

149. Buitenlandse boeteverlagingen voor compliance programma's: een voorbeeld om te volgen?

MR. F.W. BARENDRECHT

In dit artikel wordt onderbouwd dat mededingingsautoriteiten er om redenen van preventie en evenredigheid goed aan doen om een beperkte boeteverlaging toe te kennen voor het implementeren van een volwaardig mededingingsrechtelijk compliance programma. Dit geldt zowel voor compliance programma's die al bestonden ten tijde van een overtreding, als voor compliance programma's die naar aanleiding van een onderzoek worden geïmplementeerd. In dit kader wordt een vergelijking gemaakt met het sanctiebeleid ten aanzien van compliance programma's in Italië, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

Mededingingsautoriteiten zijn verdeeld over de vraag of het implementeren van een compliance programma tot een lagere boete zou moeten leiden. In bijvoorbeeld Italië, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten kunnen ondernemingen door het implementeren van een compliance programma een boeteverlaging tegemoet zien. Bijvoorbeeld de ACM en de Europese Commissie willen daar niet aan. Mededingingsautoriteiten nemen ook tegengestelde initiatieven op dit vlak. Waar de Italiaanse AGCM vorig jaar richtsnoeren publiceerde waarin zij toelicht onder welke voorwaarden compliance programma's boeteverlagend zijn¹, trok het Franse Conseil de la Concurrence dergelijke richtsnoeren in 2017 juist in.² In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift is al eens een poging gewaagd de ACM ervan te overtuigen om het implementeren van een compliance programma met een boeteverlaging te belonen.³ Die poging is evenwel zonder succes gebleven. Naar aanleiding van de recente richtsnoeren van de Italiaanse AGCM wil ik in deze bijdrage opnieuw een lans breken voor het erkennen van een effectief compliance programma als boeteverlagende omstandigheid.

'Why should I reward a compliance programme that has failed?' Met die woorden onderbouwde voormalig euro-commissaris Almunia in een speech in 2010 waarom de Europese Commissie geen boeteverlaging geeft voor het

implementeren van een compliance programma. *'We reward cooperation in discovering the cartel, we reward cooperation during the proceedings before the Commission, we reward companies that have had a limited participation in the cartel, but that, I think is enough.'*⁴

'Compliance is welbegrepen eigen belang', zei voormalig ACM-bestuursvoorzitter Chris Fonteijn in een speech in 2015. *'Stel u hebt een goed werkend compliance-programma. Dan blijkt dat er binnen uw bedrijf tóch ergens een kartelafpraak is gemaakt. Door het goed werkende compliance programma ontdekt u dat vrij snel en dient u een clementieverzoek in bij ACM. [...] Omdat u er tijdig bij was, is de kans groot dat u als eerste het kartel meldt. Dan kunt u in aanmerking komen voor clementie. [En] overigens als u een goed werkend compliance-programma hebt, kan de overtreding niet lang hebben geduurd. De betrokken omzet in die periode – die als basis geldt voor de boete – kan dus niet zo hoog zijn. [...] En dat ziet u dan weer terug in de hoogte van de boete.'*⁵

Er lijkt iets te zeggen voor het standpunt van deze twee autoriteiten. Inderdaad, kennelijk heeft het compliance programma van een te beboeten onderneming niet kunnen voorkomen dat zij betrokken is geweest bij een overtreding. En inderdaad, het grootste voordeel van een goed werkend compliance programma is dat het de kans op overtredingen en daarmee boetes verkleint. Of ten minste de kans op snelle ontdekking vergroot, met de mogelijkheid tot vroegtijdige beëindiging van een overtreding en eventueel het indienen van een clementieverzoek.

1 Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, 'Guidelines on antitrust compliance' (niet-authentieke Engelse vertaling), zoals op 25 september 2018 aangenomen en vindbaar op haar website via http://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf.

2 Autorité de la concurrence, persbericht van 19 oktober 2017 ten aanzien van de schikkingsprocedure en compliance programma, vindbaar op haar website via http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communique19oct17_transaction_conformite.pdf.

3 R. Elkerbout, 'Robuuste compliance programma's verdienen meer dan een lippendienst van de ACM', *MP* 2014/127, p. 26.

4 Speech van 25 oktober 2010 van Joaquín Almunia, toenmalig Vice President van de Europese Commissie verantwoordelijk voor Mededingingsbeleid, voor de BusinessEurope & US Chamber of Commerce.

5 Speech van 29 mei 2015 van Chris Fonteijn, toenmalig bestuursvoorzitter van de ACM, voor de Vereniging Farmacie & Recht.

