, clearinginstelling, elektronisch geldinstelling, entiteit voor risico-acceptatie, bank, premiepensioeninstelling, verzekeraar, wisselinstelling of bijkantoor als bedoeld in artikel 17 beschikt over een organisatieonderdeel dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliancefunctie uitoefent. Het organisatieonderdeel heeft als taak het controleren van de naleving van wettelijke regels en van interne regels die de financiële onderneming of bijkantoor zelf heeft opgesteld.

Hieruit zou in eerste instantie de conclusie getrokken kunnen worden dat COSO zich tot naleving van wet- en regelgeving als onderdeel van het interne beheersingssysteem beperkt. Echter, nadere beschouwing maakt duidelijk dat COSO cultuur, integriteit en ethiek als integraal onderdeel van de Interne omgeving ziet. Dit sluit aan op het eerder beschreven principe dat risicomanagement en compliance worden beschouwd als integraal onderdeel van de bedrijfsvoering van PGGM.

PGGM Compliance richt zich conform deze insteek op zowel op integriteit van als het aantoonbaar naleven van toezichtswet- en regelgeving door PGGM en haar medewerkers. Integriteit en het aantoonbaar naleven van wet- en regelgeving zijn het fundament onder het vertrouwen dat PGGM ontvangt van haar stakeholders.

De werkzaamheden van Compliance binnen PGGM zijn als volgt ingedeeld (zie figuur 2 onderaan de pagina)⁴:

Kaderstelling

- Opstellen van het geheel aan richtlijnen, methoden en technieken waarin het speelveld van Compliance wordt beschreven. Dit kader geldt als de norm waaraan de PGGM-organisatie dient te voldoen.
- Creëren van inzicht en overzicht in relevante wet- en regelgeving en de vertaling hiervan naar beleid, activiteiten en processen binnen PGGM; en
- Faciliteren van lijnmanagement bij hun verantwoordelijkheid voor het beheersen en ondervangen van compliancerisico's.

Advisering

- Faciliteren van een goede en open verstandhouding met de externe toezichthouders;
- Adviseren en ondersteunen van lijnmanagement bij het adresseren van audit findings en incidenten die betrekking hebben op compliancegerelateerde onderwerpen;
- Gevraagd en ongevraagd adviseren van lijnmanagement op het gebied van compliance;
- Toelichten van de compliancestructuur en activiteiten aan potentiële, nieuwe en bestaande klanten; en
- Compliance voor institutionele klanten (in het kader van bestuursadvisering).

- Proactief identificeren, meten en afwegen van compliancerisico's als gevolg van interne ontwikkelingen binnen PGGM en door externe ontwikkelingen;
- Intern aanspreekpunt voor de PGGM Gedragscode;
- Monitoring op onderdelen van de Gedragscode en toetsing van processen op naleving van wet- en regelgeving;
- Klokkenluidersregeling;
- Verstrekken van compliancestatements aan klanten; en
- Verstrekken van inzicht in PGGM brede compliancerisico's aan het EC, interne risk committees en de Audit, Risk & Compliance Commissie van de RvC; en
- Incident management compliance.

Training

- Creëren en uitbreiden van een compliance- en integriteitsbewuste cultuur binnen PGGM door middel van communicatie en training.

3. Overwegingen ten aanzien van het model van samenwerking Risk Management en Compliance bij PGGM

Gezien de discussies die zijn gevoerd over het al dan niet samenvoegen dan wel samenwerken tussen Risk Management en Compliance geven we hieronder de overwegingen weer die hebben geleid tot het model van samenwerken tussen Risk Management en Compliance bij PGGM.

Daarbij hebben we op basis van interne overtuigingen en externe opinies beoordeeld wat de kenmerken van de beide functies zijn, waar die functies overeenkomen, qua activiteiten en rapportagelijnen en waar de functies verschillen of een separate verantwoordingslijn nodig hebben. In het schema op de volgende pagina hebben we de voor- en nadelen van de twee uitersten weergegeven.



Figuur 2: Grafische weergave van de compliance-activiteiten van PGGM

⁴ Voor meer uitgebreide beschrijving over de wijze waarop naar compliance in de pensioenwereld kan worden gekeken, zie: drs. J. van Vulpen RA & mr. M. Boumans cpl, 'Compliance in de pensioenwereld', TvCo 2012 nr. 4, p. 272 e.v.

	Uiterste posities		
	Separaat	Volledige samensmelting	PGGM-situatie + toelichting
Doelstellingen van risk management en compliance	Risk Management is primair gericht op beheersing van processen door middel van 'hard controls'. Focus van Risk Management ligt bij ondersteuning van de inrichting en het toetsen van aantoonbaar naleven van de afgesproken beheersmaatregelen (AO/IC insteek). Compliance is primair gericht op een zodanige inrichting en beheersing van processen dat aan de relevante wet- en regelgeving wordt voldaan (juridische insteek). Compliance legt de focus voor integriteit nadrukkelijk gefocust op soft controls.	In deze positie is de kans aanwezig dat één van de disciplines Risk Management of Compliance de boventoon gaat voeren. Vooral de perceptie kan ontstaan dat compliance slechts één van de risico's is, waardoor een risk appetite ten aanzien van integriteit en naleving van wet- en regelgeving kan ontstaan die niet aansluit bij de wijze waarop stakeholders zoals toezichhouders de organisatie beoordelen.	Binnen PGGM werken Risk Management en Compliance samen in termen van beheerste en integere bedrijfsvoering volgens het COSO-model. Vanuit beide perspectieven is aandacht voor zowel de behoefte aan interne beheersing als de noodzaak van naleving van externe normen. Beide disciplines dragen ervoor zorg dat de aandacht op beide perspectieven ligt. Tevens wordt vanuit beide perspectieven onderkend dat integriteit een integraal onderdeel van de bedrijfsvoering vormt.
Karakter van activiteiten van Risk Management en Compliance: <i>Risk Management:</i> identificatie, analyse, monitoring, waardering en rapportage <i>Compliance:</i> kaderstelling, adviseren, monitoring en rapporteren, en training			PGGM heeft herkend dat de activiteiten van Risk Management en die van Compliance in belangrijke mate overeenkomen. Vanuit het perspectief van geselecteerde onderwerpen en prioriteitstelling mogen en kunnen verschillen ontstaan tussen Risk Management en Compliance
Eisen aan governance	Compliance is idealiter zoveel als mogelijk onafhankelijk gepositioneerd onder de CEO. Risk Management valt dan onder de verantwoordelijkheid van de CFRO. Hierdoor is het mogelijk dat de compliancefunctie een onafhankelijk onderdeel kan vallen over navolging van wet- en regelgeving en gedrag van processen/activiteiten die vallen onder de verantwoordelijkheid van de CFRO.		PGGM heeft het 3 Lines of Defence-model geadopteerd waarin de 1e lijn verantwoordelijk is voor beheerste en integere bedrijfsvoering. Risk Management en Compliance rapporteren als 2 ^e lijn aan de CFRO van PGGM. Tevens rapporteren zij aan het Audit Risk en Compliance Committee van de Raad van Commissarissen. In de rapportages wordt voor beide disciplines voldoende ruimte ingeruimd. Daarmee is de onafhankelijkheid van de rollen voldoende gewaarborgd.
Werkwijzen en methodieken	Zowel Risk Management als Compliance kennen de eigen methodieken en werkwijzen bij de invulling van de 2e lijns functie. Daarbij ontstaat het risico van overlap, maar ook het risico dat thema's 'tussen wal en schip vallen'.		PGGM heeft geconstateerd dat wat betreft werkwijzen en methodieken een sterke overlap bestaat en zoekt hierin nadrukkelijk de samenwerking tussen de disciplines. Bijvoorbeeld 1 gezamenlijke wijze van opstellen van (samenhangend) beleid, 1 wijze van (vastlegging van) advisering aan de 1e lijn, 1 wijze van training (zelfs gezamenlijke trainingen en e-learnings) en 1 wijze van monitoring en rapportering. Resultante is dat kwaliteit- en schaalvoordelen kunnen worden gerealiseerd terwijl tegelijkertijd de werkwijze/ methodiek voldoende ruimte biedt om inhoudelijk de separate onderwerpen te behandelen.
Vanuit stakeholders	Stakeholders ervaren de 2e lijnsfuncties als elk zelfstandige functies, waarbij de vraag kan ontstaan voor welk deel van de interne beheersing van de organisatie men bij welke 2e lijns functie terecht moet.	In deze situatie geldt dat wellicht één van beide disciplines de boventoon gaat voeren. Waardoor mogelijk specifieke onderwerpen die voor stakeholders van belang zijn als minder relevant worden ervaren.	Stakeholders ervaren de 2e lijnsfuncties als samenwerkende functies, waarbij de kennis van elkaars werkwijzen en methodieken tot eenduidigheid leidt, maar tegelijkertijd inhoudelijk van elk van de disciplines invulling kan worden gegeven aan de vraagstukken waarmee de 1e lijnsfunctie zich geconfronteerd ziet.
Nut en noodzaak van de beheersing van risico's	Risk Management is gericht op risico's, interne en effectieve beheersing. Compliance is gericht op naleving wet- en regelgeving en aansluiting van integriteit op basis van zorgplicht en kernwaarden van de organisatie.	In geval van volledige samensmelting geldt dat wellicht een van beide disciplines de boventoon gaat voeren. Daarmee ontstaat het risico dat specifieke onderwerpen die voor stakeholders van belang zijn als minder relevant worden ervaren.	Geïntegreerde benadering van integere en beheerste bedrijfsvoering met aandacht voor zowel hard als soft controls, efficiency en naleving van externe normen. Dit vanuit de perceptie dat PGGM een reputatie nastreeft van coöperatief topmerk waarbij de kernwaarden vakmanschap, voortdurend verbeteren en verbinden, verbinden en verantwoorden op een integrale wijze invulling wordt gegeven. Tevens dat de cultuur van de organisatie risico- en control bewust is waarin soft controls een belangrijke rol spelen zoals leiderschap, voorbeeldgedrag en communicatiestijlen.
Onafhankelijkheid ten opzichte van elkaar	Risk Management beschouwt de compliancefunctie als elke andere functie en toetst haar compliance activiteiten ook als zodanig.	Beoordeling van compliance-activiteiten (naleving wet- en regelgeving) kan leiden tot keuren eigen vlees	Focus op compliancerisico's en toetsing van compliance-activiteiten is geborgd vanuit separaat team risicomangement, mede op basis van de goede kennis en inzichten die uit de samenwerking van Risk Management en Compliance voortvloeien.
Eisen aan medewerkers	Medewerkers bij Risk Management zijn met name geschoold en ervaren ten aanzien van risico-analyses, procesinrichting en -beheersing. Compliance medewerkers zijn met name juridisch geschoold en gericht op integriteit van mensen.	Wellicht gaat een van beide disciplines de boventoon voeren. Daarmee zullen ook functie-eisen vanuit die discipline worden ingevuld.	Risk Management en Compliance medewerkers hebben gezamenlijk functiebeschrijvingen opgesteld, waarbij de inhoudelijke functies (meer risk management of meer compliance georiënteerd) bepalen welke competenties, ervaring en opleiding benodigd zijn. Tevens kan daarbij de mogelijkheid van verbreding van functies en uitwisselen tussen disciplines, maar ook specialisatie worden overwogen.
Communicatie	Zowel Risk Management als Compliance verzorgen hun eigen communicatie- en awareness programma, gericht op eenzelfde doelgroep. Daarbij ontstaat het risico van overlap en gevoel van 'too much' bij de doelgroep		Binnen PGGM wordt op een éénduidige wijze met stakeholders gecommuniceerd, waarbij zoveel mogelijk schaalvoordelen worden nagestreefd in tooling en tegelijkertijd scherpte is op de specifieke boodschappen die de disciplines voor het voetlicht willen brengen.

Ook hebben we vastgesteld hoe bij de wijze van samenwerking tussen Risk Management en Compliance de voordelen van samenwerken kunnen worden geplukt, maar tegelijkertijd de belangrijkste nadelen ons inziens worden gemitigeerd.

Conclusie

De discussie over wel of niet (volledig) samenvoegen van risk management en compliancefuncties zullen we met dit artikel niet hebben beslecht. We hebben wel de belangrijkste voordelen van samenwerking laten zien:

Geïntegreerde benadering van integere en beheerste bedrijfsvoering met aandacht voor zowel hard als soft controls, efficiency en naleving van externe normen. de cultuur van de organisatie risico- en control bewust is waarin soft controls een belangrijke rol spelen zoals leiderschap, voorbeeldgedrag en communicatiestijlen. samenwerken tussen Risk Management en Compliance waar mogelijk, onderscheiden en gescheiden activiteiten indien nodig.

