

De rol van de auditcommissie bij het toezicht door de raad van commissarissen op risicobeheer

Ondernemingsrecht 2016/14

De regels die naar aanleiding van de boekhoudschandalen werden ingevoerd zagen vooral op de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving. Voor het interne toezicht daarop werd met name naar de auditcommissie van de raad van commissarissen (de "RvC") gekeken. Door recente schandalen wordt in toenemende mate aandacht gevraagd voor intern toezicht op de beheersing van meer dan alleen de financiële risico's. Ook zou het toezicht zich moeten uitstrekken tot controlemaatregelen die gericht zijn op het bevorderen van integer gedrag, de zogenoemde "soft controls". De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of ook deze toezichtstaken thuishoren bij de auditcommissie. De vraag is actueel omdat de in 2014 gewijzigde Audit Richtlijn waarin de taken van de auditcommissie zijn gewijzigd in nationale regelgeving moet worden geïmplementeerd, de Nederlandse Corporate Governance Code (de "Code") wordt aangepast en de AFM op grond van de Audit Verordening vanaf medio 2016 auditcommissies zal gaan monitoren.

Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag wordt eerst aan de hand van het wettelijk kader toegelicht dat de opzet en werking van de interne beheersings- en controlesystemen tot de kerntaken van het bestuur behoren waarop de RvC toezicht moet houden. Vervolgens wordt uiteengezet dat de voorbereiding van het toezicht door de RvC op de interne risicobeheersings- en controlesystemen, voor zover dit ziet op meer dan de gevolgen voor de financiële verslaggeving, niet per definitie neergelegd moet worden bij de auditcommissie.

Vennootschappen zouden de vrijheid moeten hebben om deze taak aan de hand van de aard, omvang en complexiteit van de onderneming en de deskundigheid van de leden van de RvC onder te brengen bij de auditcommissie, een risicocommissie of de RvC als geheel. De Audit Richtlijn biedt daarvoor ruimte omdat de taak van de auditcommissie op het gebied van de interne beheersings- en controlesystemen beperkt lijkt te worden tot de gevolgen voor de financiële verslaggeving. In het besluit ter uitvoering van de Audit Richtlijn en de nieuwe Code zou deze beperking moeten worden overgenomen.

1. Inleiding

De boekhoudschandalen hebben geleid tot regels gericht op versterking van het intern toezicht. Deze regels zagen voor-

al op de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving. Voor het interne toezicht daarop werd met name naar de auditcommissie van de raad van commissarissen (de "RvC") gekeken.

De financiële crisis leidde tot regelgeving gericht op beter risicomanagement en een integere bedrijfsvoering. De meer recente schandalen maken duidelijk dat boekhoudkundige malversaties, fraude en corruptie in alle sectoren voorkomen en dat cultuur binnen het bedrijf een belangrijke factor is bij de vraag of medewerkers integer handelen en interne en externe regels naleven. Illustratief is dat de voormalige CFO van Enron in een recent interview in het FD de problemen toeschrijft aan de cultuur bij Enron en zijn eigen gedrag.²

Het verbaast dan ook niet dat in toenemende mate aandacht wordt gevraagd voor intern toezicht op de beheersing van meer dan alleen de financiële risico's. Daarnaast wordt toezicht verwacht op de controlemaatregelen die gericht zijn op het bevorderen van integer gedrag, de soft controls. De vraag is of ook deze toezichtstaken thuishoren bij de auditcommissie. Zou dit niet een taak van de RvC als geheel moeten zijn of van een risicocommissie?

Ik zal hierna eerst ingaan op de vraag of de opzet en werking van de interne beheersings- en controlesystemen, omvattende alle voor de vennootschap belangrijke risico's en zowel de harde als soft controles, tot de kerntaken van het bestuur behoren, waarop de RvC toezicht moet houden. Daarna zal ik de Amerikaanse, Europese en Nederlandse regelgeving met betrekking tot auditcommissies naar aanleiding van de boekhoudschandalen beschrijven. Vervolgens zal ik ingaan op de ontwikkelingen in de financiële sector naar aanleiding van de financiële crisis en een aantal andere relevante ontwikkelingen waaronder de gewijzigde Audit Richtlijn³ en de Audit Verordening⁴ en de beoogde herziening van de Corporate Governance Code (de "Code"). Aan de hand daarvan beschrijf ik de rol van de auditcommissie vanuit het oogpunt van een goede corporate governance. Ik sluit af met aanbevelingen voor de wetgever, de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (de "Monitoring Commissie") en de RvC. In deze bijdrage beperk ik mij tot beursgenoteerde vennootschappen en banken met een two-tier bestuursmodel.

2. De taak van de RvC

De taak van de RvC is afgeleid van de bestuurstaak. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap. Het bestuur dient op grond van art. 2:141 lid 2 BW ten minste een keer per jaar de RvC schriftelijk op de hoogte te stellen

¹ Heleen Kersten is advocaat te Amsterdam en commissaris bij een aantal ondernemingen.

² S. den Daas, 'Ik heb gefaald bij Enron, niet accountant Arthur Andersen', FD 6 november 2015.

³ Richtlijn 2014/56/EU, PbEU 2014, L 158/196.

⁴ Verordening (EU) Nr. 537/2014, PbEU 2014, L 158/77.

van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem. Hieruit kan worden afgeleid dat onder besturen valt het bepalen van het beleid, het in kaart brengen van de risico's en het implementeren van interne beheers- en controlesystemen om ervoor te zorgen dat het beleid op een verantwoorde wijze wordt uitgevoerd.⁵ Ook in principe II.1 van de Code is bepaald dat het bestuur verantwoordelijk is voor de strategie met bijbehorend risicoprofiel en het beheersen van de risico's. Het toezicht op de vervulling van deze taken door het bestuur berust bij de RvC. Dit blijkt uit art. 2:140 lid 2 BW waarin is bepaald dat de RvC tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken en uit best practice bepaling III.1.6 van de Code waarin is opgenomen dat het toezicht de strategie, de risico's en de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen omvat.

De tekst van art. 2:140 en art. 2:141 lijkt te impliceren dat de wetgever uitgaat van toezicht op hoofdlijnen. Afgezien van de situaties waarin van de RvC verscherpt toezicht wordt verwacht,⁶ dient de RvC afstand te houden van de uitvoering van het bestuursbeleid.⁷ Dat geldt dus ook voor het toezicht op het in kaart brengen van de risico's en de systematische beheersing daarvan.

De wet houdt rekening met een taakverdeling binnen het bestuur. Op grond van art. 2:9 BW is de bestuurder aansprakelijk als het bestuur zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de nadelige gevolgen af te wenden. In art. 2:9 BW is daarnaast bepaald dat voor de algemene zaken elke bestuurder verantwoordelijk is. Aangenomen wordt dat daarvoor de disculpatiemogelijkheid op grond van een taakverdeling niet geldt. Behoort tot de algemene zaken de opzet en werking van de interne systemen, die alle voor de vennootschap belangrijke risico's en zowel de harde als de softes controles bevatten? Als een taakverdeling binnen het bestuur ten aanzien van de interne systemen niet tot disculpatie kan leiden, geldt dat dan ook voor een taakverdeling binnen de RvC ten aanzien van het toezicht daarop?

