

## VOORWOORD

Mr. J.L.R.A. Huydecoper

Aangenomen dat de lezer van dit stukje nu pas aan dit boek begint: hem wacht materie die in gelijke delen buitengewoon boeiend is, en buitengewoon ingewikkeld. De bijdragen die hierna volgen gaan allemaal over (aspecten van) het (krachtiger) bevorderen van de integriteit en van het handhaven van de regelgeving in het financiële verkeer. We zien daarbij, in grote lijnen, drie dingen: een aanzienlijke toename van de wet- en regelgeving over dit onderwerp; een krachtige ontwikkeling van de organisatorische middelen waarmee de beoogde bevordering wordt nagestreefd (in een naar mijn smaak iets overtrokken jargon: 'geborgd'); en de ontwikkeling van subtiele normen die, waar de regelgeving ruimte voor interpretatie laat, de grenzen aangeven waaraan de betrokkenen zich in concrete gevallen hebben te houden.

Daarmee zien we al: het is alleszins complexe materie. De complexiteit wordt ook in de hand gewerkt doordat de sterk toegenomen aandacht voor dit onderwerp nogal uiteenlopende oorzaken heeft. Van die oorzaken zijn natuurlijk duidelijk zichtbaar: de gebeurtenissen die onder de verzamelnaam 'bankencrisis' bekendstaan; de toegenomen zorg over 'witwassen' en het daarmee gepaard gaande doordringen van criminele activiteiten en/of personen in het 'legale' maatschappelijke veld, en de zorg over terroristische activiteiten inclusief – misschien enigszins verrassend – de financiële aspecten daarvan. We zien dan dat hier heel verschillende – ook onderling niet of nauwelijks met elkaar in verband staande – verschijnselen als 'motor' fungeren; die vooral dit met elkaar gemeen hebben dat ze sterk in de publicitaire (en vervolgens: de politieke) aandacht staan, en dat ze tot aanzienlijke publieke verontwaardiging aanleiding hebben gegeven en blijven geven, en dus een sterke stimulans vormen voor de overheid, maar ook voor de andere betrokkenen, om 'iets te doen'. Tegelijk zien we dat bij dergelijke stimulansen het risico van onvoldoende doordacht en/of excessief reageren, bepaald niet denkbeeldig is.

Het plaatje wordt verder gecompliceerd doordat, aan de ene kant, gevallen de aandacht trekken waarbij onmiskenbaar van duidelijke overschrijding van geldende normen sprake is; maar waarbij, aan de andere kant, de grenzen worden onderzocht van de zorg en zorgvuldigheid die van de betrokkenen mag worden verlangd. Bij dat laatste gaat het juist om subtiele variaties in het veld van toepasselijke normen, waarbij op de voorhand bepaald niet (laat staan 'onmiskenbaar') duidelijk is, waaraan men zich wel en niet heeft te houden.

Daarbij bestaat er nauw verband tussen de verschillende genoemde verschijnselen. De regelgeving, bijvoorbeeld, houdt vaak vage, voor velerlei uitleg vatbare normen in (trefwoord: 'on gebruikelijke transactie'), waarvan de precieze inhoud vervolgens in de praktijk zal moeten worden verduidelijkt. En omdat die praktische heel verschillende terreinen en betrokkenen kan betreffen, bestaat de aanzienlijke kans dat de desbetreffende norm in de ene context anders blijkt te moeten opgevat dan in de andere. Om bij mijn eigen vakgebied (dat is: de juristerij) te blijven: de zorg die van een functionaris van een financiële instelling verlangd wordt, wordt waarschijnlijk anders gewaardeerd naargelang dat in een strafrechtelijke context, een bestuursrechtelijke context of een civielrechtelijke context moet gebeuren; of, laat ik het gebied waarbij ik momenteel het nauwst betrokken ben niet vergeten: een tuchtrechtelijke context. (En hoe er in de televisietalkshow over wordt gedacht is wéér een heel andere vraag, die heel andere deskundigheid en vaardigheden in het spel brengt).