Daartegenover hebben we als belangrijkste nadeel gezien dat een volledig onafhankelijke positie van de compliancefunctie niet mogelijk is in het samenwerkingsmodel. Risk management en Compliance rapporteren als 2e lijns-functies aan de CFRO van PGGM. Daarnaast rapporteren zij ook aan het Audit Risk en Compliance Committee van de Raad van Commissarissen van PGGM.

In rapportages is voor beide disciplines voldoende ruimte ingeruimd. Daarmee is de onafhankelijkheid van de rollen voldoende gewaarborgd. ■

Compliance Officer: stap uit de schaduw van de regels!

M. Hoegen en B.C. Korteweg*

Trefwoorden: *vertrouwen, financiële sector, reputatiemanagement*

Vijf jaar na de val van Lehman Brothers is het consumentenvertrouwen in Nederland nog steeds erg laag.¹ De financiële crisis en incidenten als bijvoorbeeld de woekerpolisaffaire hebben het imago van de financiële sector beschadigd. Het vertrouwen van consumenten in de financiële sector is gedaald en banken proberen het vertrouwen te herstellen. Hoe werkt herstel van vertrouwen en welke rol speelt de compliance officer in het herstel van vertrouwen?

1. Het vertrouwen is geschaad

De financiële sector is van vitaal belang voor het functioneren van de economie als geheel. Voor het goed functioneren van de financiële dienstverlening, is vertrouwen essentieel. En precies het vertrouwen is uitgehold sinds de financiële crisis, als gevolg van enorme verliezen, wangedrag, en de continue stroom van incidenten. De aandacht hiervoor van het brede publiek is versterkt door de opkomst van sociale netwerken en technologische vooruitgang. De ontbrekende focus op het belang van de klant, de hoge kosten en onduidelijke producten en diensten waren verwoestend voor de sector. Dit werd verder versterkt door het gebrek aan zelfreflectie en het gebrek aan communicatie.

Herstel van vertrouwen zal een uitgebreid en ingrijpend proces worden op individueel en collectief niveau, maar ook voor de samenleving als geheel. Het herstellen en inbedden van integriteit bij individuele organisaties, het afstemmen en synchroniseren van de belangen van stakeholders (voornamelijk gericht op de belangen van klanten) en het beter beheren van de

perceptie door het werkelijk begrijpen van het gebrek aan vertrouwen, kan een bijdrage leveren aan een totaal herstel van de financiële sector.

Hoe werkt herstel van vertrouwen en welke rol speelt de compliance officer in het herstel van vertrouwen?

De compliancefunctie wordt ook wel eens gezien als het geweten van organisaties. De voorspelbaarheid van dit geweten heeft een impact op het vertrouwen in de organisatie. De vraag is of de compliancefunctie moet veranderen in het huidige klimaat en of de compliancefunctie een rol zou kunnen spelen in het terugwinnen van het vertrouwen in de financiële dienstverlening. In dit artikel gaan we nader in op deze vragen. We zullen eerst de link leggen met reputatiemanagement. Vervolgens bekijken we de rol van compliance in 'herstel van vertrouwen' en tot slot de veranderingen die compliance kan toepassen in haar bijdrage aan 'herstel van vertrouwen'.

2. Naar herstel van vertrouwen

Vanuit reputatiemanagement vindt herstel van vertrouwen plaats aan de hand van een aantal onderliggende mechanismen. Deze mechanismen worden gedreven door competentie, welwillendheid en integriteit.

Vanuit reputatiemanagement vindt herstel van vertrouwen plaats aan de hand van een aantal onderliggende mechanismen. Deze mechanismen worden gedreven door competentie, welwillendheid en integriteit²:

- Competentie verwijst naar het vermogen beloften te realiseren. Dit vermogen ontstaat onder andere wanneer de organisatie voldoende kennis, expertise, vaardigheden, en leiderschap heeft om beloften te realiseren.

* Marit Hoegen en Bart C. Korteweg zijn beiden werkzaam bij Deloitte als adviseurs op het (brede) domein van compliance. Dit stuk is het resultaat van het samenvoegen van onderzoek dat zij beiden hebben uitgevoerd: 'Compliance en Reputatiemanagement: dé elementen voor (her)winnen van vertrouwen in een organisatie?' (Marit Hoegen, juni 2014) en 'Does the current climate require a different compliance officer? - Regaining trust in the financial services industry and the role of the compliance officer' (Bart C. Korteweg, juni 2014).

¹ De Nederlandsche Bank (2013) p 2 What drives consumer confidence in times of financial crises? Evidence for the Netherlands

² Y. Xie, en S. Peng (2009), 'how to repair customer trust after negative publicity: The roles of competence, integrity benevolence and forgiveness', *Psychology and Marketing*, 26(7), p 574

- Welwillendheid betreft de oprechte zorg voor de belangen van klanten en de motivatie om goed te doen voor de klanten van de organisatie.
- Met integriteit wordt in dit kader bedoeld op inachtneming van een set aan gezonde principes.

Voor organisaties die het vertrouwen in hun organisatie willen herstellen is het belangrijk deze onderliggende mechanismen voor vertrouwen te begrijpen en aan de hand hiervan te reflecteren of de organisatie de kenmerken in zich heeft om vertrouwen te herstellen.

Als we kijken naar wat een organisatie concreet kan doen, kunnen we kijken naar wat men in het kader van reputatiemanagement hierover heeft geschreven. Als een organisatie reputatieschade heeft opgelopen, zoals financiële instellingen na de financiële crisis, kan de organisatie naar de volgende drie doelen streven:

1. Het herstellen van de reputatie naar de reputatie zoals deze was voor de periode van de reputatieschade.
2. Het repareren van de reputatie. Dit is een proces van herbouwen of vervormen van de reputatie naar een positieve maar niet oorspronkelijke conditie nadat er schade is opgelopen.
3. Wederopbouw van de reputatie. Dit betekent dat de organisatie een transformatie doormaakt en vervormt door verandering en hervorming naar de structuur en cultuur zodat het zichzelf kan herpositioneren en zich kan herintegreren met de stakeholders. Wederopbouw is structureler en meer systematisch van aard dan het repareren van een reputatie doordat de organisatie genoodzaakt is de reputatie te monteren, dat gaat verder dan het vervangen of repareren van de reputatie.³

Er worden drie soorten inspanningen onderscheiden voor herstel van consumentenvertrouwen:

Affectieve herstelinspanningen; dit betreft bijvoorbeeld excuses van de organisatie, en uitingen van berouw en compassie. Affectieve initiatieven blijken de meest dominante rol te spelen in de mechanismen en het vormgeven van het imago van integriteit en welwillendheid.

Functionele herstelinspanningen, zoals financiële compensatie of het terughalen van goederen of een gratis reparatie. Dit betreft ook het onderzoeken van de oorzaken om herhaling te voorkomen.

Informatieve herstelinspanningen betreffen onder andere communicatie, bijvoorbeeld over feiten, of nieuwsupdates. Het verschaffen van voldoende informatie, tijdens het herstelproces blijkt het best te werken voor het verbeteren het op competentie gebaseerde vertrouwen.

Affectieve herstelinspanningen blijken een cruciale stap bij het herstellen van consumentenvertrouwen. Bij het herstellen van consumentenvertrouwen zijn het wederopbouwen van een betrouwbaar imago en het verdienen van vergeving cruciale stappen.⁵ Uit onderzoek blijkt dat als het organisaties lukt om hun integriteit, competentie en welwillendheid te tonen bij het afhandelen van een crisis, mensen meer bereid zijn de fouten te vergeven en de organisatie weer te vertrouwen.⁶

3. De parallel tussen reputatiemanagement en compliance nader beschouwd

Uit onderzoek naar de theoretische overlap tussen de compliancefunctie en reputatiemanagement blijkt die te bestaan uit de thema's: Identiteit van de organisatie en gedrag van medewerkers, Cultuur, Integriteit en Consumentenvertrouwen. De gemene deler van deze thema's is 'gedrag van medewerkers'. De Cultuur en de Identiteit van de organisatie hebben beiden invloed op het gedrag van medewerkers. Gedrag van medewerkers heeft uiteindelijk invloed op het consumentenvertrouwen. Om deze reden dienen compliance en reputatiemanagement een gezamenlijk belang ten aanzien van cultuur en het beïnvloeden van de cultuur binnen een organisatie.

3.1 Identiteit van de organisatie

De waarden in de identiteit van de organisatie kunnen invloed hebben op het organisatiegedrag doordat kenmerken van de identiteit van de organisatie, medewerkers in hun gedrag begeleiden. Over het algemeen herkennen de complianceprofessionals het verband omdat het karakter van de organisatie en de bekendheid van medewerkers met deze identiteit van belang is voor het uiteindelijke gedrag van medewerkers. Als onderdeel van ons onderzoek hebben wij een aantal complianceprofessionals gesproken. Eén van de complianceprofessionals geeft aan dat hun organisatie van oudsher een identiteit heeft met duidelijk uitgesproken positieve waarden. Deze organisatie merkt dat zij door hun identiteit en reputatie specifieke mensen, met specifiek gedrag aantrekken:

³ T.O. Brexendrf & J. Kernstock, 'Corporate behaviour vs brand behaviour: Towards an integrated view?', *Brand management*, 2007-15(1) p. 33

⁴ Y. Xie & S. Peng, 'How to repair customer trust after negative publicity: The roles of competence, integrity benevolence and forgiveness', *Psychology and Marketing*, 2009-26(7), p. 576.

⁵ Y. Xie & S. Peng, 'How to repair customer trust after negative publicity: The roles of competence, integrity benevolence and forgiveness', *Psychology and Marketing*, 2009-26(7), p. 586.

⁶ Y. Xie & S. Peng, 'How to repair customer trust after negative publicity: The roles of competence, integrity benevolence and forgiveness', *Psychology and Marketing*, 2009-26(7), p. 586.

Bij het herstellen van consumentenvertrouwen zijn het wederopbouwen van een betrouwbaar imago en het verdienen van vergeving cruciale stappen

'Bij deze mensen stroomt een bepaalde kleur bloed door de aderen en daarom willen ze graag bij onze organisatie werken. Dit merken wij in het gedrag van onze medewerkers.' Bij een soortgelijke organisatie met een andere identiteit werkt een heel ander type mens en is een ander soort organisatiegedrag. Eén van de reputatiespecialisten bevestigt dit en geeft aan dat organisaties een bepaald karakter hebben en specifieke medewerkers aantrekken. Deze medewerkers hebben ook een specifiek DNA. Dat maakt het voor de ene organisatie heel gemakkelijk om het belang van bijvoorbeeld klantbelang te doorleven, en voor een andere organisatie een stuk moeilijker. Ondanks dit vindt een aantal complianceprofessionals het niet nodig om betrokken te zijn bij de strategievorming voor de organisatie en discussies rondom identiteit. Een reden hiervoor is dat zij vinden dat dit niet 'hun rol' is als compliance officer. Een belangrijke kanttekening die wordt gemaakt, is dat voor de buitenwereld de kracht er met name in zit in wat je doet en laat zien en niet zozeer in wat je zegt of naar buiten brengt, of wie of wat je als organisatie wil zijn. In literatuur over reputatiemanagement wordt in het verlengde hiervan het belang van 'geloofwaardigheid' ook onderschreven.

3.2 Cultuur van de organisatie

In de jaarlijkse Benchmark van Deloitte worden compliance officers uit de corporate sector gevraagd naar de speerpunten van de afdeling compliance en de organisatie van de compliancefunctie in hun organisatie. In surveyresultaten van de benchmark van 2014 geven 6 van de 98 respondenten aan dat 'reputatie' een onderwerp is dat de compliance afdeling of functie in hun organisaties behandelt. 'Cultuur' wordt door geen van de 98 compliance officers genoemd als een onderwerp dat zij actief behandelen.⁷ Als reden hiervoor wordt door één van de geïnterviewden genoemd dat het ook belangrijk is thema's juist niet als compliancethema neer te zetten, maar in de business te leggen. Zo worden deze thema's niet alleen een 'feestje van Compliance'. Uit literatuur over reputatiemanagement blijkt dat organisatiecultuur een belangrijke rol speelt in het wederopbouwen van een beschadigde reputatie doordat het gedrag van (medewerkers van) de organisatie gerelateerd is aan de organisatiecultuur. Door compliance een onderdeel te maken van de cultuur kan integer gedrag de norm worden voor het gedrag van medewerkers.

Aan de compliance officers werd gevraagd of organisatiecultuur inderdaad een belangrijke rol speelt bij de wederopbouw van een beschadigde reputatie. De meeste compliance professionals herkennen het belang van de rol van de organisatiecultuur in de wederopbouw van de reputatie van een organisatie en het belang van cultuur voor het gedrag van medewerkers in de organisatie. Een aantal van hen geven aan dat dit komt doordat cultuur het gedrag van de medewerkers bepaalt en je medewerkers uiteindelijk van groot belang zijn voor je reputatie. Cultuur is belangrijk om zaken te doen slagen: 'De cultuur bepaalt de reputatie, want de cultuur wordt door de

business uitgedragen naar buiten toe. Goed gedrag en ethisch gedrag moeten daarom in het DNA zitten van de organisatie'.

