

De verantwoordelijkheden van de audit commissie

Erik Mouthaan

SAMENVATTING In dit artikel wordt ondersteuning van de audit commissie door een team van onafhankelijke deskundigen bepleit. De toegenomen verantwoordelijkheden en verwachtingen ten aanzien van het functioneren van audit commissies, evenals de toegenomen complexiteit van ondernemingen en regelgeving, eisen immers een mate van kennis en betrokkenheid die niet meer door de audit commissie alleen is te realiseren. Audit commissies van 'dual listed companies' moeten bovendien voldoen aan regelgeving die is ontwikkeld in een 'one-tier board'-structuur en dit botst daardoor soms met de basisbeginselen van een 'two-tier board'-structuur. Ook dan kan het inzetten van onafhankelijke deskundigen een oplossing bieden.

1 Inleiding

Onder invloed van de bekende schandalen bij beursgenoteerde ondernemingen is veel nieuwe regelgeving ontwikkeld op het gebied van corporate governance. Soms gaat het daarbij om regelgeving met een dwingend karakter, zoals de Amerikaanse Sarbanes-Oxley Act, maar veelal om codes zonder een dwingend karakter, waarbij wordt uitgegaan van het 'comply or explain'-principe, zoals de Nederlandse Corporate Governance Code. De effectiviteit van het toezicht op de ondernemingsleiding is een belangrijk thema, zowel in de Sarbanes-Oxley Act als in de Nederlandse Corporate Governance Code. In de voornamelijk Angelsaksische one-tier board-structuur, waar executive directors en non-executive di-

rectors gezamenlijk één bestuur vormen, ligt de toezichthoudende taak bij de non-executive directors. In de two-tier board is die taak voorbehouden aan de raad van commissarissen.

De non-executive directors, dan wel de raad van commissarissen, delegeren steeds vaker specifieke delen van hun toezichthoudende taak aan commissies, waaronder de audit commissie (Maassen et al., 2005). De Sarbanes-Oxley Act en de Securities and Exchange Commission (SEC) eisen dat beursgenoteerde ondernemingen een dergelijke commissie instellen. In de Nederlandse Corporate Governance Code is het instellen van een audit commissie als best practice opgenomen, als de raad van commissarissen tenminste uit meer dan vier leden bestaat. Van deze best practice mag gemotiveerd worden afgeweken.

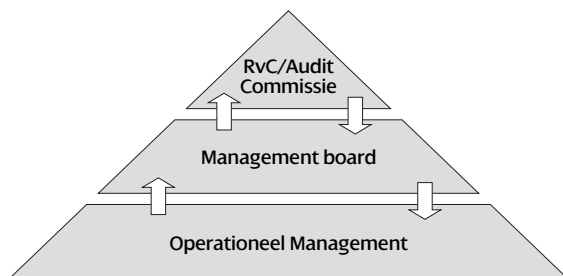
Het toezicht door de audit commissie richt zich ondermeer op de interne risicobeheersings- en controlesystemen en de integriteit van de financiële informatievervalsing door de onderneming.¹ Elke onderneming loopt immers het risico dat de interne risicobeheersings- en controlesystemen, die mede gericht zijn op de integriteit van de financiële informatievervalsing, en waarvoor het management verantwoordelijk is², juist door dit management zelf worden doorbroken. Het management heeft hiertoe immers in het algemeen niet alleen de mogelijkheid, maar vaak ook een specifiek belang. In het bijzonder daar waar deze mogelijkheid is gekoppeld aan een grote variabele beloning, is er een sterk verhoogd risico van het oppoetsen van de cijfers. Dit oppoetsen gebeurt dan vooral door omzet te vroeg te verantwoorden, bezittingen te hoog te waarderen en schulden of kosten te laag voor te stellen. Al dan niet door het opnemen van fictieve transacties, het manipuleren van voorzieningen en het aanpassen van documenten³. Zo werden bij Merck, Baan Company, KPNQwest en Global Crossing ongerealiseerde, dan-

Dr. Mr. H.J. Mouthaan RA is gevolmachtigde bij Deloitte Accountants, waar hij zich, naast de jaarrekeningcontrole, toelegt op de aan corporate governance gerelateerde dienstverlening, en is tevens verbonden aan de Universiteit Leiden.

wel fictieve, omzetten gerapporteerd. WorldCom activeerde ten onrechte operationele kosten en Xerox nam ongerealiseerde winst op contracten mee in de gerapporteerde resultaten. HBG en Elsevier werden beschuldigd van het manipuleren van de resultaten middels respectievelijk een reorganisatievoorziening en goodwill impairment. En waar Ahold, tenslotte, ten onrechte activiteiten meenam in de consolidatie, werden die bij Enron juist weggelaten.