Toch zijn er verschillende jurisdicties – en niet de minste – waarin het implementeren van een mededingingsrechtelijk compliance programma wel degelijk tot een boeteverlaging kan leiden. Zoals hiervoor al is aangegeven, is dat bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten en Italië het geval. Daar zijn in mijn ogen goede redenen voor, redenen die zwaarder wegen dan de aangehaalde argumenten van de ACM en de Europese Commissie. Hierna zal ik beschrijven hoe het sanctiebeleid in de voornoemde jurisdicties met compliance programma's omgaat, waarbij ik met name in zal gaan op de nieuwe richtsnoeren van de Italiaanse AGCM. Op basis daarvan zal ik daarna toelichten waarom ik van mening ben dat mededingingsautoriteiten voor het implementeren van een effectief compliance programma een beperkte boeteverlaging in het vooruitzicht zouden moeten stellen.

I. Compliance programma's in buitenlands sanctiebeleid

Voordat ik inga op de waardering van compliance programma's in Italië, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, is van belang om op te merken dat de boetesystematiek in alle voornoemde jurisdicties⁶ in de kern vergelijkbaar is. Steeds wordt een basisbedrag voor de boete vastgesteld in de vorm van een percentage van de omzet die een onderneming met een overtreding heeft behaald, welk basisbedrag vervolgens wordt verhoogd of verlaagd op basis van de omstandigheden van het geval en ten slotte wordt gecorrigeerd voor het wettelijk boetemaximum en eventuele toezeggingen uit hoofde van bijvoorbeeld clementie.⁷ Het is zodoende geen appels met peren vergelijken als de waardering van compliance programma's in de verschillende jurisdicties naast elkaar wordt gelegd.

Italië

De AGCM benoemt in haar boeterichtsnoeren als mogelijke boeteverlagende omstandigheid expliciet de omstandigheid dat een onderneming een specifiek compliance programma, dat geschikt is en in lijn met Europese en nationale *best*

practices, heeft geïmplementeerd en naleeft.⁸ Daarbij merkt zij uitdrukkelijk op dat het enkele bestaan van een compliance programma geen verzachtende omstandigheid is. Er moet bewijs zijn van een effectief en concreet commitment om het compliance programma na te leven.

Uit de richtsnoeren voor compliance programma's volgt dat een compliance programma, om voor een boetevermindering in aanmerking te komen, moet zijn ontworpen en geïmplementeerd in lijn met de kenmerken van de onderneming en de marktomstandigheden waarin zij opereert. Het programma moet de volgende elementen bevatten:

1. compliance met het mededingingsrecht als integraal onderdeel van de bedrijfscultuur en het beleid;
2. identificatie en onderzoek van mededingingsrisico's specifiek voor de onderneming;
3. training en know-how;
4. systemen om processen met mededingingsrisico's te managen;
5. een systeem van straffen en beloningen;
6. toetsing en voortdurende verbetering van het programma.⁹

Een onderneming die voor een boetevermindering in aanmerking wil komen, moet de AGCM binnen zes maanden na kennisgeving van de start van het onderzoek een rapport met bijlagen overleggen waaruit blijkt dat een compliance programma is aangenomen, waaruit blijkt dat het programma geschikt is om inbreuken op het mededingingsrecht te voorkomen en waaruit blijkt welke concrete initiatieven zijn genomen om het programma effectief en efficiënt te implementeren.

'Why should I reward a compliance programme that has failed?'

De maximale boetevermindering voor het implementeren van een compliance programma is 15%. Dit percentage kan alleen worden bereikt als het compliance programma zodanig effectief was dat het heeft geleid tot de ontdekking en beëindiging van een overtreding voordat de AGCM een onderzoek is gestart. In zaken waarin dat mogelijk is, moet

6 Inclusief Nederland en de Europese Unie.

7 Natuurlijk zijn er ook verschillen tussen de boetesystematieken. Zo is het startpunt van de boeteberekening in de VS standaard en zonder nog rekening te houden met de ernst van een overtreding 20% van de betrokken omzet. In Italië, het VK en de EU is dat startpunt maximaal 30% van de betrokken omzet en in Nederland zelfs maximaal 50% is, waarbij de ernst van de overtreding in het uiteindelijke percentage tot uitdrukking komt. En in de VS wordt bijvoorbeeld gewerkt met een zogeheten verwijtbaarheidsscore die de hoogte van een vermenigvuldigingsfactor bepaalt, terwijl in de andere jurisdicties met boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt gewerkt. Het basisidee is in alle jurisdicties echter hetzelfde: een boete moet hoger zijn dan het voordeel dat een onderneming met een overtreding kan behalen, mede rekening houdend met de pakkans.