Compliance professionals vinden dat compliance een betrokkenheid heeft bij het thema 'cultuur'. Compliance kan een belangrijke bijdrage leveren aan het vertrouwen bij medewerkers dat zij altijd gesteund worden door de organisatie wanneer zij volgens de normen en de waarden van de organisatie handelen. Ook als dit betekent dat deze medewerker 'nee' moet verkopen aan een belangrijke klant, aldus een reputatiemanagementspecialist.

De geïnterviewde compliance professionals vinden dat compliance slechts een 'indirecte' rol vervult in 'herstel van vertrouwen'

4. Compliance en herstel van vertrouwen

De geïnterviewde compliance professionals vinden dat compliance slechts een 'indirecte' rol vervult in 'herstel van vertrouwen'. Daarbij benadrukken zij dat het vervullen van deze indirecte rol dient te gebeuren vanuit de huidige rol van compliance. Het uiteindelijke herstel van vertrouwen vindt 'direct' plaats via de business en specifiek door medewerkers met klantcontact. Compliance ondersteunt hierbij de business als tweedelijnsfunctie. Eén compliance officer vindt dat compliance een bijzondere rol vervult bij de aandachtspunten die het vertrouwen in het verleden negatief hebben beïnvloed, zoals de zorgplichtissues en incidenten. Hierbij wordt opgemerkt dat werkzaamheden van compliance zoals het adviseren van de business, monitoren en toetsen bijdragen aan het voorkomen van incidenten. Hiernaast draagt compliance bij aan het juist reageren op incidenten. Andere compliance officers benadrukken het belang van het intern agenderen van compliancethema's en de aandacht voor gedrag en cultuur. Daarom vindt men herstel van vertrouwen een gezamenlijke verantwoordelijkheid, want: 'Het is een mooie gedachte dat compliance dat doet, maar herstel van vertrouwen doe je met elkaar.' Uit ervaring weet één van de geïnterviewden dat het helpt om uit te leggen wat je als compliance doet, waarmee compliance bezig is, vanuit welke rol, en met welke ambitie en wat er wordt gedaan om al deze zaken waar te maken.

Volgens de reputatiespecialisten kan compliance een bijdrage leveren omdat de geloofwaardigheid van organisaties belangrijk is en compliance daaraan bijdraagt. Daarnaast kan compliance communiceren over zaken die echt zijn en echt voorkomen, zoals incidenten. Het als organisatie laten zien wat er gebeurt op het gebied van incidenten en laten zien hoe de organisatie daar mee omgaat, kan ook als een

⁷ Survey-materiaal Deloitte Benchmark: Compliance in Motion A closer look at the Corporate Sector 2014.

bevestiging of een signaal naar 'het publiek' en de klant worden gebruikt. Zij benadrukken daarom het belang van het brengen van boodschappen die heel dicht bij datgene liggen wat anderen over de organisatie geloven. Vanuit daar kan de boodschap worden uitgebreid. Wat bijvoorbeeld voor de financiële sector zou kunnen werken is te beginnen met een *corporate story* en te vertellen over wat er speelt, over de capaciteit die nodig is om aan bepaalde regels te voldoen en wat daarin de grootste uitdagingen zijn. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat mensen meer begrip krijgen voor de financiële sector.

4.1 De compliancefunctie zal veranderen

Sommige compliance officers in de financiële sector beperken zich tot wat er moet worden gedaan vanuit een regelgevend perspectief. De activiteiten van de compliancefunctie richten zich weinig op de verantwoordelijkheden vanuit het geweten van de organisatie en op thema's met mogelijke impact op de reputatie of afwijkingen van de identiteit van de organisatie.

'Compliance gaat over het geweten van je organisatie en thema's als gedrag en reputatie.' Compliance zou om deze reden boven de wet- en regelgeving moeten staan. De geïnterviewde geeft aan dat we daar nog niet zijn, maar we zouden er naar kunnen streven. 'Door de veelheid aan regels schuiven deze belangrijke thema's voor Compliance nog wel eens naar de achtergrond.'

De meeste geïnterviewden geven aan te geloven in een koppeling tussen reputatiemanagement en compliance, omdat er overlap en verwevenheid is tussen thema's en dynamieken van compliance en reputatiemanagement. Hiernaast gelooft men dat compliance meer is dan alleen regels en letter van de wet. 'Er gaat een sterke werking uit van *corporate values*, normen en waarden, gepast gedrag.' Een andere reden is omdat men gelooft in een integrale benadering van thema's, en dat thema's niet alleen vanuit compliance worden benaderd. Een aantal geïnterviewden geeft ook aan dat er al voorzichtig geëxperimenteerd wordt met het naar buiten brengen van informatie, bijvoorbeeld in het jaarverslag. De achterliggende gedachte is om transparanter te zijn naar de buitenwereld.

De geïnterviewde complianceprofessionals geven aan dat het tijd is voor Compliance om zich meer bezig te houden met de externe reputatie. Daarbij vindt men ook dat de zorg voor de externe reputatie een gezamenlijke inspanning is van alle onderdelen van de organisatie. Ten aanzien van de rolverdeling tussen Compliance en reputatiemanagement wordt opgemerkt dat Compliance niet de eerste partij is die initiatieven voor de externe reputatie dient te ontwikkelen en ook niet de partij is die naar buiten toe communiceert. De uitvoering zal door een afdeling als reputatiemanagement of de business zelf moeten gebeuren.

Compliance officers vinden dat Compliance meer open moet staan voor de buitenwereld en bijna letterlijk meer naar buiten toe moet

4.2 Vizier naar buiten toe richten

Compliance officers vinden dat Compliance meer open moet staan voor de buitenwereld en bijna letterlijk meer naar buiten toe moet. Volgens complianceprofessionals is dit het eerste dat Compliance zou moeten veranderen. Compliance moet meer meedenken met de business in plaats van achter het bureau blijven zitten. Ook ten aanzien van externe partijen dient Compliance meer open te staan voor signalen uit de buitenwereld, zoals toezichthouders die prikkels afgeven voordat zij gaan handhaven. Wanneer 'de markt' en dus Compliance niet reageert, is de kans groter dat het een formeel toezichtthema wordt. Om deze reden zou Compliance ook minder reactief moeten reageren op de toezichthouder. Compliance kan namelijk toegevoegde waarde leveren voor de organisatie door bijvoorbeeld te anticiperen op toezichthouders. De compliancefunctie zou een veel pro-actievere houding moeten aannemen in de relatie en interactie met de toezichthouder.

4.3 Compliance en de interne reputatie

Een aantal compliance officers vindt dat het tijd is voor Compliance om zich te richten op de interne reputatie. Zij herkennen dat compliance officers momenteel te weinig meedenken met de business en de business soms ook te slecht kennen. Hierbij dient kritisch gekeken te worden naar het soort mensen en de kwaliteiten van de huidige compliance medewerkers. Het is te vroeg voor Compliance om actief bezig te zijn met de externe reputatie, omdat de eerste stap die Compliance dient te zetten, gerelateerd is aan de interne reputatie. Volgens de gesproken compliance professionals zijn hier creatieve en inspirerende mensen voor nodig en kennen veel compliance-afdelingen te weinig van dat soort mensen. In de aandacht voor het beïnvloeden van gedrag en cultuur kunnen de elementen uit reputatiemanagement de compliance professionals helpen.

Eén compliance professional geeft aan dat de relatie van Compliance met andere afdelingen altijd een spanningsveld blijft en benadrukt hoe belangrijk het is binnen een organisatie om vertrouwen te hebben in andere organisatieonderdelen.

Welke stappen zou de compliancefunctie volgens de professionals moeten zetten?

- De eerste noodzakelijke stap voor Compliance is om bij de business te gaan zitten want het openstaan voor de business en het meedenken met de business gebeurt nu nog te weinig.
- Een andere belangrijke stap is om actief mee te denken in hoe de organisatie haar klanten nog beter kan bedienen. Dit is volgens één van de

complianceprofessionals nodig, want Compliance kijkt nu te veel vanuit het perspectief van het toezichthouden in plaats van perspectief verbetering klant en bedrijf.

- De compliance officer moet de ratio achter bepaalde zaken (kunnen) uitleggen aan de business, dat werkt beter dan regels op te leggen en beleidsstukken en processen te verspreiden.
- Compliance zou minder formalistisch moeten kijken naar het werk dat ze doen en actiever moeten meedenken bij implementatie van beleid.

De meeste geïnterviewden zijn het met elkaar eens dat de huidige medewerkers van Compliance niet de juiste karakterkenmerken hebben om de relatie met de business te versterken.

Volgens één van de complianceprofessionals komt onder andere doordat de huidige complianceprofessionals vaak oud-juristen of oud-accountants zijn. Deze mensen bezitten waardevolle eigenschappen voor de controlerende taken binnen de compliancefunctie en de taken gerelateerd aan regelgeving, maar hebben soms minder oog voor sociale verhoudingen en intuïtie. Voor thema's als cultuur, gedrag van medewerkers en het structureel met de business in gesprek raken zijn mensen met andere karaktereigenschappen nodig.

5. Veranderplan Compliance

Compliance officers hebben de potentie om substantieel bij te dragen aan het herstel van vertrouwen in de financiële sector en daarnaast verder te bouwen aan de reputatie van de organisatie waar zij werkzaam zijn. In veel gevallen trekken ze alles uit de kast om dat te doen – maar ze staan onder druk. Terwijl zij zich hebben ondergedompeld in het voldoen aan de steeds hogere eisen, suggereren de uitkomsten van ons onderzoek dat ze niet over voldoende middelen beschikken om dit te doen. Uit bovenstaande is wel duidelijk geworden dat de compliancefunctie een structurele verbinding moet krijgen met de reputatie van de organisatie. Daartoe zal de compliancefunctie de regels beter moeten verankeren in de organisatie, zodat de verantwoordelijkheden op de juiste plaats binnen de organisatie komen te liggen. Daarnaast zullen compliancerisico's niet alleen gebaseerd moeten zijn op de regels, maar beter gerelateerd moeten zijn aan de daadwerkelijke risico's van de doelstellingen van de organisatie. En als laatste zal het complianceprogramma ruimte moeten bieden voor een maatschappelijke oriëntatie.

Interessant is dat de compliancefunctie werkt op het kruispunt van Legal, Risk Management, de organisatie zelf, en de interne auditafdeling. Zelfstandig functioneren in deze arena is bijna onmogelijk

5.1 Verbind regels met de organisatie

Interessant is dat de compliancefunctie werkt op het kruispunt van Legal, Risk Management, de organisatie zelf, en de interne auditafdeling. Zelfstandig functioneren in deze arena is bijna onmogelijk. Legal is veelal verantwoordelijk voor het monitoren van de (veranderende) regelgeving en de interpretatie hiervan binnen de organisatie. De business is (met advies en ondersteuning van Risk Management) verantwoordelijk voor het definiëren van de risico's en het ontwikkelen van het control framework en de monitoring en het testen van de beheersingsmaatregelen. De business is verantwoordelijk voor de diensten aan klanten. Vanuit dit perspectief lijkt er niet veel ruimte te zijn voor de compliancefunctie. Het 'bouwen' aan de interne organisatie en interne afstemming is daarom cruciaal om een gemeenschappelijk kader te creëren. Dit biedt nog ruimte voor verbetering. Elementen die kunnen bijdragen aan een geslaagd gemeenschappelijk kader, zijn:

- De implementatie van een organisatiebrede standaard voor risico-monitoring en risicobeheer.
- Het ontwikkelen van een shared services-aanpak om de samenwerking tussen de tweedelijns functies en de business te verbeteren.
- Voortdurende ontwikkeling en het delen van effectieve maatregelen of oplossingen om de business en andere functies te ondersteunen.
- Een beter begrip van de nalevingskosten creëren en een gedetailleerd plan opstellen om in staat te zijn om kosten te besparen.
- Het opstellen van een gemeenschappelijk regelgevingskader om ook toekomstige veranderingen in regelgeving te kunnen beheren en te combineren.

Voor Compliance wordt het van cruciaal belang om de reden achter regelgeving echt te begrijpen en deze combineren met de missie van de organisatie. Dit zal de regelgeving in een veel bredere context plaatsen. Maar ook de verbinding tussen regels en de organisatie in de best mogelijke manier. In dit verband een voordeel dat wordt bereikt door de strategische beslissing om niet te blokkeren, vanwege zogenaamde 'naleving', maar een verrijking van de besluitvorming op de lange termijn met de 'verlichting': het gebruik van de regeling als een praktische leidraad of algemene controle, maar uitvoeringsverordeningen langs de lijnen van de ware betekenis.

