

Reactie op het conceptwetsvoorstel n.a.v. de evaluatie van de Wet OM-afdoening

1. Inleiding

DeComplianceMonitor bundelt expertise en ervaring ter versterking van compliance en integriteit bij ondernemingen en andere organisaties. Wij leggen ons toe op diepgaande beoordeling van ethics & compliance programma's, het aandragen van benodigde verbeteringen en het toezien op realisatie door de betreffende onderneming, zodanig dat getroffen maatregelen in de praktijk beklijven. Wij maken langs deze weg gebruik van de geboden mogelijkheid om te reageren op het [conceptwetsvoorstel n.a.v. de evaluatie van de Wet OM-afdoening](#) (hierna: 'Wetsvoorstel').

2. Het Wetsvoorstel

Wij verwelkomen de in het Wetsvoorstel geïntroduceerde rechterlijke toetsing van hoge schikkingen met (rechts)personen, de mogelijkheid van voorwaardelijk sepot met daarbij te stellen eisen aan compliance, en de mogelijkheid om een externe compliance monitor te benoemen ter beoordeling of aan de gestelde voorwaarden door de betreffende (rechts)persoon is voldaan.

Een schikking biedt immers de mogelijkheid van een snelle, efficiënte afdoening van financieel-economische criminaliteit en het stellen van voorwaarden aan verbetering van compliance. Dit verschaft de leiding van de betreffende onderneming een extra stimulans om passende compliance maatregelen te treffen, zodanig dat deze beklijven en nieuwe overtredingen worden voorkomen.

Een voorwaardelijke schikking zien wij als een nuttige extra stok achter de deur, omdat het recht op vervolging herleeft wanneer de betrokken onderneming niet aan de gestelde voorwaarden voldoet. Zonder een adequate toetsing van de opgelegde voorwaarden bestaat het risico dat het slechts blijft bij goede intenties of eerste aanzetten. Dit zou het maatschappelijk draagvlak voor dergelijke voorwaardelijke schikkingen kunnen schaden. Het inzetten van een compliance monitor helpt om dit te voorkomen. Deze toepassing in het kader van een voorwaardelijke schikking sluit bovendien aan bij de internationaal gangbare praktijk.

Op onderdelen behoeft de concept Memorie van Toelichting (hierna: 'Toelichting') t de door een compliance monitor te vervullen rol onjuist voorgesteld en behoeft dit verduidelijking. Wij bepleiten daarom dat de Toelichting op hieronder genoemde onderdelen wordt aangepast.

3. 'Dwingende maatregelen'

Ten onrechte wordt in de Toelichting gesuggereerd dat het de taak van een compliance monitor is om dwingende maatregelen op te leggen aan de onderneming waarmee een schikking wordt aangegaan. Het ontbreekt de compliance monitor aan dwangmiddelen hiertoe, terwijl het opleggen van maatregelen tevens afbreuk zou doen aan de eigen verantwoordelijkheid van de leiding van de betrokken onderneming om passende maatregelen te treffen ter verbetering van het compliance programma.

Dit laat onverlet dat de bevindingen van de compliance monitor wel richtinggevend moeten zijn voor de leiding van de betreffende onderneming. De aan te stellen compliance monitor moet dan ook beschikken over voldoende gezag, expertise en ervaring. De leiding van de onderneming zal zich voldoende rekenschap moeten geven van de bevindingen van de compliance monitor om de ultieme consequentie te vermijden dat het openbaar ministerie alsnog vervolging instelt wanneer niet aan de schikkingsvoorwaarden wordt voldaan (met alle bijkomende negatieve publiciteit en reputatieschade voor de betreffende onderneming van dien).