Toezicht en verantwoording binnen een organisatie kennen een zekere gelaagdheid (zie figuur 1). Het toezicht door de audit commissie is gericht op de management board en haar toezicht op het operationele management. Dit geldt ook voor het ontdekken en voorkomen van door het management gepleegde fraude (managementfraude). De SEC heeft dit vastgelegd in Rule 301: *‘Management may face market pressures for short-term performance and corresponding pressures to satisfy market expectations. These pressures could be exacerbated by the use of compensation or other incentives focused on short-term stock appreciation, which can promote self-interest rather than the promotion of long-term shareholder interest. An independent audit committee with adequate resources helps to overcome this problem and to align corporate interests with those of shareholders.’* Illustratief voor het beleid van de SEC in dezen is de volgende uitspraak van Stephen Cutler, Director Enforcement van de SEC; *‘An audit committee or audit committee member cannot insulate himself or herself from liability by burying his or her head in the sand. In every financial reporting matter we investigate, we will look at the audit committee.’*

Figuur 1. Gelaagdheid van verantwoording en toezicht



De voorschriften van de SEC hebben directe werking voor de audit commissies van Nederlandse ondernemingen die tevens een beursnotering hebben in de Verenigde Staten ('dual listed companies'). Dit roept de vraag op welke normen voor hen gelden, in het

bijzonder ten aanzien van het ontdekken en voorkomen van managementfraude, hoe deze normen zich verhouden tot de in Nederland geldende normen, en bovendien of deze normen wel passen in een two-tier board-structuur, ze zijn immers ontwikkeld vanuit een one-tier board-structuur.

Om een antwoord te geven op deze vragen zal eerst, in paragraaf 2, worden ingegaan op de normen die gelden voor non-executives en commissarissen, en de specifieke verantwoordelijkheden van de audit commissie. De best practices ten aanzien van het ontdekken en voorkomen van managementfraude worden daarna besproken, in paragraaf 3. Daarbij zal worden ingegaan op de toepasbaarheid van deze aanbevelingen voor Nederlandse, two-tier, audit commissies. Het artikel wordt afgesloten met de conclusies.

2 De normen voor non-executives en commissarissen

2.1 Normen

Binnen een one-tier board wordt onderscheid gemaakt tussen de leden die belast zijn met het management van de onderneming, de executives, en de leden die belast zijn met het toezicht, de non-executives. In het Amerikaanse ondernemingsrecht zijn alle directors primair verantwoording verschuldigd aan de onderneming waarvoor zij werkzaam zijn: zij zijn de stewards (beheerders) van de onderneming. Een relatie die nog het meest lijkt op die van een trustee ten opzichte van het door hem beheerd vermogen. Daarom gelden de algemene beginselen voor de trustee (fiduciary duties) ook voor directors. Deze fiduciary duties hebben het karakter van een normstelling die aan verandering onderhevig is⁴, gelden in eerste instantie ten opzichte van de onderneming, en kunnen ook een rol spelen ten opzichte van derden, zoals aandeelhouders en schuldeisers. Een succesvol beroep op aansprakelijkheid door een derde vereist een ernstige onzorgvuldigheid ('gross negligence'), danwel een bewust ongeoorloofd handelen ('wilful misconduct') van de director. De fiduciary duties omvatten:

- de duty of care – de verplichting zorgvuldig te handelen⁵;
- de business judgment rule – de verplichting naar eer en geweten beslissingen te nemen die in het belang van de onderneming zijn⁶;
- de duty of fair dealing – transacties met gerelateerde partijen moeten 'fair' zijn en derhalve geen onevenredig voordeel of nadeel opleveren;

- de duty of loyalty – de verplichting om zich loyaal te gedragen ten opzichte van de belangen van de onderneming⁷; en
- het good faith-beginsel – de verplichting voor directoren te goeder trouw te handelen⁸.

Naast schending van de fiduciary duties kan aansprakelijkheid van directors in de Verenigde Staten ook gebaseerd zijn op de ‘doctrine of accountability’. Uit hoofde van deze doctrine zijn directors die op de hoogte zijn van mogelijk strafbaar gedrag (‘illegal conduct’) binnen of door de onderneming, zoals managementfraude, gehouden adequate maatregelen te treffen om herhaling te voorkomen en de schade te beperken (Pitt et al., 1997, p. 18). Om persoonlijke aansprakelijkheid af te weren kan de director een beroep doen op de zogenaamde ‘due diligence defense’. De director zal dan moeten aantonen dat hij passende maatregelen heeft getroffen om de misdrijvingen, danwel herhaling daarvan, te voorkomen⁹.

Non-executive directors moeten hun toezichhoudende rol actief invullen. Dit uitgangspunt is treffend verwoord door de Supreme Court in ‘Francis v United Jersey Bank’: *‘Directors may not shut their eyes to corporate misconduct and then claim that because they did not see the misconduct, they did not have a duty to look. The sentinel asleep at his post contributes nothing to the enterprise he is charged to protect’*¹⁰.