Ik hoop u met het zojuist zeer in het kort gegeven beeld niet af te schrikken, maar juist aan te moedigen. Inderdaad, het is ingewikkelde materie; en aan de hand van de veelheid van aspecten en van betrokkenen die daarin een rol spelen begrijpt men meteen dat de materie voortdurend in ontwikkeling is, en dat ook zal blijven. Intussen gaat het om hoogst wezenlijke aspecten van een voor de samenleving cruciale functie, namelijk die van de financiële dienstverlening en de deelneming aan het financiële verkeer. Ik geef toe, mijn jongste kleindochter begrijpt misschien nog niet waarom dat zo belangrijk is – maar verder durf ik de stelling aan dat iedereen dat meteen begrijpt. En iedereen die wat nauwer bij deze sector betrokken is zal begrijpen dat hij/zij er goed aan doet, op de hoogte te zijn en te blijven van wat er in dit verband gebeurt. Nu, dat kan aan de hand van dit boek. En ik hoop te hebben aangetoond dat dit niet alleen nuttig is, maar ook in hoge mate boeiend. Ik wens de lezers dus zonder schroom of terughoudendheid veel leesplezier toe!

## DEEL I - DE COMPLIANCE OFFICER EN ZIJN OMGEVING

## DE COMPLIANCE OFFICER: GESCHIKT OF ONGESCHIKT?

### Mr. M.J. van Woerden

#### 1. Inleiding

'It comes with the job'; de compliance officer moet beschikken over een rechte rug, een weldoordacht eigen oordeel en een mandaat dat in staat stelt tot onafhankelijk optreden. Kerntaak van de compliance officer is het identificeren en adresseren van integriteitsrisico's. Hij moet daartoe voldoende tegenwicht bieden aan de bedrijfsleiding en de vinger aan de pols houden op alle niveaus en in alle geledingen van de organisatie. Hierdoor kan de compliance officer helpen om bestaande gewoontes, mores en groepsdruk te doorzien en verborgen integriteitsrisico's te herkennen en aan de orde te stellen. De praktijk is echter weerbarstig. Kan de compliance officer deze rol wel goed vervullen? Of verkeert hij daarvoor in een te afhankelijke positie wanneer het erop aankomt? Op deze vragen wordt in deze bijdrage een antwoord gezocht in context van actuele Europese regelgeving.

Extra aandacht gaat daarbij uit naar de door de Europese Bankautoriteit (European Banking Authority, afgekort EBA) en de Europese Autoriteit voor effecten en markten (European Securities and Markets Authority, afgekort ESMA) gezamenlijk uitgevaardigde Richtsnoeren ter beoordeling van de geschiktheid van leden van het hoogste leidinggevend orgaan en sleutelfunctionarissen (EBA/ESMA Richtsnoeren).<sup>1</sup> De EBA/ESMA Richtsnoeren moeten uiterlijk 1 juli 2018 zijn geïmplementeerd door de financiële toezichthouders binnen de Europese Unie (EU) en door banken en effecteninstellingen die binnen de reikwijdte vallen van de EBA/ESMA Richtsnoeren. Met de EBA/ESMA Richtsnoeren wordt beoogd om de geschiktheid van de (leden van) het hoogste leidinggevend orgaan en van zogeheten 'key function holders' te waarborgen en de beoordeling daarvan in te bedden in de bedrijfsvoering in plaats van dit alleen afhankelijk te laten zijn van goedkeuring door de toezichthouder bij benoeming of herbenoeming van betrokkenen. Onder 'key function holders' worden personen verstaan 'that have a significant influence over the direction of the institution under the overall responsibility of the management body'. Daartoe behoren hoofden van interne controle functies, waaronder het hoofd van de compliancefunctie.