3. Risicobeheersings- en controlesystemen als onderdeel van de kerntaken

De verwijzing naar de verantwoordelijkheid van elke bestuurder voor de algemene zaken is opgenomen bij de wijziging van art. 2:9 BW in 2013 als gevolg van de invoering van

de Wet bestuur en toezicht.⁸ In de MvT⁹ lezen we dat deze op art. 14 lid 3 van de Antilliaanse Landsverordening geïnspireerde tekst niet eerder in de wet was opgenomen. Deze tekst stond inderdaad niet in art. 2:9 BW maar het begrip algemene zaken kwam al voor in art. 2:140 lid 2 BW.¹⁰

In de literatuur wordt art. 2:9 BW voor en na de wetswijziging aldus uitgelegd dat de disculpatiemogelijkheid op grond van een taakverdeling niet geldt voor de kerntaken van het bestuur.¹¹ Een van de kerntaken van het bestuur is het bepalen van het beleid. Hieronder vallen het strategisch beleid, het financiële beleid (ook wel genoemd het financiële en administratieve beheer), het risicobeleid en het acquisitiebeleid.¹² Het beleid dient door het bestuur uitgevoerd te worden. Gaat het om essentiële zaken dan behoren deze ook tot de kerntaken. Een voorbeeld is de externe financiële verslaggeving. Gelet op art. 2:141 lid 2 BW en principe II.1 van de Code geldt dit naar mijn mening ook voor de taak om alle voor de vennootschap relevante risico's in kaart te brengen en te zorgen voor adequate beheers- en controlemaatregelen.¹³ Daarvoor geldt dus geen disculpatiemogelijkheid op grond van een taakverdeling voor de individuele bestuurder.

Niet alle uitvoeringstaken die te maken hebben met de genoemde onderwerpen vallen onder de kerntaken. Op het gebied van de financiële huishouding worden talloze taken door medewerkers binnen de onderneming uitgevoerd. Ook de risicobeheersings- en controlesystemen omvatten procedures en activiteiten die door medewerkers in alle lagen van de onderneming moeten worden uitgevoerd.¹⁴ In de praktijk houden niet alle bestuurders zich vanuit dezelfde invalshoek of in dezelfde mate van detail bezig met het toezicht hierop. Zo zal de CFO zich primair bezighouden met de beheersing van de financiële risico's en de werking van de

⁸ Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275.

⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p.8. Zie A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014, nr. 7011, p. 270.

¹⁰ Zie hierover Van den Hoek, *Ondernemingsrecht* 2006/103.

¹¹ Bijvoorbeeld Schild en Timmerman, *WPNR* 2014, nr. 7011, p. 273 en M. Olaerts, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV-)recht', *TvOB* 2012, nr. 6, p. 173.

¹² Zie onder meer Olaerts, *TvOB* 2012, nr. 6, p. 174, Schild en Timmerman, *WPNR* 2014, nr. 7011, p. 270-274, Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/198, D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid: een maatpak voor de Board Room*, Deventer: Kluwer 2010, p. 91 e.v. en Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, *JOR* 2013/237, m.nt. Verboom (Landis).

¹³ In dezelfde zin maar zonder verwijzing naar art. 2:141 lid 2 BW: Y. Borrius, 'Taakverdeling en aansprakelijkheid binnen bestuur en raad van commissarissen', in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. Van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 110.

¹⁴ Zie Strik (2010), p. 92, 165 en 238. Over de taak van het bestuur met betrekking tot de interne risicobeheersings- en controlesystemen is veel geschreven, mede naar aanleiding van de "in control"-verklaring dat de systemen adequaat en effectief zijn die op grond van de Code van 2003 van het bestuur werd verwacht. Bijvoorbeeld B. Bier, 'Het risico van de risico-beheersing- en interne controlesystemen: de "in control"-verklaring van de Code Tabaksblat', *Ondernemingsrecht* 2005/188 en B.C.J.M. van Beurden, 'De Raad van Bestuur verklaart: De onderneming is 'In Control'', *TvOB* 2004, nr. 4, p. 159-164. De Code van 2008 schrijft in best practice bepaling II.1.5 voor dat het bestuur verklaart dat de systemen een redelijke mate van zekerheid geven dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat en dat de systemen naar behoren hebben gewerkt. De Code bevat in best practice bepaling II.1.3 een aantal regels over de wijze waarop het bestuur de systemen dient vorm te geven.

⁵ J.B. Huizink, 'Algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap', *TvI* 2006/1.

⁶ M.M. Stolp, 'De zorg van een zorgvuldig commissaris', *WPNR* 2015, nr. 7045, p. 45 en de door haar in de voetnoten genoemde rechtspraak.

⁷ Assink | Slagter 2013, p. 1186, P.C. van den Hoek, 'Verantwoording en de Raad van Commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2006/103 en D.C. Buijs, 'Commissarissen: aandeelhouderstribunen of regenten. Ondernemingslust of de boel bij elkaar houden', in: M.J. Kroeze, C.M. Harmsen, en M.W. Josephus Jitta e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117 e.v.

controles die met de interne financiële rapportage en externe verslaggeving te maken hebben.¹⁵

4. Taakverdeling RvC

Via de schakelbepaling van art. 2:149 BW is art. 2:9 BW van toepassing op commissarissen.

Bij de RvC vertaalt zich een taakverdeling in commissies. In de MvT bij de Wet bestuur en toezicht is expliciet verwezen naar de auditcommissie: de commissaris die geen deel uitmaakt van de auditcommissie zal zich tot op zekere hoogte mogen laten leiden door de bevindingen van de commissie.¹⁶ Niet wordt toegelicht wat "tot op zekere hoogte" betekent. Behoort een onderwerp tot de kerntaken van het bestuur waarvoor een taakverdeling in beginsel niet tot disculpatie van de individuele bestuurder kan leiden, dan volgt daar naar mijn mening uit dat voor het toezicht daarop een taakverdeling in beginsel evenmin tot disculpatie van de individuele commissaris kan leiden.¹⁷ Voor disculpatie op grond van een taakverdeling lijkt sowieso minder ruimte bij de RvC dan bij het bestuur. De bestuurders zijn immers fulltime aan het besturen wat in de praktijk betekent dat een taakverdeling nodig is om het beleid voor te bereiden en uit te voeren. De RvC bepaalt het beleid niet en voert het beleid niet uit maar houdt toezicht en geeft advies. Een taakverdeling door middel van commissies kan dan ook alleen zien op de voorbereiding van de uitoefening van het toezicht door discussie en besluitvorming in de RvC. Het toezicht concentreert zich door de in ons systeem verankerde afstand tot de uitvoering van het beleid en de relatief beperkte tijd die commissarissen aan het toezicht kunnen besteden op de vervulling van de kerntaken van het bestuur. Dat is de kern van het toezicht. Een voorbeeld van een situatie waarbij disculpatie wel aan de orde kan zijn, is als de commissarissen in de commissie over een belangrijk onderwerp niet de juiste vragen hebben gesteld aan het bestuur of onvoldoende hebben doorgevraagd, waardoor de RvC bij de plenaire discussie van onjuiste aannames is uitgegaan. Het werk hoeft niet door de RvC te worden overgedaan indien er geen reden is om te twijfelen aan de juistheid van de door de commissie verstrekte informatie.¹⁸

Het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen bevat een nieuw artikel voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van commissarissen.¹⁹ De tekst komt overeen met de tekst die geldt voor bestuurders met

uitzondering van de verwijzing naar een taakverdeling. In de toelichting wordt daarover opgemerkt dat nu er binnen het toezichthoudend orgaan geen sprake is van een toebereiding van bepaalde taken aan een bepaalde toezichthouder, aan de betreffende woorden geen behoefte bestaat. Hoewel ik, zoals hiervoor toegelicht, van mening ben dat gezien de aard van de toezichtstaak niet veel ruimte is voor disculpatie op grond van een taakverdeling, gaat dit voorstel naar mijn mening te ver omdat eraan voorbij wordt gegaan dat RvC's in de praktijk gebruikmaken van commissies en, zoals hierna wordt toegelicht, in Europese en Nederlandse regelgeving taken worden toebedeeld aan commissies.²⁰