8 Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, 'Guidelines on the method of setting pecuniary administrative fines pursuant to Article 15, paragraph 1, of Law no. 287/90' (niet-authentieke Engelse vertaling), zoals op 22 oktober 2014 aangenomen en vindbaar op haar website via <http://en.agcm.it/en/about-us/legislation-agcm/detail?id=e3e5d-de6-b76b-4215-9dca-c5fab68c5d96&parent=Competition&parentUrl=/en/about-us/legislation-agcm/index>.

9 In haar richtsnoeren beschrijft de AGCM ook specifiek de maatregelen die in het kader van deze elementen kunnen of moeten worden genomen. Het voert evenwel te ver om die in het bestek van deze bijdrage ook uit te werken.

de onderneming naar aanleiding van de zelf ontdekte overtreiding dan ook een clementieverzoek indienen.¹⁰

Voor een compliance programma dat niet zodanig effectief is geweest dat het heeft geleid tot de ontdekking en beëindiging van een overtreiding voordat de AGCM een onderzoek is gestart, kan een maximale boetevermindering van 10% worden verkregen. Voorwaarde daarbij is wel dat het compliance programma niet evident ontoereikend was, dat de onderneming naar aanleiding van de overtreiding het compliance programma adequaat aanpast en dat de onderneming met de implementatie van de aanpassingen begint binnen zes maanden na de start van het onderzoek door de AGCM.

Er moet bewijs zijn van een effectief en concreet commitment om het compliance programma na te leven

Een maximale boeteverlaging van 5% ligt nog in het verschiet voor een compliance programma dat evident ontoereikend is, bijvoorbeeld omdat het topmanagement bij de overtreiding betrokken was of omdat naar aanleiding van het zelf ontdekken van de overtreiding geen clementieverzoek is ingediend. Voorwaarde daarbij is wel dat de onderneming naar aanleiding van de overtreiding het compliance programma substantieel en binnen zes maanden na de start van het onderzoek door de AGCM aanpast. Voor compliance programma's die pas na de start van een onderzoek worden ingericht, is ook nog een maximale boeteverlaging van 5% beschikbaar. Voorwaarde daarbij is dat zodanig snel met de effectieve en concrete implementatie moet worden begonnen dat de AGCM in staat is die implementatie nog in de procedure te beoordelen.

In uitzonderlijke omstandigheden kan het hebben van een compliance programma in Italië boeteverhogend werken. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het programma is gebruikt om een overtreiding te verhullen of te faciliteren. De AGCM heeft in de praktijk al meerdere keren daadwerkelijk een boeteverlaging toegekend voor een geïmplementeerd compliance programma.

Het VK en de VS

Ook in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten is expliciet in het sanctiebeleid opgenomen dat en onder welke voorwaarden het hebben van een effectief compliance beleid boeteverlagend kan zijn. Daarvoor worden vergelijkbaar strenge eisen gesteld als in Italië. Ook hier is het enkele bestaan van een compliance programma (vanzelfsprekend) niet voldoende.

10 In Italië ontvangt de eerste melder niet per definitie boete-immuniteit. Daarvoor is tevens van belang dat de aangeleverde informatie toereikend is om een overtreiding vast te stellen. Om die reden kan het implementeren van een effectief compliance programma nog altijd tot een verdergaande korting leiden dan het enkel als eerste melden van de overtreiding oplevert.

In het Verenigd Koninkrijk is de maximale boetevermindering voor het hebben van een compliance programma 10%. In de Verenigde Staten kan de boeteverlaging, afhankelijk van de zogeheten verwijtbaarheidsscore,¹¹ in theorie oplopen tot 45%.

In uitzonderlijke omstandigheden kan het hebben van een compliance programma ook in het Verenigd Koninkrijk boeteverhogend werken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als het programma is gebruikt om een overtreiding te verhullen of te faciliteren. In de Verenigde Staten is dat als zodanig niet in het sanctiebeleid opgenomen. Daar is echter wel uitdrukkelijk in het sanctiebeleid opgenomen dat de boeteverlaging niet plaats vindt als de onderneming na ontdekking van de overtreiding onredelijk heeft gedraald bij het rapporteren van die overtreiding aan de bevoegde autoriteiten. Een boeteverlaging vindt in de Verenigde Staten in beginsel ook niet plaats als hooggeplaatst personeel of een compliance officer bij de overtreiding betrokken was, de overtreiding goedkeurde of die bewust negeerde.