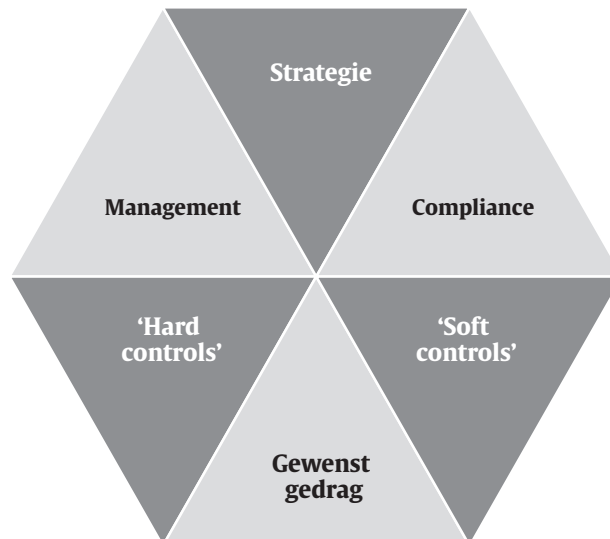
---

1 Final Report Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU, 26 September 2017.

In par. 2 wordt kort ingegaan op de positie van de compliance officer in de organisatie. In par. 3 wordt dit in context van actuele EU-regelgeving geplaatst. In par. 4 worden enkele valkuilen besproken die een onafhankelijk functioneren van de compliance officer in de weg kunnen staan. Vervolgens wordt in par. 5 aandacht besteed aan de mogelijkheid van tijdelijke aanstelling van een externe compliance monitor, rechtstreeks rapporterend aan justitiële autoriteiten en/of de toezichthouder in het kader van schikkingsafspraken ter verbetering van het compliance programma van de betreffende organisatie

## 2. De positie van de compliance officer in de organisatie

De heersende opvatting is dat de compliance officer zijn rol vervult binnen de tweede lijn van het zogeheten three-lines-of-defence model. Onder de eerste lijn of defence valt de commercie en het daarvoor verantwoordelijke management. De tweede lijn of defence wordt gevormd door interne controle en supportfuncties, waaronder risicomanagement, finance & control, compliance en personeelszaken. De derde lijn in dit model is toebedeeld aan de interne accountantsdienst. Deze verdeling is overigens geen vast stramien. In variaties op dit model worden aanvullende lines of defence toegevoegd voor respectievelijk de raad van commissarissen en de externe toezichthouders. Door onderlinge samenwerking met en binnen de diverse lines of defence kan de compliance officer meer bereiken. Het komt erop aan om telkens een goede balans te vinden in de toepassing van procesgerichte 'hard controls' (beleid, procedures, IT-maatregelen, rapportages, etc.) en gedragsgerichte 'soft controls' (leiderschap, respectvolle bejegening, bespreekbaarheid van opkomende dilemma's, bijbehorende training, etc.). Dit is schematisch weergegeven in figuur 1.



Figuur 1.

Afhankelijk van de aard van de bedrijfsactiviteiten, de voor de onderneming relevante wet- en regelgeving en de door de bedrijfsleiding gemaakte nadere keuzes loopt de vormgeving van de compliancefunctie in de verschillende bedrijfstakken en ondernemingen nogal uiteen. Ook binnen de financiële sector is hierdoor een gevarieerd beeld ontstaan. Wanneer voor welk thema aandacht nodig is in het compliance programma van de onderneming is vooral een kwestie van maatwerk en risicoafweging. In de praktijk legt de compliance officer zich vooral toe op integriteit gerelateerde aspecten van de bedrijfsvoering. Figuur 2 bevat een vereenvoudigde weergave van hoofdthema's in relatie tot de genoemde three lines of defence.



Figuur 2.

De compliance officer speelt een belangrijke rol bij het vermijden van integriteitschendingen en het laten beklijven van goed gedrag in de organisatie. Management en medewerkers moeten doorlopend worden aangespoord tot het nemen van eigen verantwoordelijkheid ter bevordering en bestendiging van integer handelen. Daarbij moet worden ingezet op: (1) het opsporen van integriteitschendingen in plaats van deze toe te dekken; (2) het leren van gemaakte fouten in plaats van deze af te straffen; (3) het belonen van eigen initiatief van medewerkers; en (4) het bespreken van opkomende dilemma's in plaats van uitbreiding van het arsenaal van regels, procedures en controles. Van de compliance officer wordt verwacht dat deze de bedrijfsleiding ook op strategisch gebied van advies en kritische feedback

voorziet. De oproep van voormalig bestuurder van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), prof. Femke de Vries, aan de compliance officer om zich niet te beperken tot 'learning to say no' maar vooral ook vooruit te blikken is hiermee in lijn.<sup>2</sup>

De compliance officer moet op het brede terrein van governance en risicobeheersing op gelijke voet met de bedrijfsleiding kunnen acteren. Dit is ook met zoveel woorden in de hiervoor genoemde EBA/ESMA Richtsnoeren tot uitdrukking gebracht.