Evenals de regelgeving in de Verenigde Staten hanteert het Nederlandse rechtstelsel open, evoluerende, normen voor de verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen (Mouthaan, 2000, p. 272). Centraal staat daarbij de zorgvuldigheidsnorm voor hun handelen en de afweging van belangen. Daarbij geldt dat wat nu als zorgvuldig wordt aangemerkt, dat mogelijk in de toekomst niet langer is. Voor Nederland is de uitwerking hiervan te vinden in de criteria voor behoorlijke taakvervulling (De Groot, 1997, p. 7; Wezeman, 1998, p. 69) en de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (Slagter, 2005, onder 32; Mouthaan, 2000, p. 103). Voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen moet sprake zijn van een ernstig verwijt, waarbij rekening wordt gehouden met de gegevens waarover de bestuurder behoorde te beschikken en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van bestuurders¹¹. Deze norm is vergelijkbaar met de eis van ‘gross negligence’ voor persoonlijke aansprakelijkheid van directors in de Verenigde Staten. Bij de beoordeling of sprake is van een ernstig verwijt moeten alle omstandigheden worden bezien in het perspectief van de tijd waarin de

gedragingen plaatsvonden. De criteria voor een ernstig verwijt zijn daardoor niet absoluut maar afhankelijk van de verwachtingen in het maatschappelijke verkeer¹².

Artikel 51 lid 1 van het Wetboek van strafrecht bepaalt verder dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Op grond van het tweede lid van dit artikel kan vervolging worden ingesteld tegen de rechtspersoon en/of de opdrachtgevers of feitelijk leidinggevend. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan sprake zijn indien de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen, zoals managementfraude, zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen¹³. In het Nederlandse strafrecht is het daardoor in beginsel mogelijk bestuurders en commissarissen strafrechtelijk te vervolgen omdat zij onvoldoende toezicht hebben gehouden of nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om (herhaling van) strafbare gedragingen te voorkomen. Deze norm is vergelijkbaar met de ‘doctrine of accountability’ in de Verenigde Staten.

Zowel de Amerikaanse fiduciary duties als de Nederlandse zorgvuldigheidsnormen zijn, als gezegd, geen absolute grootheden. Als een ‘best practice’ zich ontwikkelt tot ‘business practice’ gaat deze deel uitmaken van de in het maatschappelijke verkeer geldende verwachtingen en kan deze mee gaan wegen in de beoordeling of al dan niet sprake is van een ernstig verwijt. Zo kende in 2005 al 71% van de beursgenoteerde ondernemingen in Nederland een audit commissie. In 1996 was dit nog slechts 26% (Maassen et al., 2005; Heidrick & Struggles, 2005). Mocht zich nu een incident bij een beursgenoteerde onderneming zonder audit commissie voordoen, dan zullen de betreffende commissarissen tenminste moeten kunnen uitleggen waarom het instellen van een audit commissie niet gewenst of noodzakelijk was. Als hiervoor geen objectieve verklaring kan worden gegeven, wordt het veel lastiger om aan te tonen dat desondanks zorgvuldig is gehandeld. Vanuit dit perspectief zijn de aanbevelingen van de Nederlandse Corporate Governance Code dan ook minder vrijblijvend dan vaak wordt aangenomen.

2.2 Taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden

De raad van commissarissen heeft volgens de aanbevelingen van de Nederlandse Corporate Governance Code tot taak toezicht te houden op het beleid

van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de onderneming, en het bestuur met raad ter zijde te staan. De raad van commissarissen richt zich daarbij naar het belang van de onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de onderneming betrokkenen af. De raad van commissarissen is verder verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren. Elke commissaris dient bovendien geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen en te beschikken over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de raad. De raad van commissarissen is zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

Het toezicht door de raad van commissarissen op het bestuur omvat onder andere; de realisatie van de doelstellingen van de onderneming, de strategie en de risico's verbonden aan de activiteiten, de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, het financiële verslaggevingsproces, en de naleving van de wet- en regelgeving. Het aantal commissariaten van één persoon bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen, tenslotte, is zodanig beperkt dat een goede taakvervulling niet wordt gehinderd, en bedraagt niet meer dan vijf, waarbij het voorzitterschap van een raad van commissarissen dubbel telt.

Elk lid van de audit commissie moet verder bereid, en in staat, zijn om een waardevolle bijdrage te leveren aan het functioneren van de commissie. Elk lid moet inzicht verkrijgen in de onderneming, de producten en diensten, en kennis hebben van de risico's en de controlemaatregelen. De audit commissie moet management, interne accountants, en externe accountants aanspreken op kritische en gevoelige aangelegenheden. De leden van de audit commissie hebben tijdig toegang tot alle relevante informatie en hebben bovendien het recht onafhankelijk advies in te winnen. De interne accountant rapporteert rechtstreeks aan de audit commissie, die betrokken is bij de totstandkoming van het audit plan, en met de externe accountant heeft de audit commissie een sterke, open en eerlijke relatie. De audit commissie krijgt tenslotte periodiek rapportages van de juridische vertegenwoordigers van de organisatie en communiceert rechtstreeks met de juridisch adviseur over relevante juridische aangelegenheden.

In Nederland functioneert de audit commissie onder de verantwoordelijkheid van de raad van commissarissen.