De vergelijking kan worden gemaakt met het opvoeden van kinderen. Zodra het gesprek is gestart over rede en hoe dit kan worden bereikt, kan een kind zich gedragen binnen de lijnen van de rede en ook dit ook toepassen in nieuwe situaties en omstandigheden.

De ratio achter de regels is dat de organisatie haar producten en diensten kan voeren, hiernaast dienen regels ter bescherming van de 'zwakkere partijen' (partijen met minder individuele macht en slagkracht) die betrokken zijn bij deze producten en diensten.

Dit zou kunnen reflecteren in de doelstelling van de toekomstige compliance officer: het nastreven van

naleving als *preferred* gedrag van medewerkers, doordat medewerkers de ratio begrijpen achter dit gedrag, en hiernaar ook handelen. Dit betekent dat naleving niet wordt gezien als het handelen volgens de regels, maar handelen in het licht van de ratio. Compliance gaat dan over het creëren van bewustwording van gedrag in het belang van alle stakeholders. Hiernaast dient Compliance de belangen van stakeholders in een zwakkere positie dan de organisatie, zoals klanten, te bewaken en te benadrukken. Naleving betreft dan ook het streven naar het opbouwen van sterkere relaties met de zwakkere partijen (zoals klanten). Aangezien de verwachtingen van deze partijen veranderen in de tijd, zal dit een continue proces worden.

Een aantal benaderde compliance professionals vindt dat 'de compliancefunctie' een indirecte rol heeft ten aanzien van het (her)winnen van vertrouwen. De medewerkers van de organisatie, ofwel 'de business' heeft een directe rol want die treedt naar buiten en heeft klantcontact en Compliance niet. Het beïnvloeden van de mening van stakeholders gebeurt hierdoor voor een groot deel indirect door compliance. Een interessante toekomstige analyse is om te bezien of de compliancefunctie zich rondom het thema 'cultuur en gedrag' richt op de specifieke vereisten die aan cultuur en gedrag worden gesteld door de toezichthouder, of dat de compliancefunctie verder gaat en dit thema benadert vanuit de strategie van de organisatie, en vanuit de perceptie van klanten en de maatschappij als geheel.

5.2 Compliance risk wordt gerelateerd aan doelstellingen

Van het geschade consumentenvertrouwen leren we dat reputatie niet alleen gerelateerd is aan regelgeving, maar aan bredere algemene verwachtingen. Financiële diensten en producten dienen 'goed' aan de behoeften en doelstellingen van de klant te beantwoorden. Regelgeving, zoals we hebben gezien in de vorige paragraaf, is reactief en vaak repressief, dus veel te beperkt om de financiële sector voor echte 'compliancerisico's' te beschermen.

Het compliancerisico kan worden gedefinieerd als het risico dat het verlenen van financiële diensten niet gebeurt, omdat de belangen van de betrokken partijen niet voldoende zijn beschermd

Wat is een compliancerisico? Als de compliancefunctie de continue bescherming van alle betrokken partijen (vooral de zwakkeren) bewaakt om te borgen dat financiële diensten verleend kunnen worden in het belang van alle betrokken partijen, dan kan compliancerisico worden gedefinieerd als het risico dat het verlenen van financiële diensten niet gebeurt omdat

de belangen van de betrokken partijen niet voldoende zijn beschermd. Deze nieuwe definitie is een startpunt voor een verandering van de focus van de compliance officer. Uiteraard moet dit verder worden aangescherpt door ervaringen uit de praktijk.

Naar onze mening staat de geloofwaardigheid van de compliancefunctie onder druk na de financiële crisis. Dit komt onder andere doordat regels momenteel de agenda van de compliance officer nog te veel bepalen. Het voldoen aan regels en voorschriften is genoeg, was het gemeenschappelijke idee. De financiële dienstverleners handelden wellicht in overeenstemming met alle wet- en regelgeving, dit heeft de crisis en het verlies van vertrouwen (de belangrijkste factor voor het goed functioneren van de financiële dienstverlening), helaas niet kunnen voorkomen. Wij geloven dat de compliancefunctie in de toekomst sterker staat wanneer de compliancefunctie haar horizon verbreedt en vanuit de ratio van regels gaat handelen.

5.3 Complianceprogramma biedt ruimte voor maatschappelijke belangen

Bij de bovenstaande betrokkenheid van de compliancefunctie met reputatiemanagement horen ook nieuwe verantwoordelijkheden voor de compliancefunctie:

1. Het beoordelen van de belangen van verschillende stakeholders en de aandacht voor 'zwakkere' stakeholders bewaken;
2. Zorg voor permanente evaluatie van deze belangen en risico's;
3. Adviseren over het verwerken van deze belangen en risico's binnen de business;
4. Het koppelen van de doelstellingen van de organisatie aan compliancerisico's.

Wij begrijpen dat dit een compleet nieuwe benadering van de compliancefunctie is. Wij hopen met dit artikel een aanvulling te hebben gegeven op de huidige discussie over het herstel van vertrouwen in de financiële sector en de rol van de compliancefunctie hierbij.

Wij willen alle compliance officers uitdagen om uit de schaduw van de regels te stappen en het lef te tonen om de ratio achter de regels te verbinden met de doelstellingen van de organisatie. ■

Wij willen alle compliance officers uitdagen om uit de schaduw van de regels te stappen en het lef te tonen om de ratio achter de regels te verbinden met de doelstellingen van de organisatie

Lessons Learned

S.W.B. Boerma RA (red.)*

In deze rubriek willen we zaken bespreken die zich in de praktijk hebben voorgedaan. Voorvallen die zich bij alle beursgenoteerde ondernemingen zouden kunnen voordoen. Voorvallen waaruit lering getrokken kan worden. We learn. Zij worden beschreven als zouden zij zich afspelen in het virtuele conglomeraat Wilurn NV. Op deze manier wordt de anonimiteit gegarandeerd. U bent uitgenodigd eigen praktijkgevallen aan de redactie in te zenden.

Onderstaande case gaat over: samenwerking tussen de afdelingen Compliance en Risk Management

Case

In de jaren negentig werd S.T.K. Oud de Compliance Officer van Wilurn. In die tijd bestonden er nog geen compliance-afdelingen binnen Wilurn en was Oud als compliance officer verantwoordelijk voor een aandachtsgebied met meer dan 15000 werknemers, verdeeld over een groot aantal directeuren.

Destijds had een professor al eens uitgesproken dat in principe alle wetgeving onder de verantwoordelijkheid van Compliance valt, maar dat in het kader van prioritering het voldoen aan de gemeentelijke regels rond het buitenzetten van vuilcontainers niet echt aandacht zou moeten krijgen.

Hierop gebaseerd besteedde Oud de meeste aandacht aan cultuur en gedrag binnen de organisatie vanuit het adagium: als het gedrag van medewerkers correct is, dan volgt het correct naleven van wet- en regelgeving vanzelf.

Controle op opzet, bestaan en werking van processen was de taak van de interne controle afdelingen en de interne accountantsdienst

Controle op opzet, bestaan en werking van processen was de taak van de interne controle afdelingen en de interne accountantsdienst. Rapportages van deze afdelingen werden ook aan Oud overhandigd, zodat deze inzicht had in hoeverre interne procedures werden nageleefd dan wel (stelselmatig) werden genegeerd. Ook had Oud een goed contact met de centrale klachtenafdeling en kon hij op deze manier nagaan of het gedrag van de organisatie overeenstem-

de met de door de directie van Wilurn uitgedragen 'Algemene Normen en Waarden'.

In de loop der jaren zijn de interne controle-afdelingen binnen Wilurn veranderd in Operational Risk Management (ORM) afdelingen. Door de afdeling ORM van Wilurn werden de risico's verbijzonderd naar diverse categorieën, zoals control risk, processing risk, intern en extern fraude risico, maar ook compliance risk.

De opname van compliance risk in de opsomming van risico's door ORM, zonder de expliciete vermelding dat dit risico het specifieke terrein was van de compliance officer, leidde tot verwarring bij de business

De opname van compliance risk in de opsomming van risico's door ORM, zonder de expliciete vermelding dat dit risico het specifieke terrein was van de compliance officer, leidde tot verwarring bij de business.

Is het compliance risk nu een onderdeel van de totale operational risks die onder verantwoordelijkheid van het Hoofd ORM vallen? Of (andere zijde van het spectrum) vallen alle operational risks onder de noemer van compliance risk, omdat elk operational risk kan leiden tot opspraak in de maatschappij en op die manier de reputatie van Wilurn kan aantasten en dus aandachtsgebied van compliance behoort te zijn? In de samenwerking tussen Compliance en ORM leidde dit niet tot verschil van mening. De beide leidinggevenden werkten uitstekend samen. Maar voor de business gaf dit wel wat verwarring. Bijvoorbeeld bij de vraag wie men nu moest inschakelen bij een incident.

Ook de inrichting van Compliance is in de loop der jaren veranderd. Toezichthouders drongen aan op uitbreiding van de bezetting van Compliance met daaraan verbonden ook het opzetten van een monitoringsysteem. Uiteraard heeft Wilurn aan het verzoek van de toezichthouders gehoor gegeven. Voor de business had dit tot gevolg dat ze naast controles door de eigen riskafdelingen (zoals ORM) nu ook met monitoring vanuit Compliance geconfronteerd werd. Naast het feit dat voor een gewone medewerker het verschil tussen monitoren en controle niet duidelijk is (zelfs voor compliance officers geeft dit wel eens problemen), krijgt deze er

* Sjoerd Boerma is Senior Compliance Officer bij ING en redacteur van TvCo.

nog een afdeling bij die beoordeelt of de medewerker zijn werk wel goed verricht.

Als daarbij via de nieuwe gedragsregels en de bankierseed er ook nog een tuchtrechtspraak komt, gaat het deze personen helemaal duizelen.

Oud, inmiddels leidinggevende van een grote afdeling Compliance, zag dit probleem ook. Naar zijn mening konden ORM-rapportages over het ontwerp en effectiviteit van ingerichte processen ook goed gebruikt worden. Ten slotte is Compliance betrokken geweest bij het aanpassen van procedures in het kader van wet- en regelgeving, teneinde compliance risks goed te beheersen. Als een andere partij dat dan controleert op ontwerp en effectiviteit in de business is dat een onafhankelijke toets die verder gaat dan alleen monitoren

Oud nam hiervoor contact op met het hoofd van ORM, C.N.T.R. Oler, om na te gaan of het mogelijk is dat ORM ook nog een aantal compliance-onderwerpen zou kunnen opnemen in zijn controleplan. Oler was het met Oud eens dat samenwerken op het gebied van controle en monitoring enerzijds voor de business minder controledruk ging opleveren en anderzijds binnen ORM en Compliance een besparing van FTE's kon opleveren. In deze samenwerking blijft Compliance natuurlijk wel verantwoordelijk voor het goed borgen van de compliancemonitoring en de controles verricht door ORM.

Na opstellen van een service level agreement, waarin nadere afspraken tussen Compliance en ORM werden vastgelegd, hebben Oud en Oler deze voorgelegd aan de directie van Wilurn.

De directie nam het voorstel om samen te werken over, juist vanwege het efficiënt inzetten van de stafmedewerkers en uiteraard de mogelijkheid tot besparingen.