### 3. Europese richtsnoeren

#### 3.1. De EBA/ESMA Richtsnoeren

Art. 91 lid 12 Richtlijn 2013/36/EU (afgekort tot CRD IV) en art. 9 lid 1 Richtlijn 2014/65/EU (afgekort tot MiFID II) schrijven voor dat EBA en ESMA (gezamenlijk) richtsnoeren uitvaardigen over de invulling van de eisen van geschiktheid van leden van de 'management body' (te weten: de directie en de raad van commissarissen als hoogste toezichthoudend orgaan). Ter verbetering en harmonisatie van het financieel toezicht binnen de Europese Unie zijn in september 2017 de eerdergenoemde EBA/ESMA Richtsnoeren gepubliceerd. Deze zien niet alleen op de leden van het hoogste leidinggevend orgaan, maar ook op de voornoemde 'key holders'. Gelijktijdig zijn ook de hiermee samenhangende herziene EBA richtsnoeren inzake interne governance gepubliceerd. De eisen voor wat betreft interne governance vinden hun basis in de art. 74 en 88 Richtlijn 2013/36/EU. Beide richtsnoeren moeten uiterlijk 30 juni 2018 zijn geïmplementeerd.

De EBA/ESMA Richtsnoeren bevatten criteria voor de beoordeling van de vereiste kennis, ervaring, betrouwbaarheid en eigenschappen van professioneel gedrag van leden van de 'management body' en van 'key function holders' van financiële instellingen. De geschiktheid moet niet alleen worden getoetst door de financiële toezichthouder bij (her)benoeming van deze personen, maar ook doorlopend binnen de organisatie zelf, onder meer aan de hand van periodieke (self)assessments. Verandering van omstandigheden kan aanleiding zijn om de geschiktheid van één of meer personen tussentijds opnieuw tegen het licht te houden, rekening houdend met de inhoud van de functie en/of de aard, complexiteit en/of risicoprofiel van de onderneming, bijvoorbeeld wanneer zich een belangenconflict of andere omstandigheid voordoet, waardoor iemand zijn functie niet langer goed kan uitoefenen.<sup>3</sup> Voor de toetsing van de collectieve geschiktheid van het management body is in de EBA/ESMA Richtsnoeren een zogeheten suitability matrix als template opgenomen, vergelijkbaar met het model dat is te vinden in de 'ECB Guide on fit and proper assessments'. Gebruik van dit model is in lijn met de in Nederland reeds ingevoerde

<sup>2</sup> Zie: F. de Vries, 'De compliance officer langs de lat van 5 elementen van goed toezicht', *VU Magazine Compliance & Integriteit* 2014/1, p. 6-7.

<sup>3</sup> ESMA/EBA Richtsnoeren, Background and Rationale, nr. 35.

praktijk na herziening in 2015 van de Beleidsregel Geschiktheid 2012 door De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en de AFM.

Voor wat betreft de aan de geschiktheid van de compliance officer gestelde eisen kunnen de EBA/ESMA Richtsnoeren worden beschouwd als een nadere uitwerking van het huidige wettelijke voorschrift in art. 21 lid 3 Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) en art. 31c lid 3 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft) dat de compliancefunctie beschikt over de nodige autoriteit, middelen, deskundigheid en toegang tot alle noodzakelijke informatie om haar taken onafhankelijk en effectief te kunnen uitoefenen.<sup>4</sup>

### 3.2. *Betrouwbaarheid en geschiktheid*

Door invoering van de Beleidsregel geschiktheid 2012 (aangepast in 2015) werd de geschiktheidstoets voor bestuurders en commissarissen in de financiële sector in Nederland reeds nader uitgewerkt.<sup>5</sup> Voor de zogeheten tweede echelon (inclusief het hoofd van de compliancefunctie) geldt reeds een voorafgaande betrouwbaarheidstoetsing door DNB en/of AFM.<sup>6</sup> De overige in de EBA/ESMA Richtsnoeren genoemde elementen van geschiktheid komen daar bij de toetsing van het hoofd van de compliancefunctie door de toezichthouder nu bij. De bestaande EU Richtsnoeren met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID-eisen voor de compliancefunctie<sup>7</sup> bevatten overigens al een meer gedetailleerde uitwerking van de aan de compliance officer gestelde eisen van geschiktheid. De ESMA/EBA Richtsnoeren kunnen in dit opzicht daarom als sluitstuk beschouwd worden van EU-regelgeving op dit gebied.