De raad van commissarissen moet er voor zorgen dat de audit commissie op haar taak is berekend. Vooral de samenstelling en deskundigheid spelen hierbij een belangrijke rol. Ten aanzien van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de audit commissie is in de Nederlandse Corporate Governance Code opgenomen dat de audit commissie zich richt op het toezicht op het bestuur ten aanzien van de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen, waaronder het toezicht op de naleving van de relevante wet- en regelgeving en het toezicht op de werking van gedragscodes. Bovendien richt de audit commissie zich op het toezicht door het bestuur op de financiële informatieverschaffing door de organisatie, de naleving en opvolging van aanbevelingen van de externe accountant, de rol en het functioneren van de interne accountantsdienst, het beleid van de organisatie met betrekking tot taxplanning, de relatie met de externe accountant, de financiering van de organisatie en de toepassing van informatie- en communicatietechnologie. De audit commissie is niet alleen het eerste aanspreekpunt van de accountant wanneer deze onregelmatigheden constateert in de inhoud van financiële berichten, maar ook bij een vermoeden van fraude¹⁴. Het voorzitterschap van de audit commissie is gescheiden van dat van de raad van commissarissen en bovendien kan een voormalig bestuurder niet als voorzitter van de audit commissie functioneren. In de audit commissie heeft tenminste één financieel expert zitting. De audit commissie bepaalt of en wanneer de voorzitter van het bestuur, de bestuurder verantwoordelijk voor financiële zaken, de externe accountant en de interne accountant bij haar vergaderingen aanwezig zijn. De audit commissie overlegt zo vaak als zij nodig acht, maar tenminste eenmaal per jaar met de externe accountant buiten aanwezigheid van het bestuur.

Op grond van sectie 301 van de Sarbanes-Oxley Act is het toezicht door de audit commissie primair gericht op de administratieve processen, de financiële verslaggeving, en de controle van de jaarrekening door de externe accountant. In de secties 202, 301 en 407 van de Sarbanes-Oxley Act zijn een aantal specifieke eisen voor de audit commissie opgenomen. Zo moet elk lid van de audit commissie onafhankelijk en deskundig zijn en moet tenminste één lid een financieel expert zijn (als gedefinieerd door de SEC). De audit commissie is verantwoordelijk voor de benoeming en beloning van de externe accountant, en ziet toe op zijn functioneren. De externe accountant rapporteert dan ook direct aan de audit commissie. Alle

dienstverlening door de externe accountant, zowel controle als advies, moet vooraf worden goedgekeurd door de audit commissie. Bovendien heeft de audit commissie de bevoegdheid om haar eigen adviseurs te benoemen. Tenslotte is de audit commissie verantwoordelijk voor de implementatie en goede werking van een klokkenluiderregeling.

Naast de harde eisen uit de Sarbanes-Oxley Act zijn in de Verenigde Staten best practices voor het functioneren van audit commissies beschreven door toonaangevende instituten als het American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) en de National Association of Corporate Directors (NACD)¹⁵. Deze best practices geven een inhoudelijke uitwerking van de verantwoordelijkheden van de audit commissie binnen de wettelijke kaders van de Sarbanes-Oxley Act en de voorschriften van de SEC, maar hebben geen wettelijke status. De best practices eisen dat de audit commissie sterk, onafhankelijk en groot genoeg is voor een goede balans in kennis, ervaring en inzicht. De commissie moet echter klein genoeg zijn om efficiënt te kunnen handelen. In het roulatieschema voor de audit commissie moet bovendien worden gestreefd naar een goede balans tussen continuïteit en een 'frisse blik'. De audit commissie rapporteert aan de 'board of directors' over haar werkzaamheden en bevindingen. Bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de audit commissie zijn vastgelegd in een 'charter'. Dit charter beschrijft bovendien zaken als omvang, samenstelling, eisen aan de ervaring en kennisgebieden van de leden, frequentie van vergaderingen, de rapportage door de audit commissie en de bevoegdheid om onderzoek in te stellen en hiervoor experts in te schakelen. De board beoordeelt periodiek de activiteiten en effectiviteit van de audit commissie.

Ondernemingen die door managementfraude in de problemen zijn geraakt kunnen groot belang hebben bij het opvolgen van de best practices ten aanzien van het ontdekken en voorkomen hiervan. In lijn met de Amerikaanse 'Sentencing Guidelines' (richtlijnen voor strafbepaling) heeft de SEC immers aangegeven dat ondernemingen in aanmerking kunnen komen voor een 'schikking zonder boete'. Voorwaarde hiervoor is dat zij volledige medewerking verlenen aan het onderzoek en bereid zijn (fors) te investeren in controlesystemen om herhaling te voorkomen. Het in de volgende paragraaf te bespreken rapport van de AICPA Antifraud Programs and Controls Taskforce bespreekt de best practices voor het ontdekken en voorkomen van managementfraude door de audit commissie. Te verwachten is dat implementatie van

deze best practices bijdraagt aan het voorkomen van hoge, door de SEC opgelegde, boetes.