Nu een kerntaak van het bestuur is het in kaart brengen en systematisch beheren van de risico's, dient de RvC zich ervan te vergewissen dat het bestuur deze taak zorgvuldig vervult.²¹ Aangezien commissarissen zich hiervoor in beginsel niet op een taakverdeling kunnen beroepen, zouden alle commissarissen zich een oordeel moeten vormen over de vraag welke interne en externe risico's voor de vennootschap relevant zijn, wat de risicobereidheid van de vennootschap ten aanzien van deze risico's is, welke maatregelen getroffen worden om deze risico's te beheersen en hoe de effectiviteit van deze maatregelen wordt gecontroleerd. Om zich daarover een oordeel te kunnen vormen kan het nuttig zijn om een commissie van de RvC voorbereidend werk te laten verrichten. De vraag is of de auditcommissie daarvoor het geëigende gremium is. De auditcommissie was ooit bedoeld om het voorbereidende werk te doen op het terrein van het toezicht op de financiële verslaggeving. Ligt het wel voor de hand om de auditcommissie ook het voorbereidend werk te laten doen op het gebied van andere dan financiële risico's en de daarmee verband houdende interne beheersingssystemen? Voor de beantwoording van deze vraag zal ik een aantal relevante ontwikkelingen bespreken.

5. Het Amerikaanse antwoord op de boekhoudschandalen

Na de ondergang van Enron werd in de Verenigde Staten van Amerika in 2002 de Sarbanes-Oxley-Act²² ingevoerd. Op grond van deze wet moeten ondernemingen genoteerd aan een Amerikaanse effectenbeurs een auditcommissie instellen "for the purpose of overseeing the accounting and financial reporting processes of the issuer and audits of the financial statements of the issuer". De auditcommissie is verantwoordelijk voor de selectie en het toezicht op de externe accountant. Daarnaast is de auditcommissie verant-

15 Strik (2010), p. 165 en Y. Borrius (2012), p. 110.

16 Kamerstukken II 2008/09, 31763, 3, p. 9. Zie ook Dortmond | Van der Heijden | Van der Grinten 2013, p. 637 en Y. Borrius (2012), p. 105-120.

17 Zie ook J. Biesheuvel-Hoitinga, 'De civielrechtelijke balans aansprakelijkheid van commissarissen bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2010/17, p. 677, H. Beckman, 'Enkele losse gedachten bij en over commissaris, toezicht en controle', *Ondernemingsrecht* 2005/86, p. 252 en J.B. Wezeman, 'De toezichthoudende rol van commissarissen en 'auditcommissies', *TvJ* 2009, nr. 4, p. 94.

18 In dezelfde zin P.J. Dortmond, 'Delegatie binnen het toezichthoudend en het bestuurlijk orgaan', *Ondernemingsrecht* 2005/90, Wezeman, *TvJ* 2009, nr. 4, p. 94, M.J. van Ginneken, 'De 'Sarbanes-Oxley Act of 2002': het Amerikaanse antwoord op Enron (II)', *Ondernemingsrecht* 2004/54 en D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012/91.

19 Art. 2:9a BW.

20 Zie ook H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMT* 2014, nr. 4, R. van Wijk, 'Samenwerkingsvormen. Ambtelijk voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *VGR* 2014, p. 177-179, H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht. Bezinnen en verkennen; ondernemingsrecht in de private en semipublieke sector', *NJB* 2014/796.

21 Zie Assink | Slagter 2013, p. 1183 e.v. en Stolp, *WPNR* 2015, nr. 7045, p. 39-46 voor een overzicht van relevante rechtspraak en literatuur.

22 De Sarbanes-Oxley-Act wijzigde de Exchange Act of 1934. Zie Section 3(a) (58) van de Exchange Act of 1934 voor de definitie van de audit committee, Section 10A over audit requirements en Section 10A(m) over "standards relating to audit committees".

woordelijk voor het instellen van een klokkenluidersregeling en voor klachten die te maken hebben met de financiële rapportage. Op grond van de NYSE Listing Rules²³ dient de auditcommissie daarnaast de board te helpen bij het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving en het toezicht op de werkzaamheden van de interne auditor die verplicht is voor beursgenoteerde ondernemingen. De NYSE Listing Rules maken een onderscheid tussen de "purpose" van de auditcommissie en de "duties en responsibilities" die een uitwerking zijn van de taken van de auditcommissie om de "purpose" te vervullen. Uit de gevolgde systematiek leid ik af dat de discussie die de auditcommissie met het management moet voeren over risicobeleid en het beheersen van risico's primair gericht is op de financiële risicobeheersing. In het commentaar van de NYSE op dit voorschrift²⁴ lezen we dat "the audit committee should discuss the listed company's major financial risk exposures and the steps management has taken to monitor and control such exposures". De "in control"-verklaring op grond van de Sarbanes-Oxley-Act die de CEO en de CFO moeten afgeven over de interne controle procedures ziet op de kwaliteit van de financiële rapportages ("internal control over financial reporting"). Het Angelsaksische systeem kent niet het two-tier systeem met een afzonderlijk toezichthoudend orgaan met collegiale verantwoordelijkheid. Vandaar dat ervoor gekozen werd om de auditcommissie, waarvan alle leden onafhankelijk zijn, eigen bevoegdheden en verplichtingen te geven.²⁵

6. Het Europese antwoord op de boekhoudschandalen

Ook op Europees niveau werd gewerkt aan verbetering van de corporate governance bij bedrijven. Na het boekhoudschandaal bij Enron volgden ook in Europa boekhoudschandalen. Op 21 mei 2003 verscheen de Mededeling van de Europese Commissie (de "Commissie") over modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie.²⁶ In deze mededeling kondigde de Commissie een aanbeveling aan met onder meer minimumnormen voor de benoemings-, belonings- en auditcommissies. Met een verwijzing naar de boekhoudschandalen benadrukte de Commissie het belang van de auditcommissie bij het toezicht op de accountant en het toezicht op de interne controleprocedures en het risicobeheerssysteem. De aanbeveling zag bijna twee jaar later het

licht.²⁷ Ruim een jaar daarna werden de taken van de auditcommissie opgenomen in de Audit Richtlijn.

7. Het Nederlandse antwoord op de boekhoudschandalen

In Nederland werd in 2003 de Code vastgesteld. Daarin werd het principe opgenomen dat bij een RvC van meer dan vier leden een auditcommissie wordt ingesteld. Op grond van de Code van 2003 diende het bestuur in het bestuursverslag de voornaamste risico's²⁸ en de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen met betrekking tot deze risico's te beschrijven.²⁹ Over de "in control"-verklaring dat de systemen adequaat en effectief zijn uit de Code van 2003 is indertijd veel geschreven.³⁰ Naar aanleiding van de kritiek hierop is in de gewijzigde Code van 2008 opgenomen dat het bestuur moet verklaren dat de systemen een redelijke mate van zekerheid geven dat de financiële verslaggeving geen onjuistheden van materieel belang bevat en dat de systemen naar behoren hebben gewerkt. De Code gaat daarmee nog steeds verder dan het Besluit van 20 maart 2009³¹ ter uitvoering van Richtlijn 2006/46/EG³² op grond waarvan beursvennootschappen een verklaring inzake corporate governance openbaar moeten maken. In overeenstemming met Richtlijn 2006/46/EG is in het Besluit bepaald dat de vennootschap in de verklaring de belangrijkste kenmerken van het beheers- en controlesysteem in verband met de financiële verslaggeving beschrijft.³³ Het bestuur moet de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de auditcommissie en de RvC bespreken. In het lijstje met taken van de auditcommissie in best practice bepaling III.5.4 van de Code wordt het toezicht op het bestuur ten aanzien van de werking van deze systemen genoemd. Daaronder begrepen zijn het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving en de werking van gedragscodes. Daarnaast bevat het lijstje taken die zien op de verslaggeving en het functioneren van de externe accountant en de interne auditor. Tot slot bevat het lijstje een paar minder voor de hand liggende taken, te weten toezicht op de financiering van de vennootschap, het beleid met betrekking

23 Zie Section 303A.07 van het NYSE Listed Company Manual. Zie tevens Section 303A.06.

24 NYSE Listed Company Manual, commentaar op Section 303A.07 (b)(D). Zie ook W.J.L. Calkoen, *A comparative study of the board in the UK, the US and the Netherlands*, Deventer: Kluwer 2012, p. 182.