### 3.3. *Onafhankelijkheid*

Ook moet sprake zijn van een onafhankelijke mindset.

'Being independent' means that a member of the management body in its supervisory function does not have any present or recent past relationships or links of any nature with the CRD-institution or its management that could influence

4 De financiële instelling moet beschikken over een organisatieonderdeel dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliancefunctie uitoefent, met als taak 'het controleren van de naleving van wettelijke regels en van interne regels die de financiële onderneming zelf heeft opgesteld', aldus art. 21 lid 1 Besluit prudentiële regels Wft. Deze bepaling geldt voor (onder meer) banken, premie-pensioeninstellingen en verzekeraars. Voor beleggingsondernemingen en beheerders van een instelling voor collectieve belegging en effecten (de zogeheten icbe's) geldt het vergelijkbare art. 31c lid 1 BGfo Wft.

5 Voorbeelden hiervan zijn de conform de Beleidsregel geschiktheid 2012 verlangde persoonlijke eigenschappen van bestuurders van financiële instellingen ten aanzien van bijvoorbeeld: *authenticiteit, besluitvaardigheid, communicatief vermogen, helikopterzicht en oordeelsvorming, leiderschap, authenticiteit, onderhandelingsvaardigheid en overtuigingskracht en het vermogen tot strategische sturing*.

6 Zie voor een uitwerking hoofdstuk 2 Bpr en hoofdstuk 3 BGfo.

7 25 juni 2012, EAEM 2012/388.



the member's objective and balanced judgement and reduce member's ability to take decisions independently. (...) When assessing the independence of mind (...), institutions should assess whether or not all members of the management body have:

- a. the necessary behavioural skills, including:
  - i. courage, conviction and strength to effectively assess and challenge the proposed decisions of other members of the management body;
  - ii. being able to ask questions to the members of the management body in its management function; and
  - iii. being able to resist "group-think".<sup>8</sup>

Uiteraard vergt onafhankelijk functioneren dat belangenconflicten en onverenigbare of te veel nevenfuncties worden vermeden. De EBA/ESMA Richtsnoeren vermelden in dit verband dat 'independence of mind' van een lid van het management body kan samengaan met verbondenheid en loyaliteit aan de organisatie waarvoor men werkzaam is. Deze loyaliteit mag uiteraard niet doorslaan. Zo zal van leden van de directie worden verwacht dat wordt geoordeeld vanuit het perspectief van de organisatie als geheel in plaats van te fungeren als belangenbehartiger van een bepaalde divisie van de instelling. Loyaliteit aan de eigen onderneming is ook voor de compliance officer een belangrijke dimensie. Dit mag immers nooit in de weg staan aan het bieden van een onafhankelijk, kritisch en zo nodig aanhoudend tegengeluid als 'countervailing power' binnen de organisatie.

#### 3.4. *Time commitment*

Geschiktheid voor de functie impliceert dat daadwerkelijk voldoende tijd kan worden vrijgemaakt om de toebedeelde verantwoordelijkheden te dragen. Net als het vereiste van 'onafhankelijkheid' is 'time commitment' in de EBA/ESMA Richtsnoeren expliciet verwoord voor leden van het management body, maar net zo relevant voor key function holders. Vooral in grote organisaties is het een doorlopende uitdaging voor de compliance officer om zich duidelijk te profileren als baken ter bewaking van integriteit en goed gedrag binnen de organisatie. Immers, dit vergt het uitstijgen boven de bureaucratie van processen, beleid en structuren die samenhangen met een zwaar gereguleerde omgeving. Te hoge regeldichtheid heeft een contraproductief effect.<sup>9</sup> De compliance officer moet de bedrijfsleiding en het overige management doorlopend weten uit te dagen en quasi-zekerheden kunnen doorprikken en delicate integriteitvragen aan de orde moeten kunnen stellen, ook als dit op gespannen voet staat met korte termijn commercieel gewin. Dit vraagt

<sup>8</sup> ESMA/EBA Richtsnoeren, nr. 81-82.