3 De best practices van de AICPA Antifraud Taskforce

De best practices van de AICPA Antifraud Programs and Controls Taskforce concentreren zich op zes thema's:

- a een gezonde dosis scepsis;
- b een gedegen begrip van de onderneming;
- c eigen evaluatie van frauderisico's door de audit commissie;
- d eigen evaluatie van de rapportagecultuur;
- e onderhouden van een effectieve klokkenluiderregeling, met een directe lijn naar de audit commissie; en
- f onderhouden door de audit commissie van een uitgebreid eigen netwerk voor informatie en terugkoppeling vanuit de onderneming.

Elk van deze thema's wordt door de taskforce nader uitgewerkt en met voorbeelden toegelicht. Om het onderwerp af te ronden is bovendien een lijst met aandachtspunten opgenomen.

Ad a. Een gezonde dosis scepsis

Een gezonde dosis scepsis is essentieel voor een goede inschatting van het risico op managementfraude. Audit commissieleden moeten zich bewust zijn dat dit risico altijd aanwezig is. Deze scepsis moet zich uiten in een alertheid op mogelijke indicatoren van fraude en de bereidheid om lastige en confronterende vragen te stellen. Dit vereist een omgeving waarin open en vrijuit gediscussieerd kan worden. Waar het gaat om het risico van managementfraude moeten audit commissieleden bovendien hun geloof in de integriteit van het management opzij zetten. Fraude wordt immers het meest gepleegd door 'good executives gone bad'. De taskforce merkt in dit kader nog op dat het openlijk uiten van deze scepsis kan bijdragen aan het voorkomen van managementfraude. Deze best practice lijkt vooral te passen in de Amerikaanse, confronterende, bedrijfscultuur en veel minder in de Nederlandse, op consensus gerichte, bedrijfscultuur (Wallage, 2005, p. 11). Eisen als een gedegen bewustzijn van het alom aanwezige risico op managementfraude, alertheid op fraude-indicatoren en het stellen van vervelende vragen wanneer daartoe aanleiding is, zijn echter zeker ook waardevol in de Nederlandse context.

Ad b: een gedegen begrip van de onderneming

Een gedegen begrip van de onderneming vormt de

basis voor effectief toezicht. Aangezien de financiële verantwoording een goede weergave moet zijn van de economische activiteiten is een goed begrip van de bedrijfstak en de entiteit essentieel om te beoordelen of de verantwoording adequaat is. Deze kennis stelt de audit commissie in staat om te beoordelen of er sprake is van een verhoogd frauderisico. Zonder een goed begrip van de belangrijkste succesfactoren en de daaraan gerelateerd prestatie-indicatoren maakt de audit commissie geen kans om fraude-indicatoren tijdig te onderkennen. Daarom is het noodzakelijk dat de audit commissie een gedegen begrip heeft van onder meer:

- de bedreigingen voor het realiseren van de doelstellingen van de onderneming;
- het interne verantwoordingsproces;
- het budgetteringsproces en vooral ook de budgetteringsmentaliteit;
- de beloning van het management, en in het bijzonder de variabele componenten daarvan; en
- de (interne en externe) druk op het management om bepaalde doelstellingen te realiseren.

Ad c: eigen evaluatie van frauderisico's

De effectiviteit van het toezicht wordt vergroot door periodiek de frauderisico's te evalueren, bijvoorbeeld in een risicoworkshop. Dit buiten aanwezigheid van het management. Vragen die daarbij aan de orde moeten komen zijn:

- hoe en waar is de onderneming kwetsbaar voor fraude; wat zou aanleiding kunnen geven tot management-fraude;
- hoe zou het management de bestaande procedures en controlemaatregelen kunnen omzeilen, danwel misbruiken, om fraude te plegen; en
- hoe zou hiervoor ongeautoriseerd gebruik gemaakt kunnen worden van bezittingen van de onderneming?

Belangrijke input voor deze sessies komt uit gesprekken van de audit commissieleden met interne accountants, externe accountants, juridisch adviseurs, de remuneratiecommissie, personeelsmanagers, compliance officers en management uit diverse lagen van de organisatie. De audit commissie doet er overigens goed aan zich hierin bij te laten staan door een onafhankelijke fraude-expert, aldus de taskforce.

Ad d: eigen evaluatie van rapportagecultuur

Onderzoek van KPMG (2005) toont aan dat 90% van de beursgenoteerde ondernemingen in Nederland een gedragscode kent. Alleen het bestaan van een dergelijke code is echter niet voldoende om de kans op

managementfraude af te laten nemen. De audit commissie zal de gedragscode moeten gebruiken als toetsingskader om vast te stellen of de bedrijfscultuur zodanig is dat de hoogste mate van integriteit wordt gehandhaafd, ook onder grote druk. Inbreuk op de gedragscode moet daarom aan de audit commissie worden gerapporteerd. Regelmatig onderzoek onder medewerkers, maar ook externe partijen als klanten en leveranciers, is daarvoor gewenst. De bevindingen uit deze onderzoeken moeten rechtstreeks aan de audit commissie worden gerapporteerd. De audit commissie zal bovendien moeten vaststellen of de gedragscode adequaat is geïmplementeerd. Is deze bij iedereen bekend? Hoe staat het met training? Wordt adequaat gereageerd op geconstateerde inbreuken?