25 Zie voor een vergelijking tussen de Amerikaanse en Nederlandse regels m.b.t. auditcommissies E. Mouthaan, 'De verantwoordelijkheden van de audit commissie', *MAB* 2006, nr. 3, p. 84-92 en T. Jansman en J. van Nanen, 'Accountant en auditcommissie', *MAB* 2010, nr. 12, p. 612-622.

26 Mededeling van 21 mei 2003 'Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie – Een actieplan', COM (2003) 284.

27 Aanbeveling van 15 februari 2005 betreffende de taak van niet bij het dagelijks bestuur betrokken bestuurders of commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen en betreffende de comités van de raad van bestuur of van de raad van commissarissen, *PbEU* 2005, L 52/51.

28 Vgl. art. 5:25c lid 2 sub c Wft op grond waarvan in het bestuursverslag de wezenlijke risico's moeten worden beschreven en art. 2:391 lid 1 BW op grond waarvan in het bestuursverslag de voornaamste risico's en onzekerheden moeten worden beschreven.

29 In de toelichting op de Code staat dat het in de rede ligt dat het bestuur aangeeft welk raamwerk of normenkader (bijvoorbeeld het COSO-raamwerk) hij heeft gehanteerd.

30 Zie o.a. Bier, *Ondernemingsrecht* 2005/188 die aan de hand van de ten tijde van de bijdrage geldende regels in binnen- en buitenland ingaat op de vraag wat onder risicobeheersings- en controlesystemen moet worden verstaan en wat de taak van het bestuur daaromtrent is. Zie ook Van Beurden, *TvOB* 2004, nr. 4, p. 159-164.

31 Besluit van 20 maart 2009, *Srb.* 2009, 154.

32 Richtlijn 2006/46/EG, *PbEU* 2006, L 224/1.

33 Uit de Nota van Toelichting bij het Besluit (p. 11) blijkt dat aansluiting is gezocht bij de terminologie gebruikt in art. 2:141 lid 2 BW; van een inhoudelijk verschil met de in de richtlijn gebruikte terminologie (interne controle- en risicobeheerssystemen) is geen sprake.

tot tax planning en de toepassingen van de informatie- en communicatietechnologie.³⁴

De regelgeving rondom de auditcommissie uit de Audit Richtlijn van 2006 werd in Nederland van kracht bij Besluit van 26 juni 2008³⁵ (het "Besluit auditcommissie") gebaseerd op art. 2:391 lid 5 en 6 BW en art. 21a van de Wet toezicht accountantsorganisaties ("Wta"). Op grond van het Besluit auditcommissie werden Nederlandse organisaties van openbaar belang als aangewezen in art. 1 lid 1 onderdeel I Wta, zoals beursvennootschappen, kredietinstellingen en verzekeraars, verplicht een auditcommissie in te stellen en te voldoen aan bepaalde bepalingen van de Code die zien op de auditcommissie. In het Besluit auditcommissie werd opgenomen dat een vennootschap die geen auditcommissie instelt of de Code bepalingen niet naleeft, een ander orgaan kan aanwijzen dat de taken van een auditcommissie zoals opgenomen in de Audit Richtlijn op zich neemt.³⁶

8. Ontwikkelingen in de financiële sector in wetgeving en codes na de financiële crisis

Na de financiële crisis kreeg de financiële sector van Amerika en Europa een stortvloed aan nieuwe regels te verwerken. Door regelgevers en toezichthouders werd veel aandacht besteed aan de versterking van de corporate governance, waaronder de interne governance. Door de focus op integraal risicomanagement en de interne beheersing van risico's werden banken verplicht hun internal risk framework in te richten volgens het "three lines of defense"-model. De eerste lijn is het management dat verantwoordelijk is voor de uitvoering van de operatie, inclusief het ontwerp en de uitvoering van controles en het vaststellen of de controles werken. De tweede lijn zijn de staforganen zoals risk management en compliance die de controles binnen de eerste lijn monitoren en het management adviseren. De derde lijn is de interne auditfunctie die onafhankelijk van het management beoordeelt of de interne systemen en controleprocedures, inclusief de eerste en tweede lijn, goed functioneren.³⁷

Doordat falend risicomanagement als een belangrijke oorzaak van de financiële crisis werd gezien deed de risicocommissie haar intrede in de financiële sector. Terwijl nog steeds veel beursgenoteerde bedrijven geen risicocommissie hebben en de huidige Code daar ook niet in voorziet, voorzag de eerste Code Banken³⁸ die op 1 januari 2010 van kracht werd al in een risicocommissie. Ook de in 2011 gepu-

bliceerde EBA Guidelines on Internal Governance³⁹ (de "EBA Guidelines") gaan uit van het bestaan van een risicocommissie. In de per 1 januari 2015 geactualiseerde Code Banken⁴⁰ is eveneens opgenomen dat de bank naast de auditcommissie een risicocommissie heeft. In de Code Banken is bepaald dat de risicocommissie de taak heeft de RvC te adviseren bij de uitoefening van zijn taak om toezicht te houden op het risicobeleid. De Code Banken bevat niet een taakomschrijving van de auditcommissie. Wel is duidelijk dat de auditcommissie moet overleggen met de interne auditfunctie en de externe accountant. Het hoofd van de interne auditfunctie heeft een directe rapportagelijijn naar de voorzitter van de auditcommissie.

Ten gevolge van de implementatie van Richtlijn CRD IV⁴¹ zijn banken die als significant worden aangemerkt ook wettelijk verplicht een risicocommissie in te stellen.⁴²

Uit de EBA Guidelines blijkt niet duidelijk of de auditcommissie alleen moet letten op de systemen voor het financiële verslaggevingsproces.⁴³ Dat lijkt wel de bedoeling omdat de auditcommissie erop moet letten dat het management actie onderneemt bij door de externe accountant gesignaleerde zwakheden in de controlesystemen. De accountant kijkt normaal gesproken alleen naar de controlesystemen die gericht zijn op het financiële verslaggevingsproces. Uit de toelichting blijkt dat het de bedoeling is aan te sluiten bij de taakomschrijving in art. 41 van de Audit Richtlijn. Zoals hierna zal worden behandeld lijkt de Audit Richtlijn de taak van de auditcommissie te beperken tot de interne systemen voor het financiële verslaggevingsproces. In de Guidelines corporate governance principles for banks⁴⁴ (de "Guidelines") van de Basel Committee on Banking Supervision van juli 2015 ziet de primaire taak van de auditcommissie op het verslaggevingsproces en toezicht op de externe accountant. Daarnaast moet de auditcommissie erop letten dat het management actie onderneemt bij problemen die door de risk management, compliance en interne auditfuncties zijn gesignaleerd. De taak van de auditcommissie in deze Guidelines lijkt te zien op de interne risicobehersings- en controlewerkzaamheden in ruime zin. Interessant is de manier waarop de auditcommissie deze taak moet vervullen. De auditcommissie heeft niet een doorlopende monitoring-taak maar moet ervoor te zorgen dat het management actie onderneemt naar aanleiding van gesignaleerde tekortkomingen en moet daarnaast externe opinies over de opzet en werking van het risicobehersings- en controlesysteem beoordelen. De risicocommissie dient zich volgens deze Guidelines bezig te houden met het risicobeleid, de risicobereidheid en de risicocultuur.⁴⁵

34 Zie hierover H. Langman, 'De audit-commissie', *Ondernemingsrecht* 2005/89 die opmerkt dat het bij deze taken niet meer gaat om voorbereiding van besluitvorming door de raad van commissarissen.