<sup>9</sup> Volgens prof. Nassim Nicholas Taleb heeft bureaucratie een funeste uitwerking op het herstellend en lerend vermogen in organisaties waardoor op enig moment ogenschijnlijk robuuste organisaties ten prooi vallen aan de gevolgen van onvoorziene risico's. Zie: N.N. Taleb, *Antifragile: Things that gain from disorder*, Random House: 2012.

om een vrije rol binnen een ruim mandaat. Alleen dan kan de compliance officer de rol van 'freischwebende Intelligenz' vervullen binnen de organisatie.<sup>10</sup>

Bovengenoemde elementen vergen niet alleen een rechte rug van de compliance officer en inzicht in de materie, maar ook een zekere mate van onverstoorbaarheid en een veilige omgeving waarin het debat gevoerd kan worden over opkomende integriteitsvragen zonder angst voor meningsverschillen of directe afstraffing van fouten of vergissingen. De gestage en aanhoudende groei van verantwoordelijkheden als gevolg van nieuwe regelgeving en verlangens van toezichthouders stelt de compliancefunctie in dit opzicht danig op de proef. Een duidelijke visie op de verdeling van compliance taken, heldere communicatie in alle geledingen van de organisatie, een duidelijk vastgelegd mandaat en overtuigende invulling daarvan moet dit mogelijk maken.

### 3.5. Beschikbaarheid van een 'suitability policy'

In zowel de EBA/ESMA Richtsnoeren, de 'ECB Guide on fit and proper assessments' en in de Beleidsregel geschiktheid 2012 wordt benadrukt dat de beoordeling van geschiktheid primair de verantwoordelijkheid van de financiële instellingen zélf betreft en dus integraal onderdeel moet zijn van de interne governance van de organisatie. Daartoe is in de EBA/ESMA Richtsnoeren bepaald dat moet worden voorzien in een zogeheten 'suitability policy' met aandacht daarbij voor onder meer permanente educatie, beheersing van belangenconflicten, opvolgingsmanagement en periodieke self-assessment van de geschiktheid van de betrokkenen. Dit moet ook de kans verminderen op onaangename verrassingen bij (her)toetsing door de toezichthouder, met alle bijkomende reputatieschade voor betrokkenen van dien. Om goed op de eigen taken toegerust te zijn en aan alle verwachtingen te voldoen moeten heldere keuzes worden gemaakt ter behoud van een duidelijk profiel, focus en onafhankelijk functioneren van de compliance officer. Daarbij liggen wel enkele valkuilen op de loer.

## 4. Mogelijke valkuilen

### 4.1. Belemmering van rechtstreekse toegang tot de hoogste bedrijfsleiding

Wanneer senior management directe of indirecte druk uitoefent om de bevindingen van de compliance officer bij te kleuren voordat dit de hoogste bedrijfsleiding en/of de raad van commissarissen bereikt, dan is de kwaliteit van de compliancefunctie direct in het geding. Niet alleen moet sprake zijn van een rechtstreekse, onbelemmerde periodieke compliance management rapportage aan de hoogste bedrijfsleiding en de raad van commissarissen. Minstens zo belangrijk is dat de com-

<sup>10</sup> De term 'freischwebende Intelligenz' wordt toegeschreven aan de Duitse socioloog Karl Mannheim. Kenmerkend is de mogelijkheid om van normatief denken in de eigen omgeving af te wijken en onafhankelijk van de eigen sociale klasse op te treden; kritisch, onafhankelijk en minder ideologisch gebonden.

pliance bevindingen door de compliance officer op dit niveau (en bijvoorbeeld in de daarvoor ingerichte audit- en risk comités) wordt besproken ter bevordering van een passende follow-up.