De Britse CMA heeft in de praktijk al meerdere keren een boeteverlaging toegekend voor een geïmplementeerd compliance programma. Daarentegen heeft de Amerikaanse DOJ dit in het verleden vrijwel nooit geconcludeerd. Met name voor al bestaande compliance programma's meent de DOJ dat moeilijk verdedigbaar is dat het programma effectief was als de onderneming betrokken is geweest bij een overtreiding. Het standpunt van de DOJ is de laatste jaren wel aan het veranderen, in elk geval ten aanzien van toekomstgerichte inspanningen op het gebied van compliance. In een schikkingsovereenkomst in 2015 hield zij voor het eerst rekening met (toegezegde) inspanningen ter verbetering van het compliance programma naar aanleiding van de overtreiding.¹² En in april 2018 organiseerde de DOJ een rondetafelbijeenkomst over compliance, naar aanleiding waarvan zij op dit moment overweegt om toch ook rekening te houden met al bestaande compliance programma's.¹³

II. Boeteverlaging voor bestaande compliance programma's

Met dit buitenlandse beleid in het achterhoofd, zie ik in hoofdzaak twee argumenten om te onderbouwen waarom mededingingsautoriteiten voor het implementeren van een effectief compliance programma een beperkte boeteverlaging in het vooruitzicht zouden moeten stellen. Die argumenten kunnen kernachtig worden samengevat als

- 11 De verwijtbaarheidsscore bepaalt de factor waarmee het basisbedrag van de boete (20% van de betrokken omzet) moet worden vermenigvuldigd. Die factor is minimaal 0,75 en maximaal 4. Als een onderneming op het moment van de overtreiding een effectief compliance en ethisch programma had, kan dat volgens de *Sentencing Guidelines* leiden tot een verlaging van de factor met 0,6.
- 12 United States District Court, District of Columbia 20 mei 2015, zaak 440481, *Plea agreement USA/Barclays PLC*.
- 13 Speech van 2 mei 2018 van Andrew Finch, Principal Deputy Assistant Attorney General van het Department of Justice, op het congres 'Antitrust in the Financial Sector: Hot Issues & Global Perspectives.'

(1) preventie en (2) evenredigheid. Ik zal dit hierna toelichten, waarbij ik mij in de eerste plaats richt op het toekennen van een boeteverlaging voor compliance programma's die al bestonden ten tijde van de overtreding. Ik kom daarna separaat terug op het toekennen van een boeteverlaging voor compliance programma's die naar aanleiding van een onderzoek van de toezichthouder worden ingericht.

1. Het belang van preventie

Mijn eerste argument steunt op een ogenschijnlijk eenvoudige redenering: Volwaardige compliance programma's helpen om overtredingen van het mededingingsrecht te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken. Het vooruitzicht van een boeteverlaging in het geval van een onverhoopte overtreding stimuleert ondernemingen om een volwaardig compliance programma in te richten. Mededingingsautoriteiten hebben onder meer als taak om overtredingen van het mededingingsrecht te voorkomen. Het is dus logisch dat mededingingsautoriteiten het middel van de boeteverlaging voor compliance programma's niet onbenut laten. Bij deze redenering zijn verschillende kanttekeningen te plaatsen.

In de eerste plaats kan ik niet hard maken dat en in welke mate een compliance programma daadwerkelijk de kans verkleint dat een overtreding wordt begaan. Er zijn auteurs die erop wijzen dat een compliance programma ook averechtse effecten kan hebben, doordat medewerkers wordt geleerd welke afspraken zij verborgen moeten houden en doordat de vroegtijdige ontdekking van een overtreding aanleiding kan zijn tot de vernietiging van bewijsmateriaal.¹⁴ Een pijnlijk voorbeeld hiervan is het compliance programma van Schindler, dat gedurende meerdere jaren betrokken was bij het liftenkartel. In haar verzoekschrift in hogere voorziening bij het Hof van Justitie merkte Schindler nota bene zelf op dat

'het compliance-systeem van Schindler als neveneffect heeft dat de interne opheldering van inbreuken die toch nog zijn voorgekomen, wordt bemoeilijkt, aangezien de medewerkers die de inbreuken hebben gepleegd, zware sancties boven het hoofd hangen.'¹⁵

Toch staat het nut van compliance programma's onder mededingingsautoriteiten niet ter discussie. Veel autoriteiten stimuleren het implementeren van compliance programma's juist actief, in publieke uitingen of bijvoorbeeld door het uitbrengen van brochures met handvatten voor het

inrichten van dergelijke programma's.¹⁶ Mijn aanname dat compliance programma's bijdragen aan het voorkomen van overtredingen of het beperken van de gevolgen daarvan, lijkt dan ook een veilige. In elk geval lijkt er op dit punt geen noodzaak om mededingingsautoriteiten nog verder te overtuigen.