35 Besluit van 26 juni 2008, *Stb.* 2008, 323.

36 Art. 2 lid 3.

37 Zie over het model: IIA Position Paper, *The three lines of defense in effective risk management and control*, 2013 en L. de Bruijn, 'Corporate governance en de internal auditor', *Ondernemingsrecht* 2011/85. Zie ook art. 3:17 (2)(a) en (b) Wft, art. 17(4) en 17a, 21 en 23 Besluit prudentiële regels Wft.

38 *Stcrt.* 2009, 20060. Zie ook het Besluit van 1 juni 2010 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag van banken, *Stb.* 2010, 215.

39 Zie art. 14 sub 12 van de EBA Guidelines. Te vinden via www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/internal-governance/guidelines-on-internal-governance.

40 Te vinden via www.nvb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/1623/code-banken-banking-code.html.

41 Richtlijn 2013/36/EU, *PbEU* 2013, L 176/338.

42 Zie art. 23b Besluit prudentiële regels Wft.

43 Zie art. 14 sub 9 van de EBA Guidelines.

44 Zie Principe 3 (68), (69) en (70) van de Guidelines. Te vinden via www.bis.org/bcb/publ/d328.pdf.

45 Zie Principe 3 (71) van de Guidelines.

Cultuur en gedrag is een ander onderwerp dat bij alle banken inmiddels onderwerp van gesprek is in de boardroom. DNB en AFM hebben de afgelopen jaren in hun toezicht veel aandacht besteed aan dit onderwerp.⁴⁶ De soft controls, waaronder de "tone at the top", worden gezien als een belangrijk onderdeel van de toezichttaak van de RvC. Hoewel de aandacht voor gedrag en cultuur en soft controls de laatste jaren ook bij beursvennootschappen buiten de financiële sector is toegenomen verschilt de mate waarin aan dit onderwerp aandacht wordt besteed door de RvC per vennootschap.

9. Recente ontwikkelingen buiten de financiële sector

Ook buiten de financiële sector zien we dat de toegenomen aandacht voor risicobeheer zich vertaalt in nieuwe bepalingen in wetgeving, codes en uitspraken van belangenorganisaties en toezichthouders.

9.1 Europese regelgeving: de Audit Richtlijn en Audit Verordening

In de nieuwe Audit Richtlijn zijn gewijzigde eisen gesteld aan de samenstelling van de auditcommissie en zijn nieuwe bevoegdheden aan de auditcommissie toegekend. De auditcommissie wordt verantwoordelijk voor de procedure rond de selectie van de accountant en de onafhankelijkheid van de accountant. De lidstaten moeten deze bepalingen uiterlijk op 17 juni 2016 hebben geïmplementeerd in hun nationale wet- en regelgeving. De Audit Verordening zal eveneens ingaan op 17 juni 2016.⁴⁷ Op grond van art. 27 van de Audit Verordening zal de AFM de prestaties van auditcommissies gaan monitoren.

In de Audit Verordening is voorgeschreven dat de externe accountant een aanvullende verklaring indient bij de auditcommissie. Deze verklaring moet onder meer de vermelding van significante tekortkomingen in het interne financiële controlesysteem bevatten.

In de gewijzigde Audit Richtlijn is bepaald dat de auditcommissie tot taak heeft "de doeltreffendheid van de systemen inzake interne kwaliteitscontrole en risicomanagement, en, in voorkomend geval, de interne audit van de onderneming met gevolgen voor de financiële verslaglegging van de gecontroleerde entiteit te monitoren, zonder zijn onafhankelijkheid te verliezen". Nieuw is de verwijzing naar systemen inzake interne kwaliteitscontrole en de beperking tot gevolgen voor de financiële verslaglegging. In de oude Audit Richtlijn is opgenomen dat de auditcommissie tot taak heeft het monitoren van de doeltreffendheid van het interne beheersingssysteem, het eventuele interne auditsysteem en

het risicomanagement. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Audit Richtlijn blijkt niet waarom de wijzigingen zijn aangebracht.⁴⁸ Kwaliteitscontrole komt niet voor in het COSO framework⁴⁹ dat vaak als basis wordt gebruikt voor interne beheersingssystemen. Het lijkt onwaarschijnlijk dat met een intern systeem voor kwaliteitscontrole iets anders is bedoeld dan het interne beheersingssysteem waarvoorheen naar werd verwezen.⁵⁰ De vraag is of dit ook geldt voor de beperking tot de financiële verslaggeving. Zowel de oude als de nieuwe Audit Richtlijn verwijzen in de overwegingen over de auditcommissie naar de aanbeveling van de Europese Commissie uit 2005 waarin de taak van de auditcommissie om de interne systemen te monitoren niet beperkt is tot gevolgen voor de financiële verslaggeving.⁵¹ Daar staat tegenover dat de gewijzigde Audit Richtlijn de toegevoegde waarde van de auditcommissie toch vooral lijkt te zien in het toezicht op de financiële verslaggeving. In de Nederlandse tekst staat achter "de interne audit van de onderneming" geen komma. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat de daarna volgende tekst "met gevolgen voor de financiële verslaggeving" alleen betrekking heeft op de interne audit. In de Franse, Engelse en Duitse tekst staat deze komma er echter wel.⁵² Het lijkt ook niet logisch dat de toevoeging "met gevolgen voor de financiële verslaggeving" alleen betrekking heeft op de interne audit en niet op de interne systemen.⁵³

Op 4 november 2015 is in Nederland het ontwerp Implementatiebesluit ter uitvoering van de Audit Richtlijn en de Audit Verordening gepubliceerd. Voorgesteld wordt in het Besluit auditcommissie (dat het "Besluit instelling auditcommissies bij organisaties van openbaar belang" zal gaan heten) de taken van de auditcommissie op te nemen in aansluiting op de gewijzigde richtlijntekst en niet langer te verwijzen naar de bepalingen in de Code. In de Nota van Toelichting wordt opgemerkt dat hierdoor correcte implementatie is verzekerd. In de tekst is echter de beperking van de taak zoals deze voortvloeit uit de Audit Richtlijn tot het monitoren van

48 In een conceptdocument van de Commissie Juridische Zaken van het Europees Parlement van 26 maart 2014 was de tekst van het artikel over de taakstelling nog hetzelfde. Het Europees Parlement heeft de tekst van de conceptrichtlijn op 3 april 2014 aangenomen met wijzigingen, waaronder opname van het artikel inzake de auditcommissie in art. 39 van de Richtlijn met de nieuwe taakstelling. Niet vermeld is waarom de interne kwaliteitscontrole en de beperking tot gevolgen voor de financiële verslaggeving zijn opgenomen.

49 COSO Internal Control – Integrated Framework (2013), te bestellen via www.coso.org/IC.htm.

50 In dezelfde zin: P.P. Berger e.a., *Risicobeheer – Gestion des risques*, Maklu Uitgevers 2015, p. 23 en C. van der Elst, 'The European Legislative Framework for Audit Committees', *ECL* 2015, nr.1, p. 29.

