



Toezicht, juridische kwaliteit en compliance

In kleine organisaties waarin geen juristen werkzaam zijn, is juridisch management vaak niet of nauwelijks ontwikkeld. Juridische kwesties worden door de directie afgehandeld en van regelmatige juridische doorlichting is geen sprake. Hoe kunnen deze organisaties de juridische aspecten van de bedrijfsvoering zodanig beheersen dat de leidinggevendenden juridisch 'in control' zijn? Professor Antoni Brack pleit voor een juridisch stappenplan, en schetst de huidige stand van zaken op het gebied van governance, compliance en horizontaal toezicht.

Juridisch management, ofwel het management van *legal affairs*, is zeker geen exclusieve taak voor de bedrijfsjurist – als de onderneming al groot genoeg is om zich zo'n medewerker te kunnen veroorloven. Van een professioneel handelende directie mag worden verwacht dat zij, naast commercieel en financieel management, ook beslissingen kunnen nemen op het gebied van juridisch management. De ondernemer, manager of raad van bestuur die het juridisch management aantoonbaar op orde heeft en houdt, creëert concurrentievoordeel. Bovendien legt hij verantwoording af en is hij een gelijkwaardige en geloofwaardige gesprekspartner voor interne en externe toezichthouders. In de praktijk wordt een bedrijf vrijwel alleen juridisch doorgelicht als een overnemende onderneming een zogenaamd *due diligence*-onderzoek laat uitvoeren. *Due diligence* betekent 'vereiste zorgvuldigheid'. De opdrachtgever wil weten hoe groot de kans is op de spreekwoordelijke 'lijken in de kast'. Negatief geformuleerd: een bod uitbrengen op een onderneming zonder eerst een dergelijk onderzoek te hebben laten doen, is onverantwoord.

Waarom is het een goed idee een dergelijke diagnose van de juridische bedrijfsvoering periodiek uit te voeren? Volgens welke methode kan zo'n doorlichting uitgevoerd worden? Voordat we deze methode toelichten, gaan we eerst in op enkele belangrijke aspecten in de juridische bedrijfsvoering.

Governance, overheid of markt?

Het onderscheid tussen overheid en markt, tussen het publieke en private deel van de samenleving, is al lang geen zwart-wit tegenstelling meer. Het ligt veel genuanceerder. Binnen het privaatrecht maakt het veel verschil of er sprake is van een business-to-businessrelatie (B2B) of business-to-consumer (B2C). In deze situaties gelden bijvoorbeeld verschillende regels voor door bedrijven gehanteerde algemene voorwaarden. Veel oneerlijke handelspraktijken zijn op grond van een EU-richtlijn vooral in B2C-relaties verboden. Zo bedraagt de normale betalingstermijn voor uitstaande vorderingen sinds 1 januari 2013 maximaal 30 dagen in B2C- en in B2G-relaties, en in B2B-relaties maximaal 60 dagen. In relaties met overheidsinstanties, business-to-government (B2G), geldt bijna altijd ook het bestuursrecht.

De afgelopen decennia zijn veel overheidsorganisaties geprivatiseerd. Hierdoor zijn nieuwe markten ontstaan, zoals commerciële omroep, spoorwegen, gezondheidszorg, energievoorziening en telecommunicatie. Op zo'n nieuwe markt is er niet meteen vanzelf concurrentie, veelal is er geruime tijd slechts één aanbieder. Er worden dan toezichthouders ingesteld om een stevig oogje in het zeil te houden. Zo hebben zich naast traditionele toezichthouders zoals Belastingdienst, Arbeidsinspectie en Keuringsdienst van Waren (Voedsel- en Warenautoriteit) talloze nieuwkomers gevestigd zoals agentschap (Agentschap Telecom), autoriteit

In minder dan 50 woorden

- Juridisch management is bij veel organisaties onderbelicht.
- Met een juridisch stappenplan kan directie/management de organisatie regelmatig doorlichten.
- Compliance is het basisniveau van de kwaliteit van juridisch management.
- Als de kwaliteit van dit interne toezicht goed is, neemt het vertrouwen van de externe toezichthouder als vanzelf toe.