Het moeten voldoen aan verplichtingen in wet- en regelgeving of eisen van toezichthouders betekent niet dat er geen mogelijkheden bestaan om deze zelf op een zo efficiënt mogelijke manier in te richten

Lessons learned

Het moeten voldoen aan verplichtingen in wet- en regelgeving of eisen van toezichthouders betekent niet dat er geen mogelijkheden bestaan om deze zelf op een zo efficiënt mogelijke manier in te richten. Zowel samenwerking tussen de verschillende afdelingen die zich bezighouden met risk management, als gebruik maken van elkaars rapportages en kennis levert uiteindelijk een betere beheersing van de risico's op tegen een lager kostenniveau. ■

Strafbare manipulatie van derivatenmarkten

mr. D.M. van de Linde*

Trefwoorden: marktmanipulatie, derivaten, *lex certa*-beginsel, OTC-transacties,

1. Inleiding

Financiële markten functioneren alleen optimaal als iedere deelnemer op hetzelfde moment over dezelfde juiste informatie kan beschikken. Manipulerende gedragingen zijn een belemmering voor deze volledige en reële markttransparantie en daarom onwenselijk.¹ De manipulator van de markt zorgt er met zijn gedraging voor dat vraag en aanbod onder een verkeerde invloed bij elkaar komen, waardoor marktdeelnemers gedupeerd kunnen raken. In 2003 leidde deze constatering tot de publicatie van richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie. De richtlijn werd geïmplementeerd in hoofdstuk 5.4 van onze Wet financieel toezicht (verder: Wft). Handel met voorkennis in aandelen en obligaties en de manipulatie van aandelen- en obligatiekoersen kwalificeren sindsdien als economische delicten. In art. 5:58 Wft is het verbod op marktmanipulatie neergelegd. Dit artikel verbiedt een transactie te verrichten of te bewerkstelligen waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van die financiële instrumenten. Indien degene die de transactie verricht of bewerkstelligt kan aantonen dat zijn beweegreden om de transactie of handelsorder te verrichten of te bewerkstelligen

gerechtvaardigd is en dat de transactie of handelsorder in overeenstemming is met de gebruikelijke marktpraktijk op de desbetreffende gereguleerde markt, is hij niet strafbaar. In 2010 merkte de auteur Hoff over art. 5:58 Wft op dat deze bepaling, ondanks dat de verschillende voorbeelden hieraan kleur geven, erg abstract blijft.² Een van de belangrijkste oorzaken hiervoor is dat art. 5:58 Wft zeer ruime delictomschrijvingen met open normen kent en daardoor weinig delictsafbakenend is. Voor overtreding van art. 5:58 Wft is bijvoorbeeld schuld noch opzet vereist. Vanwege de onduidelijkheid die de delictomschrijving met zich meebrengt, is het in de praktijk lastig te bepalen wanneer de grens tussen het toelaatbare en ontoelaatbare wordt overschreden. Hoff stelt dan ook dat op goede gronden kan worden betoogd dat de wettekst op gespannen voet staat met het *lex certa*-beginsel. Het is immers duidelijk noch voorspelbaar wanneer een gedraging in overtreding van art. 5:58 Wft is. Bovendien geldt dat wanneer er een afwijkende transactie wordt waargenomen, het de vraag is hoe bewezen kan worden dat de transactie wordt verricht in het bewustzijn de prijs van een financieel instrument te manipuleren.

Toen in 2008 de zakenbank *Lehman Brothers* failliet ging, had dit grote gevolgen voor het financiële stelsel. De G20 bijeenkomsten van 2009 stonden dan ook in het teken van de bestrijding van deze crisis. De oplossing lag volgens de G20 landen grotendeels in het transparant maken van het financiële stelsel.³ Met name op onderhandse derivatenmarkten, zo bleek tijdens de crisis, schortte het aan de nodige transparantie. Kenmerkend aan onderhandse derivaten is namelijk dat deze buiten de beurs om, tussen twee partijen (over the counter (verder: OTC)) tot stand komen en de informatie omtrent deze derivaten slechts bij twee partijen bekend is. Naar aanleiding van de verschillende G20 toppen is er mondiaal al de nodige wetgeving tot stand gekomen die transparantie binnen onderhandse derivatenmarkten moet

* Dick van de Linde is werkzaam bij Rabobank en schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

¹ Overweging 7 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmissbruik) Brussel, 20.10.2011, COM(2011) 651 definitief.

² G.T.J. Hoff, 'Marktmisbruik', in *Onderneming en Financieel Toezicht*, serie onderneming en recht dl 57, p. 732 e.v. Zie voor de voorbeelden: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19 p. 603-604 en het voornoemde hoofdstuk van Hoff, p. 734. Ook Doorenbos heeft zich op deze manier over art. 5:58 Wft uitgelaten (<http://www.mr-online.nl/mrs-van-de-week/mr-van-de-week/2903-mr-van-de-vrijdag-prof-dr-daandoorbos>).

³ 'All standardized OTC derivative contracts should be traded on exchanges or electronic trading platforms, where appropriate, and cleared through central counterparties by end 2012 at the latest. OTC derivative contracts should be reported to trade repositories. Non-centrally cleared contracts should be subject to higher capital requirements. We ask the Financial Stability Board and its relevant members to assess regularly implementation and whether it is sufficient to improve transparency in the derivatives markets, mitigate systemic risk, and protect against market abuse.' Statement No. 13 Leaders' Statement: The Pittsburgh Summit (September 24 – 25, 2009), http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf.

vergroten.⁴ Ten gevolge van het betrekken van OTC-derivaten in Europese wetgeving, wordt ook de richtlijn marktmisbruik herzien. Het herzieningsproces heeft een nieuwe richtlijn tot gevolg en hiernaast een binnen de Europese Unie direct werkende verordening. De teksten van de richtlijn en verordening zijn op 12 juni 2014 gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie. Naast aandelen en obligaties wordt ook de OTC-handel in bepaalde (grondstof) derivaten onder het marktmisbruikregime gevangen. De Europese wetgever wil met het instrument verordening voorkomen dat, ten gevolge van verschil in implementatie, een manipulatieve handeling vanuit lidstaat A die de koersen in lidstaat B beïnvloed onbestraft blijft, terwijl een dergelijke handeling vanuit lidstaat B wel strafbaar is.⁵

De centrale vraag in deze bijdrage is of, met de herziening en de uitbreiding van het marktmisbruikregime, de constatering van Hoff blijft staan. Ik beperk mij in deze bijdrage tot de bewijsbaarheid gezien de omvang en de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het ingebodde lex certa-beginsel. Mijn stelling is dat dit het geval is, sterker nog, dat deze onzekerheid groter wordt. Hiernaast wordt de mogelijkheid om te bewijzen dat er sprake is van strafbare marktmanipulatie, naar mijn overtuiging, beperkter, gezien de eigenschappen van bepaalde derivaten die binnen de reikwijdte van de verordening gaan vallen. Deze onduidelijkheid is slecht voor compliance-afdelingen van financiële instellingen die beleid willen maken naar aanleiding van de verordening en richtlijn marktmisbruik.

Ik licht er in deze bijdrage één categorie derivaten uit, namelijk de OTC verhandelde grondstofderivaten. Dit omdat deze derivaten zo nadrukkelijk in de conceptverordening worden genoemd. Hierom komt in de tweede paragraaf aan bod wat (grondstof)derivaten zijn. In de derde paragraaf komt aan de orde wanneer derivaten binnen de reikwijdte van de concept verordening marktmisbruik vallen. In paragraaf 4 volgt een bespreking van de centrale vraag. Ik sluit af met paragraaf 5. Gezien de abstractie van de materie zal ik veel voorbeelden gebruiken, deze zullen cursief opgemaakt zijn.

2. Derivaten

Bij derivaten zullen de gedachten uitgaan naar Vestia, dat ingewikkelde abstracte financiële instrumenten kocht en hierdoor in de problemen kwam. Toch zijn er ook talloze consumenten die (onbewust) derivaten afsluiten. Derivaten zijn namelijk in de eerste plaats overeenkomsten of (rechts)handelingen, ter uitvoering van overeenkomsten.⁶ Het aangaan van een overeenkomst tussen een consument en diens energieleverancier waarbij de consument de komende drie jaar een vaste energieprijs betaalt of de optie op de koop van een huis, zijn hier voorbeelden van. Met het 'vastzetten' van de energieprijs voorkomt de consument dat hij plotseling geconfronteerd wordt met een hogere prijs voor zijn energie ten opzichte van de prijs van het jaar daarvoor. Aan de andere kant geldt dat de consument niet profiteert van een lagere energieprijs ten gevolge van de prijsfixatie. De consument betaalt, in het kader van diens overeenkomst met de energiemaatschappij, voor de energie een prijs die niet overeenkomt met de marktwaarde van energie gedurende de looptijd van de overeenkomst, maar hier wel van afgeleid is. Dit is een van de belangrijkste kenmerken van derivaten, namelijk dat het instrumenten zijn waarvan de waarde wordt afgeleid van de prijsontwikkeling van een onderliggend product.⁷ Deze onderliggende waarde kan alles zijn. Voorbeelden hiervan zijn: aandelen, rentes, valuta, mais, goud en gas. Ondanks dat er een breed scala afgeleide contracten bestaat, maakt men in de juridische literatuur grofweg een tweedeling in de grondvormen van derivaten, namelijk opties en termijncontracten.⁸ Het verschil tussen de twee categorieën is dat de laatst genoemde instrumenten

⁴ Binnen de Europese Unie is dit Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 omtrent OTC-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, beter bekend als de European Market Infrastructure Regulation (EMIR), die op 4 juli 2012 is gepubliceerd, beter bekend onder het acroniem EMIR. Ingevolge deze verordening dienen partijen bij een derivatencontract de kenmerken van dit derivaat te melden aan gegevensbewaarplaats. Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 omtrent OTC-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, beter bekend als de European Market Infrastructure Regulation (EMIR), die op 4 juli 2012 is gepubliceerd.

⁵ Gewijzigd voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), COM(2012) 421, p 6 - 7.

⁶ M.G.C.M. Peeters & W.A.K. Rank, *Bescherming van rechten van derivatenclënten bij insolventie van een intermediair*, Serie recht en onderneming dl. 63, Deventer: Kluwer 2011, p. 142-143.

⁷ M.G.C.M. Peeters & W.A.K. Rank, *Bescherming van rechten van derivatenclënten bij insolventie van een intermediair*, Serie recht en onderneming dl. 63, Deventer: Kluwer 2011, p. 142-143. Tevens: G.T.M.J. Raaijmakers & R. Abma, *Achter de schermen van beursaandeelhouders*, (preadvies Vereniging 'handelsrecht' 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 7, tevens A. Hudson, *The law on financial derivatives*, London: Sweet and Maxwell 1996, p. 6 -7 en p. 1089 e.v.

een verplicht karakter hebben en de optie een optioneel karakter heeft. Er zijn ook auteurs die een minder grove indeling maken. In dat geval leidt de kwalificatie van derivaten tot de opsomming: opties, swaps en *forwards/futures*.⁹ Hieronder zal ik de optie, swap en forward nader beschrijven.

2.1 Opties

De optie is een onherroepelijk aanbod van een partij om, indien de wederpartij dit wenst, met haar een bepaalde overeenkomst te sluiten (artikel 6:219 lid 3 BW).¹⁰ De wederpartij van de aanbieder heeft dus het recht, maar niet de plicht de overeenkomst te sluiten. Opties kennen veel verschijningsvormen, maar er zijn in de basis twee grote categorieën te onderkennen, namelijk de calloptie en de putoptie. Een calloptie geeft het recht tot koop van een onderliggende waarde, terwijl de putoptie het recht tot verkoop geeft.¹¹ Een optie is *in the money* indien (in het geval van een call-optie) de uitoefenprijs lager is dan de geldende marktprijs van de onderliggende waarde en *out of the money* indien dit andersom is. De verkoop/koopprijs van een optie wordt de premie genoemd. Een voorbeeld zal de werking van de optie illustreren.

Stel dat Russische graanboeren in maart op goede gronden vermoeden en aankondigen dat de oogst in september of oktober mislukt en de prijzen van graan zullen stijgen. Dit kan bij de potentiële kopers van graan de grofweg twee reacties veroorzaken. De eerste is de verwachting dat het wel mee zal vallen en de tweede mogelijkheid is dat het aangekondigde scenario zich zal manifesteren en het mogelijk zelfs erger wordt dan nu wordt verwacht. In het geval potentiële kopers niet veel waarde hechten aan de mededeling van de graanboeren zal de vraag naar het recht om het graan in de toekomst te kopen tegen de huidige prijs lager zijn dan het aanbod. Er zullen maar weinigen geïnteresseerd zijn. De koopprijs voor dit recht, de premie voor deze optie, zal dus laag zijn. In het tweede geval zal de premie hoog zijn. De marktdeelnemers die vermoeden dat de oogst zal mislukken zullen na de aankondiging van de graanboeren het recht willen hebben om graan te kopen tegen de nu geldende prijs voor september/ oktober. Zij hebben tegen die tijd mogelijk leveringsverplichtingen aan derden en willen zeker zijn dat ze aan graan kunnen komen tegen een aantrekkelijk prijs. In dit geval zal de premie voor het kooprecht hoog zijn.

Bij de optie is goed te zien dat de waardeontwikkeling van het derivaat afhankelijk is van de verwachtingen over de graanoogst, maar deze ontwikkeling niet hoeft te volgen. De prijs is afhankelijk van de toekomstige verwachtingen over de ontwikkeling van de graanprijs. Partijen kunnen voor een relatief laag bedrag op de financiële markt het recht kopen om het graan tegen een bepaalde prijs te kopen. Een calloptie om het graan tegen EUR 100 per 1000 kilo te verkrijgen, kan bijvoorbeeld in het geval de marktparticipanten weinig waarde hechten aan de mededeling van de graanboeren EUR 2 aan premie kosten. In het geval van onrust door de mededeling zal de vraag groot zijn en dus kan de prijs oplopen. Dit hefboomeffect of *gearing* heeft tot gevolg dat de inleg van een gering bedrag een recht in het leven roept op een onderliggende waarde dat de waarde van de investering ver overschrijdt.¹²

2.2 Swaps

Het eerste en nu nog steeds meest voorkomende OTC-derivaat is de *swap*. De swap is treffend omschreven als een contractuele afspraak van de ene contractspartij om de lusten en lasten van een bepaald vermogensbestanddeel van de ander te dragen in ruil voor de lusten en lasten van een vermogensbestanddeel van hemzelf.¹³ Naar Nederlands recht is er echter geen sprake van een

⁸ A. Nederveen, 'Derivaten en de Wet toezicht effectenverkeer', TVVS 1995, 78, zie ook: C.M. Grundmann- van de Krol & F.J.P. Ingh, *Parlementaire geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer*, Deventer: Kluwer 1995-1996, p.179, tevens, J.L.S.M. Hillen, *Schuurman Jordens 143- II*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2002, p. 79- 80.