51 In de aanbeveling staat dat de auditcommissie de RvC bij moet staan bij de taak om de interne controle- en risicobeheersystemen te beoordelen om ervoor te zorgen dat de voornaamste risico's (waaronder risico's in verband met de naleving van vigerende wetgeving en voorschriften) naar behoren worden onderkend, beheerd en openbaar gemaakt.

52 Zie <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0056&from=NL>, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0056&from=NL> en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0056&from=NL>.

53 In dezelfde zin: Berger (2015), p. 23 en Van der Elst, *ECL* 2015, nr. 1, p. 29-30. Zie ook de Guidance van ECIA en FERMA "Audit and Risk Committees. News from EU Legislation and Best Practices", 2014, p. 6.

46 Zie de Brochure 'DNB Gedrag & Cultuur in de Nederlandse financiële sector 2015'. Zie ook A.G. van Dijk en W.H.J.M. Nuijts, 'Gedrag & cultuur toezicht en de samenhang met de 'governance' van een financiële instelling', *Ondernemingsrecht* 2015/114.

47 Zie hierover H.K.O. Reimers en A.J.P. Tillema, 'Nieuwe Europese en nationale regelgeving voor accountancy', *Ondernemingsrecht* 2014/97. De nieuwe bepalingen ten aanzien van de auditcommissie zullen worden geïmplementeerd bij AMvB op basis van art. 21a Wta. Op 5 november 2015 is een consultatie over deze AMvB aangevangen.

de doeltreffendheid van de interne systemen met gevolgen voor de financiële verslaggeving niet opgenomen.

9.2 Codes en Guidelines

Ook in recente corporate governance codes en guidelines is de focus op risicobeheersing zichtbaar. De UK Corporate Governance Code⁵⁴ (de "UK Code") van september 2014 besteedt meer aandacht dan in de vorige versie van de UK Code aan risicobeheer en interne controle. In code provision C.2.3 van de UK Code is opgenomen dat de board tot taak heeft de "risk management and internal control systems" te monitoren en ten minste een keer per jaar de effectiviteit te beoordelen. De UK Code is duidelijk over de reikwijdte van deze taak: "The monitoring and review should cover all material controls, including financial, operational and compliance controls." Interessant is dat de UK Code in Code provision C.3.2 bepaalt dat de audit committee de "internal financial controls" beoordeelt en daarnaast de "internal control and risk management systems" tenzij de vennootschap een risicocommissie heeft die deze taak heeft of de board als geheel deze taak vervult. De Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting⁵⁵ van de Financial Reporting Council van september 2014 legt uit dat de board erop moet letten dat de systemen aansluiten op de strategische doelen, de risico's van de onderneming adresseren en up-to-date worden gehouden. De board moet zelf de frequentie van de rapportages aan de board bepalen. Bij de jaarlijkse evaluatie dient de board ook zaken als de risicobereidheid en de risicocultuur in aanmerking te nemen.

In de ICGN Global Governance Principles⁵⁶ van 2014 is opgenomen dat het toezicht van de board ten aanzien van risicomanagement zich uitstrekt tot alle risico's. Ook moet de board periodiek de risicocultuur beoordelen. De taken van de auditcommissie zijn gericht op de financiële verslaggeving en toezicht op de externe accountant.

Op 5 september 2015 heeft de OESO een nieuwe versie van de OECD Principles for Good Governance⁵⁷ gepubliceerd. Ook hierin wordt meer aandacht dan voorheen besteed aan het belang van risicomanagement, interne controle functies en compliance programma's. Vermeld is als taak van de board "to oversee the internal control systems covering financial reporting". Voorts is vermeld dat de "audit committees should also be able to oversee the effectiveness and integrity of the internal control system". Het ligt voor de hand dat hiermee de eerder genoemde "internal control systems covering financial reporting" bedoeld zijn.

In Nederland is de Monitoring Commissie bezig met een herziening van de Code.⁵⁸ In haar rapport over de naleving van de Code in 2013⁵⁹ verwijst de Monitoring Commissie naar de crises en misstanden bij bedrijven. De Monitoring Commissie vindt dat in de Code meer aandacht moet komen voor de implementatie en effectiviteit van de interne systemen, de rol die de interne auditfunctie en de compliancefunctie daarin vervullen en de risicocultuur. Ook zou de Code aan kunnen geven hoe cultuur aan bod kan komen binnen de vennootschap.

9.3 Eumedion, VEB en de AFM

De toegenomen belangstelling voor de effectiviteit van de interne risicobeheersings- en controlesystemen en de interne auditfunctie is ook zichtbaar in de publicaties van Eumedion. In aanloop naar het vergaderseizoen van 2015 gaf Eumedion in haar jaarlijkse speerpuntenbrief⁶⁰ aan dat de "in control"-verklaring niet erg informatief en niet effectief is omdat de operationele, governance- en compliancerisico's er buiten vallen en het bestuur niet verplicht is om op grond van de Code de effectiviteit van de interne risicobeheersings- en controlesystemen te beoordelen. Eumedion riep het bestuur op de systemen doorlopend te monitoren en ten minste jaarlijks te beoordelen, waarbij niet alleen de financiële controles maar ook de operationele, IT, compliance en soft controls in aanmerking moeten worden genomen. De interne auditfunctie moet rapporteren aan het bestuur en de RvC over de beoordeling van de interne systemen. Na afloop van het vergaderseizoen toonde Eumedion zich in de evaluatie van het ava-seizoen 2015⁶¹ tevreden met de toegenomen zichtbaarheid en onafhankelijkheid van de interne auditfunctie, de toegenomen aandacht voor integriteit, gedragscodes, fraude- en corruptierisico's, (data)beveiligings- en IT-risico's en het versterken en effectiever maken van de interne risicobeheersings- en controlesystemen op deze gebieden.

Op 22 oktober 2015 publiceerde de VEB tien aanbevelingen⁶² aan de Monitoring Commissie "om de kwaliteit en de daadkracht van de raden van commissarissen, en de auditcommissie in het bijzonder, naar 'het gewenste niveau' te brengen". Ik noem twee aanbevelingen die in het kader van deze bijdrage relevant zijn. Aanbeveling 5 luidt dat de Code expliciet zou moeten bepalen dat de auditcommissie met medewerking van de interne auditfunctie de risicobeheersingssystemen dient te observeren. Wat dat betekent is niet duidelijk maar het suggereert een doorlopende taak die wat

54 Te vinden via www.frc.org.uk/Our-Work/Codes-Standards/Corporate-governance/UK-Corporate-Governance-Code.aspx.

55 Te vinden via www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/Guidance-on-Risk-Management,-Internal-Control-and.pdf.

56 ICGN Global Governance Principles 2014, zie art. 5 en 7. Te vinden via: www.icgn.org/policy.

57 Te vinden via: www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm.

58 De Monitoring Commissie liet in een nieuwsbericht van 17 december 2015 weten dat een consultatiedocument voor de herziening van de Code op 11 februari 2016 zal worden gepubliceerd. Zie ook H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht 2015. Over ondernemingsrecht in tijden van toezicht', *NJB* 2015/735 en A. Doorman, 'Monitoring Commissie Corporate Governance Code – Rapport monitoring boekjaar 2013', *Ondernemingsrecht* 2015/56.

59 Te vinden via www.mccg.nl/download/?id=2535.

60 Te vinden via www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/speerpuntenbrief/speerpuntenbrief-2015.pdf.

61 Te vinden via www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/ava-evaluaties/2015-ava-evaluatie.pdf.

62 Te vinden via www.veb.net/artikel/05805/veb-lanceert-tienpuntenplan-voor-commissarissen.

mij betreft te dicht bij uitvoering van beleid in plaats van toezicht op beleid komt. Aanbeveling 8 luidt dat de auditcommissie bij overnames een zwaarwegend advies dient te geven over de cultuur van de over te nemen onderneming, de "tone at the top". Dit gezien de specialistische kennis op het gebied van interne controle en risicobeheersing. De VEB gaat er kennelijk van uit dat de taak van de auditcommissie zich moet uitstrekken tot de beoordeling van de beheersing van niet-financiële risico's en alle interne controlemaatregelen, dus ook de soft controls.

