

Een ongemakkelijke waarheid over creative compliance

Compliance is meer dan voldoen aan wet- en regelgeving in letterlijke zin. Toch valt die minimalistische handelwijze vaak te zien, constateren Marcel Pheijffer en Bob Hoogenboom. Legaal, maar soms misleidend. En bij zulke creative compliance ligt ook regelrechte fraude op de loer.

De financiële markten staan in brand. Banken en verzekeringsmaatschappijen krijgen miljardeninjecties. Beursindices zijn in een vrije val terecht gekomen.

We verkeren in een economische recessie. Het is nog te vroeg voor een alomvattende analyse. Maar één ding is voor ons nu al duidelijk: er is te veel geloof gehecht aan al die fraai ogende Engelstalige begrippen zoals compliance, risk management, credit rating en audits. Begrippen en activiteiten die schijnzekerheid hebben veroorzaakt. Velen hebben zich erdoor in de luren laten leggen, wij soms ook. Het is een ongemakkelijke waarheid.

Creative compliance

In deze bijdrage zoomen wij in op compliance, meestal vertaald als 'de naleving van wet- en regelgeving'. Meer specifiek gaan we in op creative compliance, een onderwerp dat de Engelse sociologe Doreen McBarnet al zo'n twintig jaar onderzoekt.

Zij definieert het als het naleven naar de letter van de wet- en regelgeving, zonder daarbij rekening te houden met de geest of bedoeling (spirit) daarvan. Doordat binnen de grens van wet- en regelgeving wordt gebleven is er juridisch gezien geen sprake van fraude of witteboordencriminaliteit. Maar dat wil nog niet zeggen dat er niets aan de hand is. Integendeel, McBarnet spreekt in dit verband niet voor niets over '*whiter than white collar crime*'. Samengevat: creative compliance is juridisch gezien juist, maar maatschappelijk vaak minder en zelfs onwenselijk. Naar onze mening staat de creatieve manier van inhoud geven aan compliance symbool voor het moreel verval in het bedrijfsleven en daarmee ook voor de huidige crisis. Daarom pleiten wij voor ethical of responsible compliance.

Enron en de drieprocentregel

De Enron-zaak staat symbool voor de Amerikaanse boekhoudschandalen. Maar ook voor creative compliance. Het hart van de zaak wordt gevormd door het buiten de balans houden van allerhande activiteiten. Door gebruik te maken van speciaal daartoe opgetuigde juridische structuren. Daarbij speelde de 'drieprocentregel' een belangrijke rol. Deze komt erop neer dat indien een derde partij - dus onafhankelijk van Enron - een belang neemt van ten minste drie procent in het kapitaal van special purpose entities (SPE's), alle bezittingen en schulden van die SPE's buiten de boeken van de onderneming (Enron) kunnen worden gehouden. Daarmee konden risico's buiten de balans van Enron worden gehouden.

"*Perfectly legal*" stelt McBarnet. Maar het is ook: "perfect misleidend". De risico's blijven bij een dergelijke handelwijze immers bestaan en hebben zich in casu ook gemanifesteerd.

De basis voor de drieprocentregel wordt gevonden in een bepaling van de Amerikaanse toezichthouder Securities and Exchange Commission (SEC) uit 1991. Deze bepaling betreft de verwerking van leasestructuren.

De Amerikaanse hoogleraar rechten William Bratton stelt: "*The agency never intended to set a 3% as a one-size-fits-all bright line test (...) the outside equity test was intended not as a rule but as a flexible principle to be applied in the circumstances. But despite the agency's jawboning, the accounting profession applied the principle as a 3% bright line rule.*"

Juristen en accountants

Het Enron-voorbeeld laat zien dat een regel zodanig wordt uitgelegd dat niet langer wordt voldaan aan de bedoeling waarvoor die regel is opgesteld. Het is een perfect voorbeeld van creative compliance. Binnen de vakgebieden - met name belastingen en verslaggeving - waar advocaten, belastingadviseurs en accountants actief zijn komen we veel meer voorbeelden tegen. Een groot deel van de adviespraktijk floreert erdoor. Professionele ondersteuning is voor bestuurders die het spel creative

compliance willen spelen, essentieel. Ze kunnen zich vervolgens goed achter de adviseur verschuilen. Een klassiek verweer van bestuurders die worden aangesproken, is dat hun handelwijze is geaccordeerd door de geraadpleegde adviseurs. Een dergelijk verweer zagen we bijvoorbeeld in de strafzaak tegen de voormalig Ahold-bestuurders Meurs en Van der Hoeven.