In de tweede plaats kan ik niet hard maken dat van het vooruitzicht van een boeteverlaging voor ondernemingen die nog geen voorwerp van onderzoek zijn daadwerkelijk een prikkel uitgaat om een compliance programma te implementeren. Want, als de wens om een overtreding en/of een forse boete te voorkomen al geen voldoende prikkel is om een effectief compliance programma in te richten, waarom zou een mogelijke beperkte boeteverlaging dat dan wel zijn?

Hoezeer dit ook een terechte kanttekening is, kan niet worden uitgesloten dat van het vooruitzicht van een boeteverlaging *wel* een prikkel uitgaat. Dat zo zijnde, kleven er dan zodanige nadelen aan een boeteverlaging dat de kans op die prikkel desondanks niet benut zou moeten worden? Dat lijkt mij niet. Een beperkte boeteverlaging doet mijns inziens bijvoorbeeld geen afbreuk aan het afschrikwekkende karakter van boetes, zeker niet gezien de mogelijkheden die mededingingsautoriteiten in hun beleid hebben opgenomen om boetes naar boven bij te kunnen stellen bij een gebrek aan preventieve werking. Een beperkte boeteverlaging ondermijnt ook niet de effectiviteit van het clementieprogramma, wat door critici wel wordt aangevoerd. Nog daargelaten dat het clementieprogramma door de opkomst van civiele schadeprocedures sowieso aan effectiviteit ingeboet lijkt te hebben, is het verschil tussen een beperkte boeteverlaging en volledige immuniteit zodanig groot dat daar nog altijd een sterke prikkel tot het indienen van een clementieverzoek van uit kan gaan. Bovendien kan een clementieverzoek alleen worden ingediend als een onderneming betrokken is geweest bij verboden kartelafspraken en kan in dergelijke zaken als voorwaarde aan een boeteverlaging worden verbonden dat ook daadwerkelijk een clementieverzoek wordt ingediend, zoals de AGCM in haar richtsnoeren heeft gedaan.¹⁷

In de derde plaats is de vraag hoe een mededingingsautoriteit de effectiviteit van een compliance programma

14 Bijvoorbeeld W.P.J. Wils, 'Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement', in *Journal of Antitrust Enforcement* 2013/1, p. 13. Zie voor andere kritische geluiden de bronnen aangehaald in E.S. Lachnit, 'Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities', in *Utrecht Law Review* 2014/5, p. 41/42.

15 HvJ EU 18 juli 2013, zaak C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd./Europese Commissie*. Het mag geen verrassing heten dat het beroep van Schindler op haar compliance programma als boeteverlagende omstandigheid is afgewezen. In de woorden van A-G Kokott: 'Het zou absurd zijn een onderneming voor een dergelijk ondeugdelijk compliance-programma ook nog met een lagere geldboete te belonen.'

16 Zie bijvoorbeeld de brochures van de Europese Commissie, de Britse CMA en het Franse Conseil de la concurrence zoals vindbaar op hun websites via http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/587464/cma-risk-guide-2016-revised.pdf en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_conformite_uk.pdf.

17 Bij de ACM en de Europese Commissie zal de extra prikkel die dan nog uitgaat van een boeteverlaging vanwege het geïmplementeerde compliance programma, dan wel beperkt zijn. Bij zelf ontdekte overtredingen zal de onderneming veelal immers als eerste en nog voordat een onderzoek is gestart een clementieverzoek kunnen indienen, waarmee doorgaans volledige immuniteit voor een boete kan worden verkregen. Dit is anders in Italië. Daar is voor het verkrijgen van immuniteit niet alleen vereist dat een onderneming als eerste en voor aanvang een onderzoek een clementieverzoek indient, maar ook dat de verstrekte informatie doorslaggevend is om een overtreding vast te kunnen stellen.

kan toetsen. Compliance is in grote mate een kwestie van gedrag en cultuur. Een mededingingsautoriteit kan weliswaar nagaan of een onderneming structuurmaatregelen maatregelen heeft genomen in het kader van een compliance programma, zoals het aanwijzen van een compliance officer of het organiseren van compliance trainingen, maar die structuurmaatregelen zeggen nog niets over de *'tone at the top'* en het – daarmee sterk samenhangende – daadwerkelijke gedrag van de medewerkers.