(Autoriteit Financiële Markten), college (College Bescherming Persoonsgegevens), inspectie (Inspectie Leefomgeving en Transport), en commissariaat (Commissariaat voor de Media). Inmiddels is al weer een tegenbeweging op gang gekomen naar vermindering van het aantal toezichthouders: de NMa (Nederlandse Mededingingsautoriteit), de OPTA (Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit) en de CA (ConsumentenAutoriteit) fuseren in 2013 tot de nieuwe Autoriteit Consument en Markt (ACM).

Compliance: horizontaal en verticaal

Het voldoen aan wet- en regelgeving – kortweg *compliance* – is onder invloed van overheden en al die toezichthouders geen sinecure meer. Er zijn niet alleen gradaties van recht en regelgeving, zoals *hard law*, *soft law*, gedragscodes, *best practices*, technische normen en standaarden, ook zijn er verschillende toezichtsarrangementen in ontwikkeling. Traditioneel is het hiërarchische en daarom ook wel 'verticaal' genoemde type toezicht van *command and control*: dit is de regel en bij een geconstateerde overtreding volgt déze sanctie. Dat is duidelijk, maar ook ongenueanceerd en de handhavingskosten van opsporing en vervolging zijn hoog. En bij een hoge kans om niet tegen de lamp te lopen, is de afschrikwekkende werking van de sanctie gering. Daarom komen er steeds meer 'horizontale' toezichtarrangementen. Deze zijn gebaseerd op overtuiging en samenwerking. Een revival van de slogans 'De politie is je beste vriend' en 'Die pet past ons allemaal'. Het budget van de toezichthouder kan kleiner zijn als de nieuwe vormen van toezicht efficiënter zijn dan de traditionele.

Horizontale varianten van toezicht

Een recent verdedigd Rotterdams proefschrift heeft een aantal vindingrijke Amerikaanse varianten laten zien, zoals *negotiated compliance*. Na constatering van een overtreding mogen de autoriteiten de overtreder de keuze laten: vervolgd worden voor deze misstap, of deze keer de dans ontspringen en zich bekennen tot toekomstige compliance in de wetenschap dat ze voortaan scherper in de gaten gehouden zullen worden. Hierop is de variant bedacht van de 'graduele escalatie'. Het begint met overreding, een poging

tot overtuiging, dan volgt een waarschuwing, dan een administratieve boete (zeg een bekeuring), dan strafrechtelijke vervolging, etc. Overigens brengt dit weer nieuwe valkuilen met zich mee, zoals het verschijnsel dat *regulatory capture* wordt genoemd: de toezichthouder raakt gevangen binnen de invloedssfeer van de onderneming waarop toezicht moet worden gehouden, hij gaat zich hiermee identificeren en de belangen van die onderneming behartigen. Het omgekeerde verschijnsel doet zich ook voor, bijvoorbeeld in de financiële sector. AFM en DNB hebben zo'n alles overheersende invloed op banken, verzekeringsmaatschappijen en andere zogenoemde financiële instellingen, dat het er sterk op lijkt dat de toezichthouders niet alleen de agenda bepalen, maar zelfs richtinggevend zijn voor beslissingen over de toekomst van het financiële bedrijfsleven.

Reactief of proactief?

Er is een toenemende belangstelling voor op preventie gerichte juridische kwaliteitszorg. *Preventive law* is een in de Verenigde Staten ontstane beweging die in juridisch opzicht propageert dat voorkomen beter is dan genezen.

Het budget van de toezichthouder kan kleiner zijn als nieuwe vormen van toezicht efficiënter zijn dan de traditionele.

Vergelijkbaar hiermee, en misschien nog wel wat geavanceerder, is *proactive law*, ontstaan in het noordelijk deel van de EU. Deze bewegingen hebben gemeenschappelijk dat ze ontstaan zijn in de academische wereld en er in het onderwijs en in de adviespraktijk de nadruk op leggen dat juridisch management veel professioneler kan dan doorgaans het geval is.

Het juridische plan van de manager

In het recent verschenen boek '*Proactive Law for Managers*' presenteren de auteurs, een Amerikaanse hoogleraar bedrijfsrecht en een Finse juridische consultant contractbeheer, een methode om juridische aspecten van de bedrijfsvoering planmatiger, en dus veel minder incidenteel, aan te pakken. Kern van de methode is het 'juridische plan' van de manager dat uit vier stappen bestaat.