Mazen en grenzen

In de zoektocht naar de mazen in en de grenzen van wet- en regelgeving - de Engelstaligen spreken over gaming the system - tuimelt soms iemand in de denkbeeldige afgrond. De KPMG tax shelter-zaak in de Verenigde Staten - daarbij werd een fiscale constructie opgezet waardoor belasting werd bespaard - is daar een voorbeeld van.

Je kunt betogen dat juristen en accountants de mazen en grenzen van wet- en regelgeving mogen, nee zelfs moeten opzoeken en verkennen. Als zij daarbij te ver gaan, aanvaarden ze het risico op bestraffing. Met naar onze mening evenveel recht en rede kun je echter betogen dat deze beroepsbeoefenaren - en zeker de vertrouwensmannen van het maatschappelijk verkeer - juist degenen zijn die wet- en regelgeving naar letter én geest dienen te respecteren. Zij kennen die wet- en regelgeving en de reden en wijze waarvoor die tot stand is gekomen immers als de beste. Maar die discussie willen wij nu niet voeren.

Maatschappelijk verantwoord

Steeds meer ondernemingen gaan over tot het publiceren van een maatschappelijk jaarverslag. Daarin staan de mooiste frases over people-planet-profit, duurzaamheid, de toon aan de top, integer handelen, transparantie en soortgelijke zaken. Niet zelden wordt expliciet aangegeven dat zowel letter als geest van wet- en regelgeving zal worden nageleefd. Alsof het nodig is dat te benadrukken. Voor ons is het vanzelfsprekend, juist voor degenen die stellen hun (maatschappelijke) verantwoordelijkheid te nemen. Daar mag je het zonder meer van verwachten. Anders is het concept van maatschappelijk verantwoord ondernemen niets meer dan gebakken lucht. Een interessante vraag is hoe ver bestuurlijke en maatschappelijke

verantwoordelijkheid reikt. Het debat over maatschappelijk verantwoord ondernemen (of corporate social responsibility, CSR) lijkt zich te verbreden. McBarnet: "(...) *the CSR agenda is widening to include corporate governance, tax avoidance and concern with compliance with the spirit of the law.*"

Het vermijden van belastingbetaling is van oudsher een heikel punt. De boekhoudschandalen tonen voorbeelden waarbij het maatschappelijk nauwelijks is uit te leggen dat een onderneming commercieel gigantische winsten laat zien terwijl er fiscaal sprake is van belastingteruggave. Hoe dat kan? Juist: door het excessieve gebruik van de eerdergenoemde SPE's.

Regels en principes

Het moge duidelijk zijn dat creative compliance door hen die de grenzen willen verkennen uitstekend kan worden toegepast in een op regels gebaseerd systeem. En dat het anderzijds juist in een op principes gebaseerd systeem lastiger is tot handhaving over te gaan. Principes en open normen lenen zich nu eenmaal voor meer interpretaties, en welke is dan de juiste? Bovendien leidt het tot rechtsonzekerheid en legt het veel macht in handen van handhavers en toezichthouders. En die kunnen daar niet altijd mee omgaan. McBarnet wijst in dit verband terecht op het gevaar van creative control. Dat is een foutieve wijze van toezicht en handhaving, die niet op macht maar op gezag zijn gebaseerd. Foutief omdat een dergelijk systeem niet functioneert.

Maar is het nu juist niet zo dat we in onze Europese cultuur zo graag propageren dat we een op principes gebaseerd systeem willen? Is het nu juist niet zo dat we vaak ageren tegen de kookboekbenadering van de Amerikanen? En is het niet zo dat 'minder regels' ook minder administratieve lasten voor het bedrijfsleven met zich brengt?

'Tegenprestatie'

Als deze vragen positief worden beantwoord, dan mag van het bedrijfsleven (én van accountants) als 'tegenprestatie' toch worden verwacht dat een ruime invulling aan hun verantwoordelijkheid wordt gegeven? Dat wet- en

regelgeving naar letter én geest worden nageleefd? Dat we de interactie tussen overheid en bedrijfsleven niet juridiseren maar dat we transparant met elkaar communiceren?