Ad e: onderhouden van een effectieve klokkenluiderregeling

Onderzoek van de Association of Certified Fraud Examiners (ACFE, 2004) heeft aangetoond dat 40% van de fraudes wordt ontdekt na een tip. Om die reden eist de Sarbanes-Oxley Act in sectie 301 dan ook dat elke onderneming een klokkenluiderregeling invoert. Hoewel het onderzoek van het ACFE tevens aantoonde dat het aantal tips met ongeveer 50% toeneemt als klanten en leveranciers in de regeling worden betrokken, is overigens alleen een interne regeling vereist. De audit commissie zal de klokkenluiderregeling moeten stimuleren en vaststellen dat meldingen serieus worden opgevolgd. Bovendien moet de regeling voldoende waarborgen bevatten om te zorgen dat alle serieuze meldingen bij de audit commissie bekend zijn. De audit commissie zal specialisten moeten inschakelen, bijvoorbeeld de interne accountant, om de effectiviteit van de regeling periodiek vast te stellen. Recent onderzoek van KPMG (2005) toont aan dat klokkenluiderregelingen niet erg warm onthaald zijn in Nederland, minder dan de helft van de ondernemingen met een beursnotering heeft een dergelijke regeling. Het lijkt er dan ook op dat een dergelijke regeling niet goed past in de Nederlandse bedrijfscultuur.

Ad f: onderhouden van een eigen netwerk door de audit commissie

Veel nadruk ligt in het rapport ook op het onderhouden van een eigen netwerk van informatievoorziening en terugkoppeling vanuit de onderneming. Een open discussie op vertrouwensbasis met belangrijke medewerkers is een goede methode voor de audit commissie om inzicht te krijgen in de bedrijfscultuur, onevenredige druk op managers, gedrag van individuele managers, effectiviteit van procedures en antifraude programma's, naleving van wet- en regel-

geving, et cetera. Bij elke audit commissievergadering zal bovendien een open discussie met het hoofd van de interne accountantsdienst worden gevoerd over het risico van managementfraude, en ongewenst gedrag van managers. Tenslotte is een open communicatie met de externe accountant van belang voor een goede evaluatie van het frauderisico. De externe accountant is immers vaak vanuit zijn controlestandaarden al gehouden specifiek onderzoek te doen naar managementfraude. Vragen die daarbij aan de orde komen zijn:

- Welke frauderisico's heeft de externe accountant onderzocht in zijn controleprogramma?
- Wat waren de uitkomsten van het onderzoek door de externe accountant naar managementfraude?
- Gaven deze uitkomsten aanleiding om een verhoogd risico te veronderstellen?
- Welke andere overwegingen hebben een rol gespeeld in de fraudesessies van het controleteam?

Hoe zinvol ook, een aantal van de hiervoor besproken aanbevelingen van de AICPA taskforce lijkt niet te verenigen met de tijd die audit commissieleden in een two-tier-systeem beschikbaar hebben. Onderzoeken tonen aan dat Amerikaanse audit commissies zo'n 9 tot 10 keer per jaar bijeenkomen (Deloitte, 2005). Dit naast de reguliere bestuursvergaderingen waar de leden eveneens aan deelnemen. De (sub-)commissies van de 25 Nederlandse AEX fondsen, waaronder de audit commissie, vergaderden daarentegen in 2004 gemiddeld slechts 3,5 keer (Heidrick & Struggles, 2005, p. 27). Terwijl er geen reguliere vergaderingen met het bestuur zijn. Al met al dus een aanzienlijk mindere tijdsbesteding en betrokkenheid van Nederlandse audit commissies.

Nog belangrijker is echter de constatering dat de basisbeginselen van de two-tier-structuur in het gedrag komen. De grenzen tussen toezicht en bestuur dreigen immers te vervagen. Vooral daar waar commissarissen direct communiceren met belangrijke medewerkers uit de onderneming. Bovendien zullen commissarissen iets moeten doen met de verkregen kennis. Alleen kennisnemen van problemen is immers in strijd met de actieve rol die van hen wordt verwacht. De vraag is daarom gerechtvaardigd of het two-tier-systeem nog wel een optie is voor Nederlandse ondernemingen die in Amerika aan de beurs genoteerd zijn.