- 1. *Basiskennis*: de eerste stap veronderstelt een zekere basiskennis van bedrijfsrecht zodat men zich in elk geval van juridische aspecten bewust is.
- 2. *Basiskennis (leren) toepassen*: de tweede stap adviseert te leren hoe je er mee kunt omgaan, zoals bijvoorbeeld

kiezen uit de opties 'vluchten' of 'vechten'. Je kunt een claim afkopen of bestrijden, desnoods met alle middelen.

- 3. *Ontwikkel bedrijfsstrategieën*: de derde stap brengt managers op weg naar waar de auteurs naar toe willen: ontwikkel bedrijfsstrategieën om toekomstige problemen te voorkomen. Hierin schuilt uiteraard het preventieve element. Denk bijvoorbeeld aan het terugploegen van door klachtenmanagement verkregen informatie naar het herontwerp van het product, waardoor het ontwerpproces een cyclisch karakter krijgt. Je kunt deze stappen ook zien als de treden van een trap.
- 4. *Proactief handelen*: De vierde stap brengt ons dan op de bovenste trede: het balkon. Daar kun je de omgeving overzien en proactief worden door vooruit te kijken.

Managerial Law

Het lijkt mij beter om een *activity based-benadering* te kiezen als basis voor een juridische doorlichting van de bedrijfsvoering. Elke onderneming, hoe groot of klein ook, heeft een vijftal managementfuncties te vervullen, de vier operationele: personeel, productie (ook van diensten), commercieel,

financieel en de strategische managementfunctie. Deze managementfuncties hebben als bedrijfskundige aandachtsgebieden elk hun eigen structuur en indeling. Zo ontstaat bij elkaar genomen een totaal van ongeveer vijftien clusters van activiteiten. Door de blik afwisselend intern en extern te richten, kan een systematische *legal scan* gemaakt worden van meer of minder belangrijke juridische aspecten. In feite kun je zo een juridisch risicoprofiel opstellen. Het voordeel van deze werkwijze is dat je niet gemakkelijk iets over het hoofd ziet en op integratie gericht bezig bent. Bedrijfsrecht en bedrijfskunde worden één geheel en er ontwikkelt zich een agenda die specifiek is voor dit bedrijf en deze managementfunctie.

De methode heeft bovendien voor op andere benaderingen dat niet alleen rekening wordt gehouden met juridische bedreigingen, maar dat ook wordt gekeken naar hoe goed of slecht het management gebruik maakt van juridische instrumenten voor een professionele bedrijfsvoering. Denk aan 'gereedschappen' als contracten, rechtspersonen, merken en octrooien, leasing, factoring, franchising, etc. Het resultaat van een juridische doorlichting is dan niet (slechts) een risicoprofiel, maar een diagnose van de *legal performance* waaraan voorstellen kunnen worden verbonden om die prestatie te verbeteren.

Doorlichting en diagnose

Hoe zo'n geoperationaliseerde methode zou kunnen werken is te ervaren door te oefenen met een digitale zelfdiagnose, door bij voorkeur met behulp van een adviseur of auditor op elk of een aantal van de vijftien clusters van activiteiten de kwaliteit van het juridische management kritisch te beoordelen. De verwachting is dat door toenemende Europese en nationale wetgeving, codes, normen, standaarden en nieuwe toezichtsarrangementen spoedig een grotere aandacht en belangstelling zal ontstaan voor preventieve professionele benaderingen. Een *legal health check* kan hierbij van groot nut blijken te zijn, bijvoorbeeld omdat gewaarborgde en betrouwbare resultaten gedeeld kunnen worden met toezichthouders, maar bijvoorbeeld ook met de verzekeringsmaatschappij. Zo kan wederzijds vertrouwen worden opgebouwd en kan misschien zelfs een korting op de premie voor de bedrijfsaansprakelijkheidspolis worden bedongen. Gaat het om de beschikbaarstelling van de resultaten van een juridische doorlichting aan specifieke overheidsinstellingen of toezichthouders, dan zou heel goed aansluiting gezocht kunnen worden bij het initiatief van een aantal brancheorganisaties die een samenwerkingsovereenkomst met overheden hebben gesloten over het Ondernemingsdossier. Dit laatste is overigens ook opgenomen in de Regeringsverklaring VVD-PvdA 2012.