Ook dit is een terechte kanttekening, maar mijns inziens kunnen de risico's op dit punt in belangrijke mate worden ondervangen door strenge voorwaarden te verbinden aan het ontvangen van een boeteverlaging. Die voorwaarden moeten enerzijds zien op de structuurmaatregelen die zijn getroffen, want hoewel die niet alles zeggen, zijn dergelijke maatregelen wel een noodzakelijk begin voor effectieve compliance. Anderzijds moeten de voorwaarden zien op het vertoonde gedrag. Zo kan bekeken worden of de overtreding zelf is ontdekt en zo ja, hoe naar aanleiding daarvan is gehandeld.¹⁸ Dat zal doorgaans een goede indicatie vormen van de daadwerkelijke effectiviteit van het programma. Daarnaast kan worden gevraagd naar bewijs waaruit blijkt dat het hogere management zich heeft gecommitteerd aan het compliance programma, dat de *tone at the top* was gericht op compliance. Net zoals in de Verenigde Staten kan in dat kader worden afgezien van de boeteverlaging als blijkt dat het hogere management actief betrokken was bij de overtreding. Ook kan worden gevraagd naar bewijs waaruit blijkt dat en hoe compliance onderdeel vormt van de beoordeling van medewerkers. Ook dat zijn belangrijke indicatoren voor de mate waarin daadwerkelijk een cultuur van compliance bestaat. Ten slotte kan bij gebleken ineffectiviteit van het compliance programma aan een boeteverlaging de voorwaarde worden verbonden dat de gebreken in het programma op korte termijn worden hersteld, zoals ook de AGCM doet.

Overigens betekent het enkele feit dat een onderneming met een compliance programma betrokken is geweest bij een overtreding, niet dat het compliance programma ineffectief was. Het is een illusie om te denken dat een compliance programma – ook een effectief compliance programma – iedere overtreding kan voorkomen. Immers, waar mensen werken, worden fouten gemaakt. Daarvoor moet ook worden gekeken naar hoe lang de overtreding heeft geduurd, welke personen bij de overtreding betrokken waren en hoe de onderneming heeft gehandeld toen de overtreding werd ontdekt. Als de overtreding door het compliance programma snel is ontdekt en beëindigd, als geen hoger management betrokken is geweest en als naar aanleiding van de overtreding passende maatregelen zijn genomen (tegen de betrokken personen, in de communicatie naar het overige personeel en in relatie tot het compliance

programma als zodanig), heeft het compliance programma juist goed gewerkt.

In de vierde plaats moet worden onderkend dat het implementeren en onderhouden van een volwaardig compliance programma kostbaar is. Kleine ondernemingen hebben daar vaak niet de middelen voor en zouden daarom geen aanspraak kunnen maken op een boetevermindering. Kleine ondernemingen zouden aldus worden benadeeld ten opzichte van grote(re) ondernemingen.¹⁹

Hiertegen valt in te brengen dat grotere ondernemingen veelal ook een grotere inspanning zullen moeten leveren om aan effectieve compliance te doen. Bovendien kan bij de eisen die aan een compliance programma worden gesteld ook rekening worden gehouden met de omvang van een onderneming. Niet voor niets vermelden de Italiaanse richtsnoeren dat een compliance programma, om voor een boeteverlaging in aanmerking te komen, moet zijn afgestemd op de aard, omvang en marktpositie van de onderneming.

Compliance is in grote mate een kwestie van gedrag en cultuur

Al met al meen ik dat mijn eenvoudige redenering stand houdt. Dit houdt in dat mededingingsautoriteiten daadwerkelijk een kans hebben om overtredingen van het mededingingsrecht te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken door ondernemingen te prikkelen om een volwaardig compliance programma in te richten door hen een boeteverlaging in het vooruitzicht te stellen voor het geval dat onverhoopt toch een overtreding wordt begaan. Waarom zou een mededingingsautoriteit die kans niet willen benutten? Er zijn naar mijn stellige overtuiging genoeg ondernemingen die een dergelijke prikkel nog wel kunnen gebruiken.

Een ondersteunend argument is dat van een streng en helder beleid ter zake naar mijn inschatting een sterker opvoedkundig effect uitgaat dan van een enkele brochure. Het koppelen van een boeteverlaging aan een effectief compliance programma maakt duidelijk dat het de mededingingsautoriteit menens is. Bovendien voorkomt het halve maatregelen bij de implementatie van een compliance programma, omdat ondernemingen weten dat ze aan alle eisen zullen moeten voldoen om voor de boetevermindering in aanmerking te komen.

2. Evenredigheid boete

Voor zover het eerste argument niet volstaat, is er – in elk geval in Nederland – veel voor te zeggen om in het kader van de noodzakelijke evenredigheidstoets bij het opleggen van boetes rekening te houden met de inspanningen van een onderneming op het gebied van effectieve compliance.

18 Zoals al opgemerkt kan in dat kader bijvoorbeeld, net als in Italië, aan een boetevermindering de voorwaarde worden verbonden dat bij ontdekking van een overtreding een clementieverzoek wordt ingediend in zaken waarin dat mogelijk is.