⁹ S.K. Henderson, *Henderson on derivatives*, London: Lexis Nexis 2010, p. 39, tevens, W.A.K. Rank, 'OTC-Derivaten in de kredietcrisis: de ISDA-documentatie als instrument van risicobeheersing', *Tijdschrift voor Financieel recht*, 2009, nr. 2/3, p. 111, tevens, P.J.W. Duffhues & J.G. Groeneveld, *Financiële instrumenten, deel 2 Internal control, verslaggeving en fiscaliteit*, Kluwer Bedrijfsinformatie 1997, p.15; zie ook C.M. Grundmann- van de Krol & D. Busch, *Handboek Beleggingsondernemingen*, serie onderneming en recht deel 51, Deventer: Kluwer 2009, p. 711; M.S. Lotay, *Financial law in the Netherlands*, Deventer: Kluwer law international, 2010, p. 240.

¹⁰ Zie voor een verdere uitleg: HR, 23-12-1994, NJ 1995, 263.

¹¹ C.M Grundmann- van de Krol, *Koersen door de wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010, p. 56 en Assers/ Maeijer/ Van Sollinge & Nieuwe Weme 2-II, 2009, nr. 235, tevens de conclusie bij HR 13-11-1987, NJ 1988, 278.

¹² International Accounting Standard 39 Financial Instruments: Recognition and Measurement.

¹³ G.T.M.J Raaijmakers & R. Abma, *Achter de schermen van beursaandeelhouder*, (preadvies van de vereniging 'handelsrecht' 2007), Deventer: Kluwer 2007, p.8, tevens C.F. Leeger, *Swaps onder ISDA documentatie* (Contracteren in de internationale praktijk deel 4), Deventer: Kluwer 2002, p. 9.

ruil en ook niet van een wederkerige overeenkomst, die gericht is op het periodiek (verbruik) lenen, uitwisselen, verrekenen of afrekenen van wederzijdse schulden of grondstoffen, met zowel dezelfde looptijd als dezelfde aanvangswaarde.¹⁴ Een swap wordt daarom gekwalificeerd als een onbepaalde 'sui generis' of gemengde wederkerige overeenkomst, gericht op het wederzijds nakomen van betalingen volgens specifieke internationale gebruiken.¹⁵ Hoe het ook zij, op deze plaats is van belang dat de lezer zich realiseert dat er bij een swap in de praktijk uitruil van twee onderliggende waarden plaatsvindt. Partijen kunnen bij deze uitruil afspreken dat er daadwerkelijk fysieke uitwisseling plaatsvindt (*physical settlement*) of dat ze het verschil in waarde met elkaar afrekenen (*cash settlement*).

Een voorbeeld van een grondstoffenswap is de swap van kerosine tegen diesel. Stel dat voor beide brandstoffen op 1 maart EUR 500 per 1000 liter betaald moet worden. Partij A en B spreken op 1 maart af dat partij A zijn diesel op 20 maart swapt tegen de kerosine van partij B. Stel dat diesel op 20 maart EUR 490 per 1000 liter kost en kerosine EUR 600 per 1000 liter. Partij A swapt op dat moment zijn product met een waarde van EUR 490 tegen een product dat EUR 600 waard is en maakt dus EUR 110 'winst'.

2.3 Futures en forwards

Bij een *forward* overeenkomst, die in tegenstelling tot de *future* niet ter beurse wordt verhandeld, spreken partijen af om de onderliggende waarde te leveren op een vastgestelde tijd in de toekomst tegen een op het moment van sluiten van de overeenkomst vastgestelde prijs. Bij *forwards* is er doorgaans geen sprake van *gearing*. Partijen betalen de marktprijs die voor de toekomst tot stand is gekomen. Dit laatste verdient enige uitleg.

Tarwe wordt in de winter gezaaid, maar pas in de late zomer geoogst. In de winter is er geen zicht op hoe groot de oogst zal zijn, omdat dit afhankelijk is van het weer. Een koude droge zomer heeft een kleinere oogst tot gevolg dan een warme zomer met iedere avond een flinke regenbui. Normaal gesproken levert de oogst voor de boer pas in augustus of september geld op, omdat deze dan pas verkocht kan worden. Toch moet de tarweboer in januari al investeringen doen in materiaal en zaad. De financiële markt geeft deze tarweboer de mogelijkheid een gedeelte van de tarwe die in januari nog niet op het land staat, te verkopen om zodoende over geld te beschikken. In januari is er echter nog geen zicht op het weer in de zomer. Stel dat de voorgaande honderd zomers allemaal grote oogsten hebben opgebracht, dan geldt dat er voldoende aanbod verwacht wordt in augustus tegenover een bepaalde vraag. De prijs zal relatief laag zijn. Is er geen pijn op het weer te trekken en is elke zomer anders, dan maakt iedere koper zijn eigen afweging en is de verwachte prijs het ene jaar hoger dan het andere. Stel dat de verwachtingen bestaan dat het een slechte zomer zal worden, dan wordt de prijs voor tarwe hoog. Bij een gelijkblijvende vraag, daalt immers het aanbod naar verwachting. Op de termijnmarkt voor tarwe zal de boer zijn tarwe dus tegen een hoge prijs kunnen verkopen om deze vervolgens te leveren in september. Hij kan meteen over de koopprijs beschikken. Hij moet echter wel leveren, ongeacht of hij de verkochte oogst van zijn land kan halen of niet.

¹⁴ C.M. Grundmann-van de Krol, D. Busch, *Handboek Beleggingsondernemingen*, serie onderneming en recht deel 51, Deventer: Kluwer 2009, p. 16.

¹⁵ G.T.M.J. Raaijmakers & R. Abma, *Achter de schermen van beursaandeelhouder*, (preadvies van de vereniging 'handelsrecht 2007'), Deventer: Kluwer 2007, p.8., D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol e.a., *Onderneming en financieel toezicht*, Onderneming en recht, deel 57, Deventer: Kluwer 2010, p. 148, C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010, p. 56 tevens Groene serie nr. 8 (boek 7 artikel 49 ruil).

¹⁶ De optie kan zowel op eenzijdige wijze door de optieverlener ten behoeve van een ander in het leven worden geroepen als worden gevestigd door middel van een obligatoire overeenkomst of andere rechtshandeling. Zie hiervoor: Kluwer Groene serie 252 (art. 219 lid 3 BW). Rutten beschouwt de afspraak waarbij een optie wordt verleend als een – eenzijdige – overeenkomst, waarbij de optieverlener de verplichting van contractspartij op zich heeft genomen onder de voorwaarde dat de optiegerechtigde verklaart tot het contract toe te treden. Zie tevens Asser/Rutten 4-I 6e druk, p. 136 en Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 168 en daarmee corresponderend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008/177). Zie ook: Pitlo/Bolweg, *Verbintenissenrecht I*, p. 103. Voor het oordeel dat een optie in overeenkomstvorm

2.4 Derivatenhandel

Derivaten kwalificeren als goederen en zodoende kunnen eenmaal gekochte derivaten ook weer verkocht worden. Ze zijn verhandelbaar ofwel overdraagbaar in de zin van art. 3:1 BW jo 3:6 BW. Wanneer echter een wederpartij van een forward, swap of optie¹⁶ wijzigt, dat moet er een akte komen en medewerking van de wederpartij. Er is namelijk

sprake van contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW. Om deze formaliteiten te omzeilen, kan de houder van een positie ook een nieuwe derivatenovereenkomst aangaan waarbij hij een tegengestelde positie inneemt. Deze laatste overeenkomst resulteert erin dat deze positie bij een derde terecht komt.¹⁷ Een voorbeeld zal dit verduidelijken. *Partij A koopt in september van B van een hoeveelheid van 1000 mt. mais te leveren in november. A heeft een long (koop) positie. Hij kan nu deze partij mais twee dagen later, bij een hogere prijs verkopen aan C, A gaat nu short (een verkoop). De handel in het derivaat bestaat in casu uit het met twee verschillende partijen aangaan van een tegenoverstelde verplichting.*¹⁹

2.5 Hedging en speculatie

Zoals aan de voorbeelden hierboven te zien is, worden er op de derivatenmarkt waarschijnlijkheden verhandeld met betrekking tot een prijsontwikkeling van een onderliggende waarde.²⁰ Vraag en aanbod naar deze waarschijnlijkheden, levert een waarde van het derivaat op. Wanneer vervolgens de toekomstige marktwaarde verandert, worden de verwachtingen anders en verandert de waarde van het derivaat. De verwachting omtrent de waardeontwikkeling kan aanleiding zijn om het risico dat deze verwachting zich manifesteert te beheersen of juist op te zoeken. Het risico dat een verlies kan ontstaan als koersen van handelsposities, bijvoorbeeld grondstoffen of aandelen, fluctueren, wordt marktrisico genoemd.²⁰ Ongeacht de onderliggende waarde komt een derivaat per definitie op de financiële markt tot stand. Op deze markt kan in beginsel niet-overdraagbaar risico verpakt in een derivaat desalniettemin worden overgedragen. Een overeenkomst die wordt gesloten vanwege een verwachting over de prijsontwikkeling van een onderliggende waarde is dan ook primair een financieel instrument en geen middel om een onderliggende waarde te verkrijgen. Voor dit laatste kan de vrager op de fysieke markt terecht.

Speculatie middels derivaten is het opzoeken van dit marktrisico. Een speculant verkoopt bijvoorbeeld in juni zijn voorraad grondnoten voor USD 100 per 100 kilo te leveren in november als hij verwacht dat de prijs voor deze noten in november USD 75 zal zijn. In november koopt en levert hij dan noten met mogelijk een waarde van USD 75 waar hij USD 100 voor ontvangt.

Hedging is het beheersen van marktrisico en het spiegelbeeld van speculatie. Stel dat producent A in januari een voorraad soja heeft geproduceerd, die in juni wordt verkocht. Deze productie heeft USD 74 per 1000 kilo gekost, de marktprijs voor juni is USD 75. Om nu te zorgen dat de producent deze dollar winst veilig stelt, kan hij zijn voorraad hedgen. Hiertoe koopt hij zijn voorraad soja in juni op de financiële markt voor USD 75 per 1000 kilo in het kader van een termijnkoop, waarbij partijen afspreken dat er geldelijk afgerekend wordt. Stel dat de marktprijs in juni USD 80 per 1000 kilo is. Dan geldt dat de producent USD 5 verlies maakt op zijn fysieke verkoop. In het kader van zijn forward maakt de producent USD 5 winst. Hij koopt namelijk soja met een waarde van USD 80 per 1000 kilo voor USD 75 per 1000 kilo. Het verschil wordt afgerekend en de producent ontvangt USD 5 per 1000 kilo.

niet noodzakelijk eenzijdig is zie men tevens: P.J. Verdam, WPNR 1945/3909, sub 8 en A.S. Hartkamp in Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, deel II, 11e druk, p. 66, Zwolle 2001 tevens, Kluwer Groene serie 252 en 257, Optie, (art. 219 lid 3 BW).

¹⁷ M.G.C.M. Peeters & W.A.K. Rank, *Bescherming van rechten van derivatenclënten bij insolventie van een intermediair*, Serie recht en onderneming dl 63, Deventer: Kluwer 2011, p. 142-143.

¹⁸ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, het Europees Economisch en sociaal Comité van de regio's en de Europese Centrale bank, *Garanderen van efficiënte, veilige en gezonde derivatenmarkten: toekomstige Beleidsmaatregelen* Brussel, 20.10.2009 COM(2009) 563 definitief par. 3.0.

¹⁹ ISDA, *regulation of Commodity Derivative Markets within MiFID- Price formation drivers* October 2011, te vinden op: <http://isda.informz.net/z/cjUucD9taT0xMzcwMzk4JnA9MSZ1PTc2MT-I2NjUwNSZsaT02MTQ4ODIw/index.html>.

²⁰ Zie nader: Bank of International Settlement, *Report Principals for financial infrastructures* <http://www.bis.org/publ/cpss94.pdf>, p. 17 e.v.