En dat we bijvoorbeeld - om een actueel en concreet voorbeeld te noemen - de luxe aan kunnen om het Horizontaal Toezicht in te voeren dat de Belastingdienst voorstaat. Die vorm van toezicht gaat uit van een gelijkwaardige relatie tussen belastingplichtige en Belastingdienst en is op vertrouwen gebaseerd.

Dat alles past onzes inziens - alle goedbedoelde MVO-initiatieven en dergelijke ten spijt - echter nog niet in de huidige realiteit, dat wil zeggen in de bedrijfscultuur zoals die pakweg de afgelopen tien tot vijftien jaar in de praktijk zichtbaar is geweest. Een bedrijfscultuur waarin, naar steeds vaker blijkt, overmoed, hoogmoed, risicovol gedrag en ordinaire hebzucht een grote rol spelen. Veelal geschraagd op een verdediging langs de lijnen van creative compliance: 'Wij hebben ons toch aan de wet- en regelgeving gehouden?'

Of zijn wij te somber en hebben we inmiddels ons lesje geleerd?

Transparantie

Niet voor niets noemden we hiervoor het woord transparantie. Eigenlijk hebben we er een hekel aan. Het wordt te vaak gebruikt. Te pas en te onpas. Maar hier heeft het een functie. Het probleem van creative compliance - en dit kan bij Horizontaal Toezicht ook een probleem gaan vormen - is juist dat ondernemingen vaak niet het gehele verhaal vertellen. Waardoor het lijkt alsof binnen de grenzen van wet- en regelgeving wordt gebleven.

En in het weglaten van feiten schuilt het gevaar voor degenen die doen aan *gaming the system*. Daar gaat creative compliance vaak - juist door het weglaten van belangrijke gegevens - over in fraude.

In de zaak tegen de voormalig Ahold-bestuurders bleek dat overduidelijk. Het door ceo Van der Hoeven voor de accountant achterhouden van stukken bleek aan de basis te liggen van zijn strafrechtelijke veroordeling. In een

dergelijke zaak gaat het wat ons betreft ook niet zozeer om het technisch handelen - het consolideren in de Ahold-zaak - van betrokkenen maar om het bestuurlijk verantwoordelijk en dus integer handelen.

Ethical & responsible compliance

Het naleven van wet- en regelgeving behelst dus meer dan het voldoen aan wet- en regelgeving in de letterlijke zin. Een dergelijke handelwijze is te minimalistisch van aard. Het gaat dan om creative compliance.

Bij naleving in ruime zin wordt ook voldaan aan de geest van de regelgeving. McBarnet spreekt in dat verband over *ethical of responsible compliance*. Wij nemen haar terminologie graag over. We bepleiten dat de vele adviseurs en compliance officers alsmede bestuurders en commissarissen dat ook doen.

Stephen Green, voorman van de Britse HSBC-bank, omschrijft de huidige toestand op de financiële markten als iets dat *'is at its roots a moral question'* en stelt dat de oplossing van de crisis begint bij de erkenning van de morele dimensie ervan.

Wij zijn het met Green eens. Hij duidt de essentie van waar het de laatste tijd is misgegaan: *"It is as if we have grown increasingly accepting of the idea that the value of what we do is fully delineated by the market, by regulatory compliance, and the law of contract. If the market will bear it, if the law allows is, if regulations permit, then it must be OK."* Ofwel: 'Als iets niet verboden is of wordt dan mag het dus', is voor velen een leidende gedachte voor hun (professioneel) handelen. Alsof 'vreemd gaan' te rechtvaardigen valt omdat je partner het nooit heeft verboden. Het doet denken aan Bill *'I didn't have sex with that woman'* Clinton.

Noot

Marcel Pheijffer en Bob Hoogenboom zijn hoogleraar (forensische) accountancy aan Nyenrode Business Universiteit en Universiteit Leiden respectievelijk hoogleraar forensic business expertise aan Nyenrode Business Universiteit.

Twee soorten compliance

Creative compliance (ook wel: *literal, minimal of technical compliance*): het conform de letter naleven van wet- en regelgeving.

Ethical compliance (ook wel *responsible compliance*) het conform letter én geest naleven van wet- en regelgeving.

Literatuur

McBarnet, D., *After Enron will 'whiter than white collar crime' still wash?*, British Journal of Criminology, september 2006.

Bratton, W., *Rules, principles and the accounting crisis in the United States*, European Business Organisation Law Review, 2004, nummer 5, pages 7-26.

Green, S., *Moving East: the shift in the world's economic centre of gravity*, Speech CBI-conference, 24 november 2008.