19 Zoals Almunia opmerkt in zijn eerder aangehaalde speech: *'[s]pecific rewards would result in unequal treatment between those companies that have the resources to set up a compliance programme and other – often smaller – companies that cannot afford them.'*

In dit verband is relevant erop te wijzen dat op grond van art. 5:41 Awb geen boete kan worden opgelegd als de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Dat is onder meer het geval bij afwezigheid van alle schuld, waarvan sprake is als de overtreder alles heeft gedaan wat redelijkerwijs mogelijk was om een overtreding te voorkomen. In bijvoorbeeld het toezicht op arbeidsongevallen is daaraan invulling gegeven door van werkgevers te eisen dat zij een deugdelijke risico-inventarisatie maken, hun werknemers voldoende instructies geven en adequaat toezicht houden op de naleving daarvan.²⁰ Als aan al deze vereisten is voldaan, wordt ervan uitgegaan dat het arbeidsongeval van een werknemer niet aan de werkgever kan worden verweten en wordt afgezien van het opleggen van een boete. Als niet aan alle, maar wel aan één of enkele van deze vereisten is voldaan, leidt dit tot een boeteverlaging. Hoewel het arbeidsongevallenrecht naar zijn aard een ander rechtsgebied is dan het mededingingsrecht, waarbij het in het mededingingsrecht nog maar de vraag is of medewerkers zo zelfstandig een kartelafpraak tot stand kunnen brengen als zij een arbeidsongeval kunnen veroorzaken, lijkt mij dat bij het implementeren van een volwaardig compliance programma aan vergelijkbare eisen als vorennoemd is voldaan en dat ook in het mededingingsrecht in elk geval een boeteverlaging op zijn plaats is.

In het verlengde hiervan is illustratief dat het CBB in haar uitspraak in het wasserijkartel vorig jaar meende dat de ACM bij de vaststelling van de ernstfactor rekening had moeten houden met het feit dat de betrokken ondernemingen *‘zich daadwerkelijk inspanningen getroostten om aan die regelgeving te voldoen[, wat] blijkt uit het feit dat zij op meerdere momenten – zoals in 1998 bij de invoering van de Mw en in 2002 bij de herziening van de franchiseovereenkomsten – juridisch advies hebben gevraagd over de toelaatbaarheid van de gewraakte afspraak.’*²¹ Als deze relatief beperkte inspanningen al een lagere boete rechtvaardigen, geldt dat des te meer voor de inspanningen die gepaard gaan met het implementeren van een effectief compliance programma.

III. Boeteverlaging voor toekomstgerichte maatregelen

Als er ten tijde van de overtreding geen compliance programma was, of als het compliance programma ineffectief is gebleken, zie ik goede redenen om nog een boeteverlaging mogelijk te stellen voor het implementeren van een compliance programma naar aanleiding van een onderzoek.

Die boeteverlaging moet dan wel lager zijn dan de boeteverlaging voor een bestaand compliance programma, om ondernemingen niet in de verleiding te brengen te wachten met het implementeren van een compliance programma tot er onverhoopt een onderzoek is.

De redenen voor een dergelijke boeteverlaging zijn in essentie dezelfde: preventie en evenredigheid. In aanvulling op hetgeen hiervoor over de boeteverlaging voor bestaand compliance programma's is overwogen, verdient het volgende nog de aandacht.

Meer dan bij de honorering van bestaand compliance programma's, is bij het belonen van toekomstgerichte maatregelen een alleszins redelijke aanname dat het concrete vooruitzicht van een boeteverlaging ondernemingen kan prikkelen om verdergaande maatregelen te nemen dan zij zonder de boeteverlaging zouden doen. Deze ondernemingen zitten immers al in een procedure, zodat zij rekening moeten houden met een forse boete. Het implementeren van verdergaande maatregelen levert dan direct een besparing (op de boete) op.

Het is een illusie om te denken dat
een compliance programma – ook een
effectief compliance programma –
iedere overtreding kan voorkomen

Maar, eveneens meer dan bij de honorering van bestaand compliance programma's, is bij het belonen van toekomstgerichte maatregelen de vraag hoe een mededingingsautoriteit de effectiviteit – en overigens ook de daadwerkelijke implementatie – van een compliance programma kan toetsen. De Italiaanse richtsnoeren laten zien dat dit bijvoorbeeld kan worden ondervangen door te verlangen dat het programma binnen een bepaalde termijn na de start van het onderzoek is ontwikkeld en dat de onderneming ten tijde van de besluitvorming door de mededingingsautoriteit concreet met de implementatie is begonnen. Dat lijkt mij een alleszins redelijke en passende eis. In aanvulling daarop kan het hogere management worden gevraagd om expliciet en in het openbaar hun commitment aan het compliance programma uit te spreken. En hier moet wellicht een zekere mate van onzekerheid worden geaccepteerd in ruil voor het hogere doel.