3. Strafbare marktmanipulatie

De grond voor strafbaarstelling van marktmanipulatie gevormd door art. 15 verordening Nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie (verder: verordening marktmisbruik). Dit artikel bepaalt dat het verboden is om marktmanipulatie te bedrijven of te trachten marktmanipulatie te bedrijven. Wanneer er sprake is van manipulatie, valt te lezen in art. 12. Art. 12 lid 1 verordening marktmisbruik, dat onderverdeeld is in (a), (b) en (c), bepaalt onder (a) dat er sprake is van marktmanipulatie wanneer er bij het aangaan van een transactie, het plaatsen van een handelsorder of elke andere gedraging daadwerkelijk of waarschijnlijk onjuiste of misleidende signalen worden afgegeven met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers

van een financieel instrument of een eraan gerelateerd spotcontract voor grondstoffen; of de koers van een of meer financiële instrumenten of eraan gerelateerde spotcontracten voor grondstoffen daadwerkelijk of waarschijnlijk op een abnormaal of kunstmatig niveau worden gebracht. Apart wordt genoemd dat er sprake is van manipulatie indien er bij het manipuleren kunstgrepen of enigerlei andere vorm van bedrog of misleiding plaatsvindt. In art. 12 lid 2 worden (ruim omschreven en abstracte) gedragingen opgesomd die strafbare poging tot marktmanipulatie opleveren. In art. 12 lid 3 wordt verwezen naar indicatoren die wijzen op kunstgrepen of andere vormen van bedrog of misleiding. In lid 4 wordt de natuurlijke persoon gelijkgeschakeld met de rechtspersoon in kader van art. 12 lid 5 verschaft de Europese Commissie zich de ruimte om de indicatoren voor marktmanipulatie aan te passen.

3.1 De uitbreiding van de reikwijdte van strafbare marktmanipulatie

De verordening betreft meer financiële instrumenten binnen haar reikwijdte dan de richtlijn uit 2003 deed. Voor de definitie van financiële instrumenten verwijst de verordening markt-misbruik naar de herziene *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID). Deze richtlijn is het resultaat van een herziening van de MiFID uit 2004 en is op 12 juni 2014 gepubliceerd. De bepalingen uit de richtlijn moeten worden omgezet in nationaal recht. Lidstaten hebben hier twee jaar de tijd voor, maar de regels uit zowel de richtlijn als de verordening treden op 3 januari 2017 in werking.

3.1.1 Financiële instrumenten

Het begrip financieel instrument wordt door de MiFID gevormd door een opsomming uit deel 1 bijlage C van de MiFID; er ontbreekt een duidelijke definitie. De keuze hiervoor is een bewuste. De Europese wetgever heeft zich bij de invulling van een financieel instrument namelijk ruimte willen verschaffen, bij de kwalificatie van een bepaalde overeenkomst.²¹ Onder de groep financiële instrumenten vallen ook derivaten. Lang niet alle derivaten zijn echter financiële instrumenten en dus onderhevig aan toezicht en regulering. In het algemeen geldt dat er sprake is van een financieel instrument wanneer (i) er zorg bestaat dat consumenten het (grote) risico dat deze instrumenten met zich meebrengen te licht opnemen of (ii) het gehele financiële stelsel instabiel kan worden als er geen toezicht is op de handel in deze instrumenten.²² Een optie op een huis of het vastzetten van een energiecontract zijn dus wel derivaten, maar niet tevens financiële instrumenten.

3.1.2 Grondstofderivaten tevens financiële instrumenten

Onder de opsomming van financiële instrumenten bevinden zich drie categorieën grondstof-derivaten. Een grondstofderivaat is alleen een financieel instrument, wanneer ze staan opgesomd in de nummers 5, 6 en 7 van bijlage 1 deel C van de MiFID.²³ Het gaat hier concreet om (i) opties, swaps en forwards die op de beurs worden verhandeld en fysiek of geldelijk worden afgewikkeld (ii) OTC verhandelde opties, swaps, forwards en andere derivatencontracten die fysiek worden afgewikkeld en erg lijken op derivaten die op de beurs worden verhandeld en (iii) opties, swaps en forwards die geldelijk worden afgewikkeld, ongeacht de plaats van verhandeling.

Het is duidelijk wanneer een derivaat op de beurs wordt verhandeld of geldelijk afgewikkeld wordt. Bij de categorie waarbij OTC-derivatencontracten fysiek afgewikkeld worden, zoals omschreven in bijlage 1 deel C(7) wordt al vager wat de reikwijdte is. De omschrijving van fysiek afgewikkelde OTC-grondstof-derivaten zoals opgesomd in bijlage 1 deel C(7) helpt hier niet. Het is niet duidelijk wanneer een termijn-overeenkomst betreffende de verkoop en levering van olie tussen twee partijen nu een financieel instrument is en wanneer niet.²⁴ Er zijn namelijk behoor-

²¹ M.G.C.M. Peeters & W.A.K. Rank, *Bescherming van rechten van derivatenclënten bij insolventie van een intermediair*, Serie recht en onderneming dl. 63, Kluwer: Deventer 2011, p. 142-143.

²² Working document ESC/24/2005 Explanatory note to working document ESC/23/2005 and to the addendum of the working document ESC/17/2005 on investment research, p. 4, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/dir-2004-39-implement/esc-24-2005explanatoryb_en.pdf.

²³ Consultationpaper CESR's draft Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Directive 2004/39/EC on Markets in Financial Instruments, CESR/04-562, p. 23 e.v. (www.esma.europa.eu/data/document/DSA.pdf).

²⁴ '(i) forward physical contracts are often standardised in terms of their contractual arrangements for purposes of commercial efficiency; and (ii) physical forward contracts may be priced in relation to already published prices or may even,

lijk wat vragen die beantwoord moeten worden alvorens blijkt of er slechts sprake is van een derivaat of ook van een financieel instrument. In essentie komt het erop neer dat een termijnverkoop van olie met fysieke levering tussen Shell en Exxon zeker niet in alle gevallen een financieel instrument is. Dit is wel zo als partijen *cash settlement* van de termijnkoop overeenkomen en als de termijnkoop fysiek afgewikkeld wordt, waarbij geldt dat de overeenkomst erg lijkt op een door de MiFID gereguleerde markt, zoals de beurs. Het voert te ver om er hier dieper op in te gaan. Van belang is dat de lezer weet dat OTC verhandelde opties, swaps, forwards en andere derivatencontracten met een grondstof als onderliggende waarde die fysiek afgewikkeld worden en lijken op instrumenten die op de gereguleerde markt verhandeld worden een historie heeft van discussie waar bij marktpartijen aangeven dat er in de praktijk onzekerheid bestaat over de invulling van dit instrument.²⁵

4. Bewijsbaarheid ter zake van strafbare marktmanipulatie in de praktijk

De in de inleiding geponeerde stelling heeft twee elementen. Het eerste element is dat op goede gronden verdedigd kan worden dat de *lex certa* in het geding is. Het tweede element ziet op de bewijsbaarheid. Zoals gezegd zal ik, gezien de omvang en complexiteit van het *lex certa*-beginsel en de beperkte ruimte, alleen op de bewijsbaarheid ingaan.

Cardio Control

In de Nederlandse rechtspraak zijn er weinig voorbeelden van een geslaagde veroordeling vanwege koers/marktmanipulatie. Een standaardarrest waarbij de verdachte werd veroordeeld wegens een poging tot koersmanipulatie is het Cardio Control-arrest. In dit arrest was er sprake van een belegger die volop handelde in het aandeel cardio control, een doorgaans stil fonds, en tegelijkertijd berichten plaatste in chatrooms in de trend van 'het bied-blok loopt vol' en 'dit is het begin van een grote stijging'. Hiernaast deed deze belegger alsof er meerdere kopers in de markt waren voor dit aandeel. Hiervan was echter geen sprake; de verdachte maakte zelf meerdere internetliassen aan, waarmee hij aandelen cardio control kocht en verkocht. In dit geval kwam de rechtbank tot een veroordeling tot een poging tot koersmanipulatie, omdat deze verdachte onmiskenbaar (!) verwarring heeft gezaaid. De verdachte heeft welbewust informatie verspreidt waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is omtrent het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten. 'Te duchten' duidt op een graad van waarschijnlijkheid die bestaat 'wanneer naar de gewone loop der dingen zonder buitengewone omstandigheden de ernstige mogelijkheid van een noodlottige afloop aanwezig is.'²⁶ Art. 1 sub 2 onder c Richtlijn marktmisbruik eist dat manipulatieve handelingen 'waarschijnlijk misleidende signalen zullen geven'. De informatie hoeft niet betrekking te hebben op de financiële instrumenten zelf. Het verspreiden van onjuiste of misleidende informatie die de uitgevende instelling van de financiële instrumenten betreft, of die die uitgevende instelling raakt, kan ook marktmanipulatie opleveren. Te denken is aan een gesuggereerd overnamebod, of geruchten over de markt waarop de uitgevende instelling werkzaam is.²⁷ Hoe de informatie wordt verspreid, is zonder belang.²⁸ Vereist is dat de verspreider van de informatie welbewust handelde. Dat vergt dat hij wist dat de betrokken informatie onjuist of misleidend was. Er was in het geval van Cardio Control overigens slechts sprake van een

coincidentally, replicate standardised delivery points. Gegeven deze overeenkomsten met de handelskoop zou er strikt genomen sprake kunnen zijn van een instrument in de zin van bijlage 1 deel C (7) MiFID. Zij het echter dat: (...) *the parties will still usually intend to make/take physical delivery in order to meet their supply and delivery obligations, i.e. the contract will still essentially be a "commercial purpose" contract.*' ISDA's response to the European Commission's Public Consultation on the Review of the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID) 31 January 2011. Te vinden op www.isda.org.

²⁵ The International Swaps and Derivatives Association stelt bijvoorbeeld: '(i) *forward physical contracts are often standardised in terms of their contractual arrangements for purposes of commercial efficiency; and (ii) physical forward contracts may be priced in relation to already published prices or may even, coincidentally, replicate standardised delivery points.* Gegeven deze overeenkomsten met de handelskoop zou er strikt genomen sprake kunnen zijn van een instrument in de zin van bijlage 1 deel C (7) MiFID. Zij het echter dat: (...) *the parties will still usually intend to make/take physical delivery in order to meet their supply and delivery obligations, i.e. the contract will still essentially be a "commercial purpose" contract.*' ISDA's response to the European Commission's Public Consultation on the Review of the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID) 31 January 2011. Te vinden op www.isda.org. Anders gezegd, ondanks dat er kenmerkende elementen van een financieel instrument in de overeenkomst zitten, geldt dat het grondstoffencontract werd gesloten en duurzaam en dient ten behoeve van de verwachte inkoopbehoeften, verkoopbehoeften of gebruiksbehoeften van de rechtspersoon. Nu het grondstoffencontract bij het sluiten hiervan ook voor dit doel werd bestemd en aangenomen mag worden dat de afwikkeling van het grondstoffencontract zal geschieden door levering van de grondstof, is er geen financieel motief.

²⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 31.

²⁷ NvW4, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 603, MvT, (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 32).

²⁸ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 32.

poging nu niet is gebleken dat het zaaïen van verwarring geleid heeft tot meer transacties in dit, zoals gezegd stille, aandelenfonds. In hoger beroep en in cassatie blijft de veroordeling wegens poging tot koersmanipulatie in stand.²⁹

Uit dit arrest komt naar voren dat koersmanipulatie slechts bewezen kan worden wanneer aantoonbaar is dat de verdachte wist of kon weten dat er van zijn informatie een onjuist of misleidend signaal af kwam én dat er een beweging in de koers van het financiële instrument zit, die zonder dit signaal niet tot stand zou komen. Er is immers opzet noch schuld vereist. Marktmanipulatie in de praktijk

Middels de nieuwe verordening marktmisbruik wordt de strafbare marktmanipulatie uitgebreid naar andere financiële instrumenten dan aandelen en obligaties, meer specifiek naar grondstofderivaten en gerelateerde spotmarkten voor grondstoffen. De verordening stelt bovendien dat bepaalde fysieke spotmarkten voor grondstoffen zo nauw verwant zijn met de financiële markten voor grondstofderivaten, dat manipulatiestrategieën zich over beide markten kunnen uitspreiden. Het is volgens de verordening echter niet de bedoeling om de spotmarkten binnen haar reikwijdte te betrekken. Bij de beoordeling of er sprake is van marktmanipulatie moet er wel rekening gehouden worden met de onderlinge samenhang tussen de spot- en financiële markt. Ik laat hier verder onbesproken in hoeverre er rekening ter zake van de manipulatie gehouden moet worden met spot transacties op een fysieke markt. In ieder geval geldt dat alle grondstofderivaten die staan genoemd in bijlage 1 deel C van MiFID binnen de reikwijdte van de verordening marktmisbruik vallen. Dit laatste heeft mijns inziens grote invloed op de bewijsbaarheid. Ik zal mede aan de hand van een voorbeeld aantonen waarom dit naar mijn mening het geval is. Ik hecht eraan hier op te merken dat het voorbeeld fictief is. Verder zij hier ter verduidelijking opgemerkt dat de beschreven overeenkomsten die op de forward markt tot stand komen, financiële instrumenten zijn.