Op grond van de Audit Verordening krijgt de AFM vanaf medio 2016 de taak om de prestaties van auditcommissies te monitoren. Weliswaar betekent dit niet dat de auditcommissies onder rechtstreeks toezicht komen te staan van de AFM, maar uit het op 27 maart 2015 door de AFM gepubliceerde rapport inzake auditcommissies⁶³ kan worden afgeleid dat de AFM deze taak serieus zal nemen. In het voorwoord schrijft de AFM dat de auditcommissies de nadrukkelijke aandacht hebben van de AFM vanwege het steeds grotere belang dat kapitaalverschaffers hechten aan het goed functioneren van auditcommissies in de interne governance van ondernemingen. Incidenten tonen volgens de AFM aan dat de interne governance verbeterd kan worden.

10. De auditcommissie en goede corporate governance

Gelet op de hiervoor beschreven regels en codes zou de auditcommissie zich in elk geval moeten bezighouden met het toezicht op de financiële verslaggeving, risicobeheersings- en controlesystemen met gevolgen voor de financiële verslaggeving, selectie van en toezicht op de accountant en toezicht op de interne auditor. De Audit Richtlijn lijkt aan te sluiten bij de Sarbanes-Oxley-Act ten aanzien van de nieuwe bevoegdheden van de auditcommissie en de beperking van het toezicht tot de interne controlesystemen met gevolgen voor de financiële verslaggeving.

In art. 39 lid 6 van de Audit Richtlijn zijn de taken van de auditcommissie opgesomd, inclusief de verantwoordelijkheid op grond van de Audit Verordening voor de selectie en voordracht van de accountant. Uit de aanhef van art. 39 lid 6 blijkt dat deze taken niet afdoen aan de verantwoordelijkheid van de leden van het leidinggevende of toezichthoudende orgaan. Dat sluit aan bij de collectieve verantwoordelijkheid waarvan ons vennootschapsrechtelijk systeem uitgaat. De omschrijving van de taken van de auditcommissie in de Audit Richtlijn sluit niet goed aan bij ons vennootschapsrechtelijk systeem. Zo moet de auditcommissie het financiële verslaggevingsproces, de doeltreffendheid van de interne systemen en de interne audit monitoren. Is monitoren niet iets anders dan op enige afstand toezichthouden en wordt van de auditcommissie daarmee niet meer gevraagd dan van de RvC? De taak van de auditcommissie lijkt bovendien steeds meer uitvoerend en controlerend dan toezicht-

houdend.⁶⁴ Anders dan de genoemde monitoringtaken zie ik de taken met betrekking tot de selectie en voordracht van de accountant op grond van de Audit Verordening wel als voorbereidende taken die passen binnen ons systeem. Hetzelfde geldt voor het in ontvangst nemen en beoordelen van de aanvullende verklaring van de accountant op grond van de Audit Verordening.

De hiervoor genoemde taken zien op het bevorderen van de betrouwbaarheid van de financiële verslaggeving. Nu al, en zeker na invoering van de Europese regels zoals opgenomen in de Audit Richtlijn en Audit Verordening, hebben auditcommissies bij grote of complexe bedrijven de handen vol aan deze taken. Meer taken die niet zien op de financiële verslaggeving leiden af van de kerntaak van de auditcommissie. Vanuit een oogpunt van goede corporate governance zou dan ook het toezicht op de beheersing van bedrijfsrisico's anders dan de risico's voor de financiële verslaggeving niet per definitie neergelegd moeten worden bij de auditcommissie. Daarnaast is het risicobeleid inclusief de risicocultuur een onderwerp dat een inhoudelijke discussie rechtvaardigt op het niveau van de RvC met gebruikmaking van de kennis en ervaring die de verschillende leden van de raad hebben.⁶⁵ Gelet op de deskundigheid van de leden van de auditcommissie is de besluitvorming over de financiële verslaggeving in de RvC gebaat bij een gedetailleerde voorafgaande discussie in de auditcommissie. Het ligt veel minder voor de hand dat de auditcommissie de voorbereiding doet van de discussie over de beheersing van alle andere bedrijfsrisico's en de werking van soft controls.⁶⁶ De gehele RvC zou met het bestuur moeten bespreken hoe de voor het bedrijf materiële risico's worden beheerst en op welke wijze het management stuurt op soft controls. Weten medewerkers wat van hen wordt verwacht? Worden trainingen gegeven over bijvoorbeeld mededinging en milieu waardoor medewerkers bewust zijn van de risico's? Wordt de klokkenluidersregeling benut door medewerkers? Indien medewerkers relatief weinig vermeende misstanden melden, zegt dit iets over de cultuur.⁶⁷ Als een medewerkersonderzoek wordt gebruikt als monitoringsinstrument hoort de discussie daarover thuis in de RvC.

Voor zover het nuttig is dat een commissie op deze terreinen voorbereidend werk doet, ligt het meer voor de hand daarvoor een risicocommissie met op dat gebied deskundige leden in te stellen. Rechtvaardigt de aard, omvang of complexiteit van de onderneming niet een afzonderlijke risicocommissie of besluit de vennootschap om een andere reden deze commissie niet in te stellen dan kan deze discussie in de RvC gevoerd worden. Eventueel kan de auditcommissie de discussie voorbereiden maar dan op hoofdlijnen, tenzij de

63 Rapport Auditcommissies. Verkenning naar kritisch vermogen auditcommissies bij verslaggeving en accountantscontrole. Te vinden via www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2015/mrt/rapport-auditcommissies.

64 Vgl. Langman, *Ondernemingsrecht* 2005/89, Van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2004/54 en Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2005/90.

65 In dezelfde zin Jansman en Van Manen, *MAB* 2010, nr. 12, p. 612-622.

66 Zie over soft controls onder meer M. Lückerath-Rovers, *Mores Leren, Soft Controls in Corporate Governance*, Inaugurale rede, uitgesproken op 8 juni 2011.

67 Zoals de CEO van Imtech zei in maart 2015: "Dat het aantal [meldingen] bijna nihil was en fors is gestegen, betekent dat er sprake is van een inhaalslag en een cultuurverandering die we in gang hebben gezet." H. Jessayan, 'Imtech rekent op veel klokkenluiders', *FD* 18 maart 2015.

auditcommissie tijd heeft en de leden de vereiste deskundigheid hebben voor een meer gedetailleerde voorbereiding. Ook vanuit het perspectief van de aansprakelijkheid van de individuele commissarissen is een weloverwogen verdeling van het werk tussen de RvC en de auditcommissie en eventueel de risicocommissie gewenst. Het toezicht op de financiële verslaggeving en het risicobeheer inclusief de interne systemen in ruime zin behoren immers tot de kerntaken van de RvC waarvoor commissarissen zich in beginsel niet op een taakverdeling kunnen beroepen. Of de individuele commissaris vrijuit gaat, hangt mede af van de vraag of hij mocht afgaan op het werk dat gedaan is door andere commissarissen in een commissie.