Overigens, daar waar een onderneming de mededingingsautoriteit toch om de tuin leidt en na de boeteoplegging met

²⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3713 en ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2136.

²¹ CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526, *Wasserijkartel*, r.o. 9.3.3.

de implementatie stopt, kan dat bij een eventueel volgende overtreding boeteverhogend werken.²²

In het kader van de evenredigheidstoets verdient opmerking dat ook rekening kan worden gehouden met omstandigheden die zich na de overtreding hebben voorgedaan. In dat verband is vermeldenswaardig dat ABRvS vorig jaar een boete wegens overtreding van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag met 25% (!) verlaagde vanwege het na de overtreding treffen van adequate maatregelen om herhaling te voorkomen.²³

IV. Slotopmerkingen

In het voorgaande heb ik toegelicht dat mededingingsautoriteiten, enkele terechte kanttekeningen ten spijt, om redenen van preventie en evenredigheid een beperkte boeteverlaging in het vooruitzicht zouden moeten stellen voor het implementeren van een effectief compliance programma. Dit geldt zowel voor compliance programma's die al bestonden ten tijde van een overtreding als voor compliance programma's die naar aanleiding van een onderzoek worden geïmplementeerd. Een dappere eerdere poging om de ACM hiertoe aan te zetten, had nog geen effect. Wellicht kan deze bijdrage alsnog het benodigde zetje in de juiste richting geven, net zoals het vooruitzicht van een boete-

verlaging dat kan doen voor het implementeren van een compliance programma.

Als mijn argumenten onverhoopt niet hebben kunnen overtuigen, is een alternatief nog om – naar het voorbeeld van de DOJ – het implementeren van een compliance programma ten minste een vast onderdeel te laten zijn van gesprekken over een schikking of vereenvoudigde afdoening. Als een onderneming in dat kader bereid is zich te committeren aan het implementeren van (wijzigingen aan) een compliance programma in ruil voor een extra boeteverlaging, kan de besluitvorming worden aangehouden totdat de mededingingsautoriteit voldoende zekerheid heeft over de uitvoering van die afspraak.²⁴

Het ligt ten slotte voor de hand dat geen boetevermindering wordt toegekend voor een compliance programma dat ontdekking van overtredingen bemoeilijkt in plaats van vergemakkelijkt, zoals in het geval van Schindler. Er moet niettemin terughoudend omgegaan worden met het verhogen van een boete vanwege contraproductieve compliance programma's. Dit om te voorkomen dat van het boetebeleid een prikkel uitgaat om juist geen compliance programma te implementeren.

Over de auteur

Mr. F.W. (Frank) Barendrecht
Advocaat bij Ploum.

22 In Nederland zou de ACM ook kunnen overwegen om de boete(verlaging) te combineren met een last onder dwangsom. Een last kan immers ook strekken tot het voorkomen van herhaling. In de last kan de onderneming dan worden opgedragen concrete maatregelen te nemen ter implementatie van een effectief compliance programma, waarbij de dwangsom wordt vastgesteld op het bedrag aan boetevermindering dat de onderneming ontvangt. De vraag is wel of een onderneming in een dergelijke constellatie bereid zal zijn te verzoeken om een boetevermindering voor het implementeren van een compliance programma. Het risico bestaat immers dat de boete in bezwaar of beroep omlaag of zelfs onderuit gaat, terwijl de last onder dwangsom blijft voortduren. De onderneming ondervindt dan nog dreiging van een dwangsom ter hoogte van een bedrag dat niet meer correspondeert met de boeteverlaging die ze oorspronkelijk ontving. Dat risico wordt evenwel in belangrijke mate teniet gedaan door het feit dat de ACM een last op grond van art. 12r Instellingswet ACM maximaal voor een termijn van twee jaar kan doen gelden. Tegen de tijd dat duidelijk is of een boete daadwerkelijk lager uitvalt ten opzichte van het oorspronkelijk opgelegde bedrag, zal de last onder dwangsom doorgaans niet meer gelden.

23 ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2831, r.o. 7.

24 In vergelijkbare zin kan het implementeren van (wijzigingen aan) een compliance programma ook standaard onderdeel vormen van de afweging om toezeggingen te accepteren en van het opleggen van een boete af te zien. In enkele gevallen heeft de ACM dat ook al gedaan, zoals bijvoorbeeld in haar besluit van 29 juni 2016 waarin de ACM toezeggingen van ondernemingen in de betonmortelsector bindend verklaart.