Voor audit commissies in een two-tier-structuur, die desondanks willen voldoen aan de Amerikaanse best practices, lijkt het inschakelen van onafhankelijke

deskundigen een oplossing te bieden. Daarbij geldt dat de mate van onafhankelijkheid van die deskundigen bepaalt in hoeverre de audit commissie op hun oordeel kan steunen. Op deze wijze wordt in elk geval het tijdsprobleem opgelost. Wat betreft het vervagen van de grens tussen bestuur en toezicht heeft de inzet van professionele deskundigen tevens een neutraliserend effect. Er wordt als het ware een buffer gecreëerd tussen bestuur en toezicht. Om te voorkomen dat niet meer duidelijk is wie bestuurt en wie toezicht houdt, is het wel essentieel een uitermate transparant audit commissiecharter op te stellen, en dit ook binnen de organisatie te communiceren. Bovendien moeten de door de audit commissie aangestuurde specialisten heel duidelijk communiceren in welke hoedanigheid zij hun werkzaamheden verrichten, en wat er met hun bevindingen zal gebeuren. Tenslotte heeft de audit commissie door het inschakelen van onafhankelijke professionals direct toegang tot alle relevante kennis en ervaring die de toegenomen complexiteit van ondernemingen en regelgeving vereist, en eigenlijk niet meer door de audit commissie alleen is te realiseren.

Overigens kunnen ook Nederlandse beursfondsen die geen notering hebben in de Verenigde Staten er belang bij hebben om Amerikaanse best practices te implementeren. Uit onderzoek van Boer & Croon blijkt immers dat nog slechts 20% van de aandelen van de Nederlandse AEX-fondsen in handen is van Nederlandse beleggers, terwijl zo'n 25% in handen is van beleggers uit de Verenigde Staten (Boer & Croon, 2005). Dat daarmee de spelregels veranderen blijkt wel uit de recente ontwikkelingen bij CSM en VNU, die een duidelijke afwijzing van buitenlandse aandeelhouders kregen op hun strategische beleid. Buitenlandse beleggers brengen op die wijze hun eigen normen mee, al dan niet afdwingbaar door gerechtelijke stappen.

4 Conclusies

Amerikaanse (non-executive) directors zijn gehouden hun taak zorgvuldig, loyaal en vooral actief in te vullen. Deze eisen zijn in grote mate vergelijkbaar met die ten aanzien van het functioneren van commissarissen in Nederland. Ook de best practices met betrekking tot het functioneren van audit commissies vertonen grote overeenkomsten. Uitgewerkte best practices ten aanzien van de verantwoordelijkheden van de audit committee voor het voorkomen en ontdekken van managementfraude ontbreken echter in Nederland. Implementatie van deze best practices vereist bovendien een betrokkenheid en tijdsbeste-

ding die lastig is te realiseren in een two-tier board-structuur, en die ertoe leidt dat de grenzen tussen bestuur en toezicht vervagen. Daarbij vraagt toepassing van de best practices diepgaande kennis op vele gebieden. Zoveel en zo diepgaand dat dit eigenlijk niet langer door de audit commissie alleen is te realiseren. Onafhankelijke en professionele ondersteuning door een multidisciplinair team, dat direct wordt aangestuurd door de audit commissie, kan hiervoor een oplossing bieden. Het team zal onder meer de door de onderneming verstrekte informatie analyseren, audit commissievergaderingen voorbereiden, kwesties opvolgen en gericht, onafhankelijk, onderzoek verrichten. De effectiviteit van het toezicht zal daardoor toenemen. Ondernemingen die door managementfraude in de problemen zijn geraakt kunnen bovendien mogelijk hoge boetes voorkomen door de geldende best practices op dit gebied te implementeren. Tenslotte hoeven audit commissieleden niet wakker te liggen over persoonlijke aansprakelijkheid zolang zij functioneren in overeenstemming met deze best practices.