11. **Hoe nu verder? Aanbevelingen voor de wetgever, de Monitoring Commissie en de RvC**

Het conceptbesluit tot wijziging van het Besluit auditcommissie bevat niet de beperking van het toezicht op de systemen tot de financiële verslaggeving. Betoogd zou kunnen worden dat dit niet nodig is omdat in het conceptbesluit is bepaald dat een orgaan kan worden aangewezen dat de taken van de auditcommissie uitoefent. Gezien de tekst van art. 39 lid 2 van de Audit Richtlijn valt hieronder in elk geval de RvC als geheel. Maar onduidelijk is of een deel van de taken door de auditcommissie en een deel van de taken door de RvC als geheel kunnen worden verricht. Hetzelfde geldt voor de vraag of een deel van de taken door een risicocommissie kan worden verricht. De Audit Richtlijn lijkt ervan uit te gaan dat als er een auditcommissie is, deze commissie alle taken verricht die de Richtlijn aan de auditcommissie opdraagt.⁶⁸ Om onduidelijkheid te voorkomen zou de beperking tot de financiële verslaggeving in het besluit moeten worden opgenomen. Daarnaast zou in de aanhef van art. 2 van het besluit moeten worden vermeld dat de taken van de auditcommissie uitgeoefend worden in het kader van de voorbereiding van de besluitvorming door de RvC om te voorkomen dat de indruk ontstaat dat sprake is van eigen verantwoordelijkheden en delegatie van verantwoordelijkheden.⁶⁹ Dit is niet in strijd met de Audit Richtlijn en Audit Verordening; al sinds de aanbeveling van de Europese Commissie is duidelijk dat de commissies niet afdoen aan de collectieve verantwoordelijkheid van de RvC en van delegatie alleen sprake kan zijn als dat ingevolge het nationale recht is toegestaan.⁷⁰ Anders dan in het conceptbesluit wordt in de aanhef van art. 39 lid 6 van de Audit Richtlijn expliciet naar de collectieve verantwoordelijkheid verwezen.

Als alle auditcommissies op grond van het besluit de taak krijgen om de beheersing van alle bedrijfsrisico's te monitoren dan ontstaat het risico dat de kwaliteit van het toezicht

minder wordt omdat niet bij alle vennootschappen de leden van de auditcommissie hiervoor voldoende tijd en expertise hebben.

Om deze reden zou naar mijn mening ook de nieuwe Code de beperking van de taak van de auditcommissie tot de beheersing van de risico's voor de financiële verslaggeving moeten bevatten. Betoogd zou kunnen worden dat vennootschappen kunnen afwijken van de best practice bepalingen die meer taken op het bord van de auditcommissie leggen dan voorzien zijn in de Audit Richtlijn en de Audit Verordening. De ervaring leert echter dat de best practice bepalingen door aandeelhouders en stembureaus gezien worden als best practice bepalingen voor alle vennootschappen, waardoor vennootschappen liever niet afwijken. Het lijkt mij beter als het uitgangspunt is dat de auditcommissie niet verantwoordelijk is voor het deel van het beheersingssysteem dat niet gericht is op de financiële verslaggeving. Dat neemt niet weg dat als de interne auditor of de accountant andere onderdelen van het beheersingssysteem in hun controle betrekken en daarover problemen rapporteren aan de auditcommissie, de auditcommissie de RvC daarvan op de hoogte moet stellen. Naast het opnemen van de hiervoor genoemde beperking kunnen in de Code de taken die zien op het beleid met betrekking tot de financiering, tax planning en de toepassingen van de informatie- en communicatietechnologie vervallen in het lijstje van de auditcommissie. Nederland loopt hiermee internationaal uit de pas. Overigens wil ik daarmee niet zeggen dat deze onderwerpen niet belangrijk zijn. Integendeel, zeker de databeveiligings- en IT-risico's behoren op de agenda van de RvC te staan, maar deze onderwerpen horen in een lijstje met minimumtaken van de auditcommissie niet thuis.

Daarmee houdt de onderneming de vrijheid om (de voorbereiding van) het toezicht op de beheersing en controle met betrekking tot andere risico's dan financiële verslaggevingsrisico's bij de RvC, de auditcommissie of bij een risicocommissie onder te brengen. Die vrijheid zou tot uitdrukking moeten worden gebracht in de Code. Deze aanpak zou aansluiten bij de aanpak die gekozen is in de UK Code. Waar het om gaat is dat de Code het belang van risicobeheersing en interne controle onderstreept maar het aan de hand van een aantal randvoorwaarden aan de vennootschap overlaat om te bepalen en vast te leggen hoe de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden worden verdeeld.

De wijze waarop in de Code de taken van de RvC en de commissies van de RvC worden verwoord is van belang omdat de rechter bij de beoordeling van de taakvervulling door de commissarissen rekening houdt met de Code. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat de Code een uiting vormt van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging die mede inhoud geeft aan de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling.⁷¹ Daar komt bij dat de AFM de taak krijgt de prestaties van auditcommissies te monitoren.

68 Zie de Nota van Toelichting bij het conceptbesluit en art. 39 lid 2 en lid 4 van de Audit Richtlijn.

69 Indien de commissie eigen beleidsbeslissingen neemt en uitvoert die verder gaan dan de taken van de raad van commissarissen lopen de leden het risico aangemerkt te worden als beleidsbepalers, zie Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2005/90. Zie ook Wezeman, *TvJ* 2009, nr. 4, p. 92-94.

70 Zie overweging 10 van de aanbeveling en de aanhef van art. 39 van de nieuwe Audit Richtlijn.

71 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.4.2 (*ASMI*) en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, *JOR* 2007/178, m.nt. M.P. Nieuwe Weme, r.o. 4.4 (*ABN AMRO*).

RvC's zouden goed moeten nadenken over de verdeling van taken gelet op hun verantwoordelijkheid voor goed toezicht, de individuele aansprakelijkheid van de leden van de RvC en de toekomstige monitoringtaak van de AFM. Ondanks de steeds actievere rol die van de RvC wordt verwacht, dient de RvC enige afstand tot het bestuur te bewaren aangezien ons vennootschapsrecht daarvan uitgaat. De grenzen vervagen tussen bestuur en toezicht en tussen toezicht en controle. Menig bestuurder vindt dat de commissaris zich te veel met de details bemoeit en op de stoel van de bestuurder gaat zitten. Dat geldt zeker ook voor de discussies in de auditcommissie. Menig commissaris vindt dat commissarissen te veel in een controlerende rol worden geduwd. Om te voorkomen dat de commissarissen te veel bezig zijn met details waardoor zij materiële problemen niet signaleren zouden commissarissen moeten letten op de kwaliteit van de informatie die zij krijgen. Van het bestuur, van de accountant maar ook van de risk manager, de compliance officer en de interne auditor. De versterking van deze functies kwam voor Imtech te laat.⁷² Ik hoop dat in de Code meer aandacht wordt besteed aan het belang van een goed opgezet internal control framework. Het zou mijns inziens de taak van de RvC moeten zijn om te beslissen of een interne auditfunctie wordt ingesteld⁷³ en de compliancefunctie en de interne auditfunctie zouden onafhankelijk moeten worden gepositioneerd met rapportagelijnen naar de voorzitter van het bestuur en de voorzitter van (een commissie van) de RvC. Niet alleen helpt een goed werkend internal control framework de commissarissen bij de uitoefening van hun toezichtstaak maar het creëert daarnaast ruimte om aandacht te besteden aan andere zaken dan risk, compliance en control, zoals strategische onderwerpen. De wetgever en de Monitoring commissie kunnen een bijdrage leveren aan goede corporate governance door de regels zo vorm te geven dat het toezicht kan worden uitgeoefend in lijn met de hedendaagse opvattingen over goed toezicht zonder dat de grenzen van ons vennootschapsrecht worden overschreden.

72 Uit de informatie op de website van Imtech leid ik af dat het internal control framework is versterkt nadat de problemen aan het licht waren gekomen.

73 In dezelfde zin AFM rapport, p. 11.