#### **4.2. Functievermenging**

Ter behoud van focus en vermindering van belangenconflicten moet vermeden worden dat de compliance officer wordt belast met functievreemde werkzaamheden welke thuishoren in de eerste lijn.<sup>11</sup> Hij wordt dan immers mede verantwoordelijk voor bedrijfsprocessen waarvan hij de effectiviteit moet toetsen. Helemaal duidelijk is deze scheidslijn overigens niet. In kleinere organisaties is de compliance officer vaak van alle markten thuis ter bevordering van integriteit en ondersteuning van alle betrokken bedrijfsonderdelen. Het accent zou vooral moeten liggen op het signaleren van verborgen compliancerisico's en het adresseren van te nemen actie door degenen die daarvoor in de onderneming in eerste instantie verantwoordelijk zijn. Ook een gecoördineerde communicatie met de toezichthouders behoort tot de kerntaken van de compliance officer. Wanneer andere bedrijfsonderdelen niet in staat zijn om hieraan opvolging te geven, mag dit niet te gemakkelijk op het bordje van de compliance officer erbij geschoven worden.

#### **4.3. De juridische en compliancefunctie onder één dak**

Het gevaar van functievermenging kwam hiervoor reeds aan de orde. Een combinatie van taken uit verschillende lines of defence bij dezelfde persoon of functie is niet goed mogelijk. Echter, ook een combinatie van functies binnen de tweede line of defence kan tot spanning leiden. Het combineren van de compliancefunctie en de juridische functie 'onder één dak' kan uit oogpunt van pooling van expertise heel aantrekkelijk zijn, echter dit kan de effectiviteit van de compliance officer ook ondermijnen. Immers, de invalshoek van de bedrijfsjurist en de compliance officer kan wezenlijk verschillend zijn. Zo zal compliance officer uit oogpunt van het onderhouden van een goede relatie met de toezichthouder geneigd zijn tot meer openheid over een opgekomen compliance incident dan de bedrijfsjurist die het juridische risico van zelfincriminatie op het netvlies heeft en daarbij zo nodig 'legal privilege' kan invoeren ter bescherming van de juridische positie van de eigen organisatie. Een combinatie van beide functies kan afbreuk doen aan de effectiviteit van de compliancefunctie, vooral in situaties waarin de kwaliteit van het compliance programma nog niet op niveau is en/of integriteitsissues aan de orde zijn. Dit laat onverlet dat beide functies intensief met elkaar moeten samenwerken en in geval van uiteenlopende gezichtspunten en belangen de hoogste bedrijfsleiding een eindafweging zal moeten maken.

---

11 Dit volgt tevens uit: EBA Final Guidelines on Internal Governance, par. 188 en 189, p. 51.

## 5. Aanstelling van een externe, onafhankelijke compliance monitor

Wanneer het vertrouwen in het zelfreinigend vermogen van de organisatie is aangetast nadat een grote fraude of andere ernstige integriteitschending aan het licht gekomen is, kan in het kader van een strafrechtelijke schikking of het treffen van toezichtmaatregelen de aanstelling van een externe compliance monitor worden overwogen. Vooral in de Verenigde Staten en in het Verenigd Koninkrijk is hiermee de nodige ervaring opgedaan. Bekende voorbeelden zijn de aanstelling van een compliance monitor bij Siemens, Volkswagen en Rolls-Royce.<sup>12</sup> De gedachte daarbij is dat dit bijdraagt aan versterking van een effectief compliance programma bij de betreffende onderneming en hier een blijvende preventieve werking van uitgaat. De compliance monitor rapporteert dan rechtstreeks aan het Openbaar Ministerie, buitenlandse justitiële autoriteiten en/of de betrokken toezichthouders over de voortgang in naleving van de overeengekomen herstelmaatregelen. Daarbij worden nadere afspraken gemaakt over het te hanteren toetsingskader, de onderzoeksmethode en wijze van rapporteren en termijnen van oplevering. Ook moet de consequentie van ontoereikende naleving van de overeengekomen voorwaarden vooraf duidelijk zijn, zodat partijen zich goed realiseren wat er op het spel staat. De modaliteiten van de gemaakte afspraken worden vastgelegd in een zogeheten 'Deferred Prosecution Agreement' en een aanstellingsovereenkomst. Daarin committeert de onderneming zich aan het treffen van diverse herstelmaatregelen ter vermindering van (nieuwe) fraude en andere integriteitschendingen.<sup>13</sup>