Literatuur

- American Institute of Chartered Public Accountants, Antifraud Programs and Controls Task Force, (2005), *Management Override of Internal Controls: The Achilles' Heel of Fraud Prevention -The Audit Committee and Oversight of Financial Reporting*, New York. Zie: http://www.aicpa.org/audcommctr/spotlight/achilles_heel.htmAmerican Law Institute, (1994), *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, New York.
- Association of Certified Fraud Examiners, (2004), *2004 Report to the Nation on Occupational Fraud and Abuse*, Austin. Zie: <http://www.acfe.com/fraud/report.asp>
- Boer & Croon, Strategy and Management Group, (2005), *De internationalisatie van Nederlands' grootste beursfondsen*. Zie: <http://www.boercroon.nl/servlet/nl.gx.bnc.client.http.ShowObject?id=419910>.
- Commissie Corporate Governance, (2003), *De Nederlandse Corporate Governance Code*, Amsterdam. Zie: <http://www.commissiecorporategovernance.nl/Definitieve%20code>.
- Deloitte, (2005), *Audit Committee Brief, June 2005*, New York. Zie: <http://www.deloitte.com/dtt/newsletter/0,1012,sid%253D73907%2526cid%253D85340,00.html>
- Groot, H. de, (1997), *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer.
- Heidrick & Struggles, Ph. Haspeslagh, (2005), *Corporate Governance in Europe: what's the outlook?*, Parijs.
- KPMG, (2005), *Helpt beursgenoteerde ondernemingen ontbeert klokkenluidersregeling*, persbericht d.d. 17 oktober 2005. Zie: www.kpmg.nl.
- Maassen, G.F., F.A.J. van den Bosch en H.W. Volberda, (2005), Het gebruik van toezichthoudende commissies binnen raden van commissarissen in beursgenoteerde ondernemingen, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, jg. 79, nr. 12, pp. 647-657.
- Mouthaan, H.J. (2000), *Corporate Governance: de verantwoordelijkheid voor het internal control system en het rapporteren terzake*, proefschrift Universiteit Leiden
- Nederlands Instituut voor Registeraccountants, (2005), *Richtlijnen voor de accountantscontrole, Richtlijn 240*. Zie: <http://www.nivra.nl/Thema's/Controle/richtlijnen.htm>
- Pitt, H.L., K.A. Groskaufmanis, en B. Tsaganos, B., (1997), Directors Duties to Uncover and Respond to Management Misconduct, *The Corporate Governance Advisor*, mei/juni 1997, p. 18-24.
- Shearman & Sterling LLP, (2004), *Corporate Governance Practices of the 100 Largest US Public Companies*, Delaware. Zie: http://www.shearman.com/cg_survey05/
- Sheikh, S., (1995), *Corporate Governance: Reflections on the American Law Institute Report*, ICCLR nummer 7, p. 254-259.
- Slagter, W.J., (2005), *Compendium van het Ondernemingsrecht*, Deventer.
- Veasey, N.E., (1997), The Director and the Dynamic Corporation Law, *The Corporate Governance Advisor*, Juli/augustus 1997, p. 22-25.
- Wallage, Ph., (2005), Implicaties van de wet Sarbanes-Oxley voor de niet-Amerikaanse accountant, opgenomen in: W. Verhoog en R. Kamerling (red.), *Corporate governance in eilandelijk perspectief, Nieuwe ijkpunten en dilemma's voor de accountant*, 2005, p. 9-24.
- Wezeman, J.B., (1998), *Aansprakelijkheid van Bestuurders*, Deventer.

Noten

- 1 De Nederlandse Corporate Governance Code onder III.5.4, en secties 301 en 404 van de Sarbanes-Oxley Act.
- 2 De Nederlandse Corporate Governance Code onder II.1.3 en secties 302 en 404 van de Sarbanes-Oxley Act.
- 3 AICPA Antifraud Programs and Control Taskforce, 2005, p. 1.
- 4 Veasey (1997, p. 22) heeft dit als volgt verwoord: *'The law of fiduciary duty is not static, it is dynamic. Courts may take into account modern trends and adjust jurisprudence accordingly – whether it be (1) enhancing the business judgment rule somewhat in the takeover context; (2) expecting modern compliance programs; (3) expecting an active, not passive, board; and (4) respecting independence and hard work of non-management directors. Good corporate practices cannot help but be a good long-term strategy. They are like defensive driving habits: (1) courts will think more highly of you if you get to court; (2) you will have more credibility with regulators; and (3) preventive measures will avoid a huge cost and productivity drain by avoiding litigation and regulatory enforcement actions. But remember, good corporate practices should not make a board risk-averse.'*
- 5 Het American Law Institute heeft dit uitgangspunt als volgt verwoord : *'Directors should have a duty to the corporation to perform their functions in good faith, in a manner they reasonably believe to be in the best interests of the corporation. Directors must act with the care that ordinary prudent persons would reasonably be expected to exercise in a like position under similar circumstances. This duty includes the obligation to make an inquiry when the circumstances would alert a reasonable director or officer of the need therefor. The extent of such inquiry should be such as the director reasonably believes to be necessary.'* (American Law Institute, 1994, sectie 3.01).
- 6 Sheikh, 1995, p 258 en Kaplan v Cantex Corp, 284 A2d 119, 124, Delaware, 1971.

- 7 Guth v Loft Inc., 5 A2d 503, 510, Delaware, 1939.
- 8 De rechter heeft dit uitgangspunt in 'In re Caremark International Inc.' als volgt toegelicht: *'If a system implemented by the board in good faith is ineffective in covering an illegality, the board will likely not be responsible. But, if the board fails to create such a system, and the plaintiff can prove that that failure proximately caused the loss in question, then the directors might be liable for such losses.'*
- 9 Escott v BarChris Construction Corporation, New York, 1971.
- 10 Francis v United Jersey Bank, 87 NJ 15, 432 A2d 814, 1981.
- 11 Uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Staleman-Van de Ven, HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360
- 12 NJ 1997, 674.
- 13 Uitspraak in Slavenburg II, HR 16 december 1986, NJ 1987, 321.
- 14 NivRA, Richtlijnen voor de accountantscontrole, Richtlijn 240, 2005.
- 15 Relevante publicaties van het AICPA zijn ondermeer: de Financial Expert Decision Tree, de Audit Committee Charter Matrix, Conducting an Executive Session, en de Audit Committee Tool Kit. Ook het NACD heeft een uitgebreid handboek voor audit commissies uitgebracht, het NACD Audit commissie Handbook.