Handelaar A is handelaar in mais. Hij is, zoals de meeste handelaren, actief op zowel de financiële als de fysieke markt. Wanneer hij bijvoorbeeld 100 bushel (Bushel is een eenheidsmaat en wordt gebruikt op agrarische termijnmarkten voor onder andere mais en tarwe) mais verkoopt aan B op de fysieke markt, dan hedged hij dit prijsrisico op de financiële markt door met C een cash settled forward te sluiten waarbij A de koper is van 100 bushel mais. Aan de andere kant heeft hij ook speculatieve forwards in de boeken. De prijs voor mais op de fysieke markt heeft een correlatie met de prijs die op de financiële forward markt tot stand komt. De prijzen op de forward markt komen tot stand doordat handelaren op een online platform vraag en aanbod delen. Dit platform wordt onderhouden door een broker, een makelaar. Deze broker publiceert de bied- en laatprijzen van de verschillende partijen en registreert de koop- en verkooptransacties. Deze prijzen worden dan gepubliceerd voor verschillende tijdvakken. Er komt een prijs tot stand voor de front end van de maand (vanaf twee tot vijftien dagen na de dag van sluiten van de transactie), de back end (van vijftien tot dertig dagen na het doen van de transactie) de window (vanaf 2 tot dertig dagen na het doen van de transactie). Wanneer de vraag naar back end mais hoger is dan de front end spreekt men over contango. Deze beweging andersom wordt backwardation genoemd. Wanneer handelaar A op dag T=0 de vraag krijgt wat de mais kost, dan kijkt hij naar de forward markt. Stel dat handelaar D mais wil kopen en er is sprake van contango dan houdt A hier rekening mee in zijn prijs. A zal een prijs geven van de eerste dag van de front end met een opslag. Dit omdat A twee dagen nodig heeft om te leveren aan D en de prijzen dan hoger zijn dan op het moment van het sluiten van de transactie. Vanwege de contango zal die trend zich waarschijnlijk doorzetten. Hoe sterker deze trend, des te hoger de opslag. De forwardcontracten die op het platform worden verhandeld, dienen in beginsel fysiek afgewikkeld te worden. A heeft ook een aantal vaste afnemers waaronder E. Inkoper E neemt elke 21ste van de maand 100 bushel mais af. De prijs die hij betaalt, is het gemiddelde van de prijzen die in de week waarin de 21ste van de maand valt, gepubliceerd zijn op de forward markt.

Stel dat A op de 1e dag van de maand 100 bushel mais koopt voor EUR 1000 per bushel. Hij slaat deze mais op, waarbij de kosten hiervoor buiten beschouwing blijven. Stel verder dat de 21ste die maand op een vrijdag valt. In de week van de 21ste gaat A op de forwardmarkt mais kopen voor de hoogst aangeboden prijs. Hij biedt tegelijkertijd ook mais tegen zijn laatste koopprijs aan. Hij kan het zich permitteren om relatief grote hoeveelheden mais te kopen en te verkopen.

Stel dat de prijs op maandag de 17^e EUR 1000 per 100 bushel is. Handelaar B laat 50 bushel voor 1005 en handelaar C voor 1002. In een niet gemanipuleerde markt zal de transactie tussen A en C tot stand komen. De beheerder van het platform heeft immers een best execution verplichting. Het komt echter in de fysieke (forward) handel van grondstoffen veelvuldig voor dat partijen niet met elkaar willen handelen, vanwege een verplichte boycot of omdat zij in het verleden slechte ervaringen met elkaar hebben gehad, of omdat ze geen raamovereenkomst met die bepaalde wederpartij hebben en het juridisch risico

²⁹ Hof Amsterdam 12 juli 2005, LJN AT9894. HR 6 februari 2007, LJN AY6713-1

om met die partij te handelen zonder een raamovereenkomst te groot vinden. A belt daarom de broker op om van B te kopen, waarbij hij zegt met C in onmin te leven en daarom niet van hem wil kopen. A leeft echter niet in onmin met C en heeft C al gebeld met de mededeling dat hij niet op zijn prijs in zal gaan. A zegt dat hij het binnenkort bij een borrel wel zal goedmaken met C. De prijs stijgt hiermee onder invloed van vraag en aanbod van EUR 1000 naar 1005. Hierop laat handelaar A de mais voor EUR 1006. Handelaar G ziet zijn kans schoon en biedt op de front end mais voor EUR 1006 aan. A koopt deze mais hierop voor EUR 1006. Zo gaat dit de hele dag door, zodat aan het eind van de dag de gemiddelde dagprijs EUR 1005 bedraagt. Op die koers opent de mais de volgende dag en A gaat hetzelfde spel weer spelen. Ondertussen verkoopt hij mais op de spotmarkt die hij de dag ervoor kocht tegen de prijs waarop de mais sloot plus een opslag vanwege de contango in de markt. Op vrijdag sluit de maiskoers op EUR 1010 en brengt het weekgemiddelde op EUR 1007. Tegen deze gemiddelde prijs van EUR 1007 verkoopt hij de mais die hij kocht voor EUR 1000 aan E.

4.3 Bewijsbaarheid

Is de handelaar in het bovenstaande voorbeeld nu strafbaar aan het manipuleren en wat manipuleert hij eigenlijk? Laat ik beginnen met een eenvoudige vraag, namelijk of er sprake is van een strafbare gedraging ten opzichte van inkoper E? Het antwoord hierop is ontkennend. Tussen A en E bestaat immers geen spotcontract, noch een financieel instrument. Deze koop is een termijnkoop, een derivaat niet zijnde een financieel instrument. Toch is het E die uiteindelijk een prijs betaalt voor de mais die tenminste onder dubieuze omstandigheden tot stand is gekomen.

Dan het gedrag van A op de financiële markt. In de eerste plaats dient beoordeeld te worden of handelaar A welbewust informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is omtrent het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten of een eraan gerelateerd spotcontract voor grondstoffen of dat hij de koers van een of meer financiële instrumenten of daaraan gerelateerde spotcontracten voor grondstoffen daadwerkelijk of waarschijnlijk op een abnormaal of kunstmatig niveau brengt. In dit geval zou verdedigd kunnen worden dat er een misleidend signaal uitgaat van het aangaan van de transactie met B in plaats van met C. Echter als A een Amerikaanse partij is en C een Iraanse partij dan is het signaal zo helder als het bedoeld is en niet misleidend. Ook als B op de zwarte lijst van A staat en deze lijst of het feit dat B hierop staat bekend is, kan er geen sprake zijn van misleiding. Zelfs als dit allemaal niet bekend is en partijen niet weten waarom A en B geen zaken doen, zal op de fysieke markt de oorzaak eerder in ontevredenheid of oorzaken in de kredietsfeer (B heeft nog een uitstaande betaling jegens A) dan in prijsmanipulatie worden gezocht. Partij F, ook deelnemer op het platform zal zich niet misleid voelen over de vraag naar, het aanbod van of de prijs van de mais. Althans het bewijs dat A een andere marktaandeel door de koop van C in plaats van de mais te kopen van B heeft misleid, is door de veelheid van oorzaken voor het kiezen voor een hogere prijs, zeer moeilijk te leveren. In het geval van de belegger in het Cardio-arrest lag dit heel anders. Deze belegger handelt met de beurs en heeft dus maar één aanbieder. Bovendien kan het signaal dat er iemand een hoge prijs biedt, terwijl dit in werkelijkheid de belegger zelf is, niet anders uitgelegd worden dan misleidend. Er is geen andere motivatie om zulke signalen te geven, dan het beïnvloeden van een koers.

Dan het tweede element van art. 12 lid 1 (a); is er sprake van een transactie, die die de koers van een of meer financiële instrumenten of daaraan gerelateerde spotcontracten voor grondstoffen daadwerkelijk of waarschijnlijk op een abnormaal of kunstmatig niveau brengt. Mogelijk is dit wel het geval, doordat A alleen op hoge prijzen ingaat. A wordt hier echter geëxcuseerd, doordat hij stelt dat hij de transactie gerechtvaardigd aangaat, omdat deze in overeenstemming is met de gebruikelijke marktpraktijken; het andere element van art. 12 lid 1. Bovendien staat niets B in de weg om aan zijn oorspronkelijke prijs vast te houden. Hij zal dit niet doen, omdat hij meer kan krijgen, maar het kan wel. Bij voldoende kopers zal er ook op dat prijsniveau verkocht kunnen worden. Naast art. 12 lid 1(a) is er ook moeilijk bewijs te leveren van een kunstgreep of enigerlei andere vorm van bedrog of misleiding art. 12 lid 1 (b). Er is geen sprake van informatieverbreiding in de zin van art. 12 lid 1(c) en ook niet van misleidende inputs in verband met een benchmark art. 12 lid 1(d). Er is mogelijk wel een andere input naar aanleiding van een benchmark, maar het misleidende karakter hiervan is moeilijk te bewijzen, gezien de voornoemde voorkeuren voor handelspartners, zwarte lijsten, niet voldane vorderingen en boycotts.

In het gegeven voorbeeld is er sprake van mais. Ik ben er vanuit gegaan dat de fysieke mais en de 'financiële' mais dezelfde zijn. Maar dit hoeft helemaal niet zo te zijn, zoals bij bijvoorbeeld olie duidelijk wordt. Stel dat A ook in de ruwe olie actief is en een misleidend gerucht verspreid binnen de ruwe olie termijnmarkt. Uit ruwe olie wordt benzine gedestilleerd. Stel

verder dat de prijs van ruwe olie gelijk blijft en de spotprijs voor benzine stijgt onder invloed van het gerucht. Is er in dit geval sprake van manipulatie van een koers op een gerelateerde markt in de zin van art. 12 lid 1(c). Mogelijk wel, maar hoe gaat het bewijs geleverd worden dat A wist dat zijn gerucht een koersbeweging op de benzinemarkt in gang zou zetten. A zou zich kunnen verweren met het argument dat hij niet actief is op deze markt en daardoor de invloed van zijn geruchten niet kan inschatten, zelfs al dit helemaal niet het geval is. Het is dus vanwege de veelheid aan oorzaken, die een handelaar ter zijner rechtvaardiging kan aandragen voor zijn gedrag of signaal die het moeilijk maken om te bewijzen dat het signaal als misleidend beoordeeld moet worden. Maar ook wanneer de maishandel uit het voorbeeld anoniem zou worden, bestaat het risico dat A op de fysieke spotmarkt steeds de hoogste prijzen kiest om de financiële markt te manipuleren. De verordening strekt zich hier niet toe uit, terwijl duidelijk is dat de prijs op de financiële markt onder invloed van het signaal van A stijgt, althans kan stijgen. Wel dus (een poging tot) manipulatie, maar niet strafbaar. Het lijkt mij dan ook buitengewoon onwettelijk dat het openbaar ministerie ooit bewezen krijgt dat handelaren zoals A de markt manipuleren.

5. Ten slotte

Voor compliance-afdelingen binnen Europa is het, naar mijn oordeel, toch een zorg dat gedragingen als genoemd in de voorbeelden mogelijk wel manipulatief zijn, maar dat het bewijs hiervoor moeilijk te leveren is. Een aangifte tegen een eigen handelaar zal in veruit de meerderheid van de gevallen niet leiden tot strafrechtelijke vervolging. Het is immers niet opportuun om tot vervolging over te gaan, vanwege de moeite die het leveren van bewijs met zich meebrengt. Zodoende komt er in de rechtspraak geen leidraad tot stand waar compliance-afdelingen hun beleid op kunnen afstemmen. De uitbreiding van de reikwijdte van marktmanipulatie door de verordening marktmisbruik zal door de moeilijkheden in de bewijsbaarheid mogelijk niet leiden tot een krachtige weerslag in compliancebeleid van financiële instellingen. Niet omdat de wil er niet zou zijn, maar vanwege de kwetsbaarheid van dit beleid en het gebrek aan steun dat toezichthouder en justitie kunnen bieden bij een vermeende overtreding. Aan de andere kant kan ook worden betoogd dat Nederlandse banken en andere financiële instellingen zich, in tegenstelling tot grote Engelse, Franse en Duitse banken en instellingen weinig tot niet inlaten met grondstofderivaten en daarom de 'schade' hier te lande wel mee zal vallen. Dit gegeven relativiseert mogelijk enigszins, maar neemt echter niet weg dat er beleid gemaakt moet worden. We zijn als financiële sector immers verplicht onze beste kant te laten zien. ■