Mondiale ISO-richtlijn voor Compliance

Uit Australië en Nieuw-Zeeland is het voorstel afkomstig een wereldwijde richtlijn te ontwikkelen voor compliance-programma's. Op grond van een eerste peiling is het Nederlandse standpunt positief, zij het met enkele kanttekeningen, zoals:

- het is niet de bedoeling dat er een nieuw management-systeem komt, maar een hulpmiddel om een compliance-programma in te voeren;
- het management van compliance moet gerelateerd worden aan verwante onderwerpen zoals corporate governance, risicomanagement, integriteit, gedrag en cultuur.

In het bijzonder van groot belang vind ik de kanttekening dat de wereldwijde norm moet aansluiten bij de doelstellingen en de kernprocessen van een organisatie. Met name de referentie aan kernprocessen beschouw ik als een ondersteuning voor het standpunt dat de methodiek van doorlichting en diagnose activity-based moet zijn.

Een open vraag is misschien nog of deze internationale compliancerichtlijn ook voor overheidsorganisaties van belang zou kunnen zijn. De status van 'compliant zijn' heet in de collectieve sector: juridisch in control zijn, tenminste als men de performance van de eigen organisatie op het oog heeft. Ik zie voornamelijk geen reden om overheidsorganisaties uit te zonderen van vraagstukken over het management van juridische kwaliteit. Hooguit zou de methodiek van doorlichting en diagnose moeten worden bijgesteld,

omdat rechtmatigheid (juridisch gehalte) altijd een kerncomponent is van de producten van een overheidsorganisatie.

Resumé: kwaliteit van toezicht

Bij het thema 'Kwaliteit van toezicht' van deze Sigma denk ik aan intern en extern toezicht en aan een tweerichtingsverkeer. *Compliance* is het basisniveau van de kwaliteit van juridisch management. Intern toezicht moet er voor zorgen, door het periodiek uitvoeren van een diagnose, dat dit niveau gehandhaafd wordt of verbeterd. Dit interne toezicht is bij kleinere ondernemingen de verantwoordelijkheid van het management. Bij grotere organisaties is de Raad van Toezicht of de Raad van Commissarissen de eindverantwoordelijke. In sommige corporate governance-modellen heeft de Compliance Officer rechtstreeks toegang tot de voorzitter of een lid van de raad van commissarissen.

Hoe groter de kwaliteit van het interne toezicht, des te prettiger verlopen de contacten met externe toezichthouders. Als eenmaal gebleken is dat de eigen diagnose professioneel en regelmatig wordt uitgevoerd, dan neemt het wederzijdse vertrouwen tussen externe toezichthouder en de organisatie toe. Door met een zekere regelmaat vrijwillig verantwoording af te leggen, kunnen de externe toezichtlasten en -risico's zeer beperkt blijven. Bij een transparante uitwisseling kunnen intern en extern toezicht communicerende vaten zijn; hoe overzichtelijker en toegankelijker voor de externe toezichthouder onze eigen diagnose van de kwaliteit van het juridische management is, des te minder behoefte heeft die externe toezichthouder aan eigen autonoom toezicht. Des te meer concurrentievoordeel en des te steviger onze reputatie.

Literatuur

Oded, Sharon, 'Inducing Corporate Proactive Compliance – Liability Controls & Corporate Monitors', *Academisch proefschrift EUR 2012*, (incl uitvoerige lijst met literatuurreferenties en Nederlandstalige samenvatting), *Tijdschrift voor Compliance* 2012/4;
Siedel, George and Helena Haapio, '*Proactive Law for Managers. A Hidden Source of Competitive Advantage*', 2012, Gower Publishing. ISBN 9781409401001, *European Business Law Review* 2013 nr. 1; *European Business Law Review* 2013 nr. 1;
Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier, Noordhoff Uitgevers, Studieboek, 5e druk, 2010;
Brack, A., '*Legal Performance Assessment: generieke compliance op weg naar business legal excellence*', *Tijdschrift voor Compliance*, 2010/4, 159-165.

Nuttige websites:

www.preventivelawyer.org | www.proactivelaw.org | www.tqc-net.nl/index.asp (bedrijfsjuridische zelftest) | www.ondernemingsdossier.nl | www.nen.nl/web/Actueel/Start-opstellen-mondiale-richtlijn-Compliance-programmas.htm | www.juridischekwaliteitszorg.nl

Auteur

Prof. mr. A.J.P. Brack is hoogleraar Bedrijfsrecht, Management & Governance, Universiteit Twente. Contact: a.j.p.brack@utwente.nl. Zie ook: <http://www.utwente.nl/mb/ba/staff/brack>