Een alternatief kan zijn dat de interne compliance officer in een dergelijk scenario zelf als aanspreekpunt fungeert voor de justitiële autoriteiten en toezichthouders en tevens voorziet in de voortgangsrapportages aan deze instanties. Dit kan echter aanleiding geven tot loyaliteitsconflicten, vooral wanneer de onderneming in zwaar weer verkeert en de kans bestaat dat nieuwe incidenten en/of belastende informatie uit het verleden alsnog zou moeten worden gerapporteerd aan het Openbaar Ministerie en/of de betrokken toezichthouders met alle consequenties van dien. Bovendien kan de kwaliteit van de compliancefunctie zelf onderdeel uitmaken van het verbeterprogramma. In dat geval zou de compliance officer de spreekwoordelijke slager zijn die zijn eigen vlees keurt. In dergelijke situaties kan de aanstelling van een externe compliance monitor soelaas bieden. Ook het openbaar ministerie in Nederland doet ervaring op met het maken van compliance gerelateerde schikkingsafspraken in fraudezaken en de benoeming daarbij van een compliance monitor.<sup>14</sup> Deze praktijk is nog volop in ontwikkeling. Er tekent zich een trend af van

12 Voor meer voorbeelden en een nadere beschouwing, zie: I. Braam, *Toezicht op schikkingsafspraken met rechtspersonen, de compliance monitor binnen het Nederlandse strafrecht*, Celsus 2016.

13 Een overzicht van dergelijke Deferred Prosecution Agreements is te raadplegen op onder meer de websites van onder meer de Serious Fraud Office in het Verenigd Koninkrijk en het Department of Justice in de Verenigde Staten. Enigszins vergelijkbaar is de praktijk van de Wereldbank wanneer een zogeheten 'Debarment with Conditional Release Settlement' aan de orde is. Voor meer informatie, zie: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

14 Illustratief is het interview met plaatsvervangend hoofd-officer Rutger Jeuken, gepubliceerd in *Opportuum* 2017/4.

afdoening van grote integriteitschendingen aan de hand van een schikking met het Openbaar Ministerie en/of oplegging van compliance gerelateerde maatregelen en boetes door toezichthouders. Het Nederlandse lijstje telt gerenommeerde namen als Ballast Nedam, SBM Offshore, Vimpelcom en de NS. Het is eenvoudig voorspelbaar dat nieuwe namen zullen volgen.

## **6. Afsluiting**

De compliance officer moet telkens opnieuw de eigen onafhankelijkheid in de praktijk demonstreren. Dit is geen sinecure, maar is inherent aan de functie. Het perfecte wordt hier overigens gemakkelijk de vijand van het goede. De compliance officer bereikt immers geen draagvlak voor verandering wanneer het uitspreken van het eigen machtswoord de overhand krijgt of door telkens te verwijzen naar de wetgever of de toezichthouder. Diens doorlopende betrokkenheid bij de bedrijfsvoering in alle geledingen van de organisatie is essentieel voor de verwerving en behoud van kennis, ervaring en inzicht in de specifieke bedrijfsprocessen. Intensieve samenwerking en betrokkenheid in alle geledingen van de organisatie draagt tevens bij aan de beleefde toegevoegde waarde van de compliance officer als 'business partner' binnen de eigen organisatie. Een goed wederzijds begrip van ieders eigen verantwoordelijkheid moet insluitende functievermenging helpen vermijden.

Ook de compliance officer is niet onbeperkt houdbaar. De relatie met de bedrijfsleiding vraagt telkens om nieuwe impulsen en wisseling van de wacht kan daarbij nodig zijn. Doorlopende loopbaanbegeleiding is daarom essentieel voor degenen die een compliancefunctie ambiëren of aan hun compliance carrière een vervolg willen geven. Nieuwe vormen van fraude, verhullende constructies en onoplettendheid van omstanders onderstrepen de noodzaak van het vinden van nieuwe, passende antwoorden. De aan de geschiktheid van de compliance officer te stellen eisen gaan mee in die ontwikkeling.