4. Publieke toezichthouders niet belasten met de rol van compliance monitor

In de Toelichting is (in een enkele tussenzin) opgenomen dat De Nederlandsche Bank, de Autoriteit Persoonsgegevens of 'een omgevingsdienst' de rol van compliance monitor zou kunnen vervullen. Een dergelijke vermenging van verantwoordelijkheden achten wij echter zeer ongewenst. Publieke toezichthouders zijn belast met toezichttaken binnen een specifiek toezichtrechtelijk kader. Het houden van toezicht op de onderneming vanuit deze verantwoordelijkheid in combinatie met een rol als externe compliance monitor bij schikkingsafspraken kan leiden tot belangenconflicten, oneigenlijk gebruik van bevoegdheden en vermijdbare complicaties. Betrokkenheid van een onder toezicht staande instelling bij financieel-economische criminaliteit kan uiteraard aanleiding zijn voor DNB, AFM en/of een andere publieke toezichthouder om het door haar uitgeoefende financiële toezicht aan te scherpen c.q. nadere voorwaarden te stellen aan de betrokken (rechts)persoon. Dit vindt dan plaats in het kader van de reguliere taakvervulling van deze toezichthouder en niet als externe monitor op basis van in het kader van een schikking gemaakte afspraken met het openbaar ministerie. Dit laatste moet voorbehouden blijven aan specifiek daarvoor opgeleide en toegeruste partijen die hierover verantwoording afdragen aan het openbaar ministerie en aan de leiding van de betreffende onderneming. Overigens kleeft aan koppeling van de rol van externe compliance monitor met die van een publieke toezichthouder nog een ander bezwaar. Dit zou de aanstelling van een compliance monitor bij ondernemingen die buiten de reikwijdte van een publieke toezichthouder vallen onnodig compliceren. Dit klemt temeer, omdat in die situaties de aanstelling van een externe compliance monitor juist van extra toegevoegde waarde kan zijn, bijvoorbeeld omdat deze onderneming mogelijk niet over een goed werkende compliancefunctie beschikt. Het vermengen van taken van een publieke toezichthouder met die van een externe compliance monitor wijkt bovendien af van de internationaal geldende praktijk waarbij, aldus de Toelichting, juist aansluiting wordt beoogd.

5. De interne compliancefunctie van ondernemingen waarmee een schikking wordt aangegaan

Of in een specifieke situatie benoeming van een compliance monitor nodig is, hangt af van de omstandigheden. Denkbaar is dat de betreffende onderneming beschikt over een adequate interne compliancefunctie met zodanig gezag dat rapportages van de onderneming over inrichting en werking van het compliance programma kunnen fungeren als grondslag voor een beslissing van het openbaar ministerie over opheffing na verloop van tijd van het voorwaardelijk karakter van de schikking. De omstandigheid dat de betreffende onderneming al onder (financieel) extern toezicht valt, kan met zich meebrengen dat de benoeming van een externe monitor niet nodig is. Bijvoorbeeld omdat de

bevindingen van de (financieel) toezichthouder via de interne compliance officer van de onderneming kunnen worden doorgeleid aan het openbaar ministerie.

6. Toetsingskader

Het te hanteren toetsingskader en de reikwijdte van de werkzaamheden van de compliance monitor moeten op maat zijn toegesneden. Hierover zullen bij het treffen van een schikking duidelijke afspraken moeten worden gemaakt. Daarbij kan verwezen worden naar 'good practices' zoals verwoord in bijvoorbeeld de [Effective Compliance Framework Guidelines van het Department of Justice in de Verenigde Staten](#), de [World Bank Group Compliance Integrity Guidelines](#), en naar geldende nationale en internationale regelgeving en aanwijzingen van (financieel) toezichthouders. Het compliance programma zal niet beperkt kunnen blijven tot uitsluitend 'technische' naleving van wet- en regelgeving. De insteek is ruimer en omvat ook het stimuleren van *integer gedrag* in *alle* geledingen van de organisatie. Wij bepleiten dat in de Toelichting en/of in door het openbaar ministerie te publiceren beleid dit aspect wordt verduidelijkt.

7. Aan benoeming van een compliance monitor te stellen eisen

De Toelichting bevat geen (verwijzing naar) te stellen eisen aan benoeming van een compliance monitor. Denkbaar is dat in de Toelichting een verwijzing naar hierbij in acht te nemen randvoorwaarden wordt opgenomen. Denk daarbij aan het ontbreken van enig belangenconflict in relatie tot de betreffende onderneming en voldoende deskundigheid, ervaring en gezag van de compliance monitor ter vervulling van deze rol. Vergelijk in dit verband de soortgelijke randvoorwaarden die gelden voor aanstelling en functioneren van een deskundige bij de Ondernemingskamer, zoals opgenomen in de [Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures](#) van 9 juli 2019.

Ook de consequenties van niet-naleving van de in het kader van een schikking gestelde eisen verdienen verduidelijking. Zo moet het bij onvoldoende medewerking door de leiding van de onderneming mogelijk zijn voor de compliance monitor om zijn taak voortijdig te beëindigen,

8. Aanpassing interne organisatie van het openbaar ministerie

De in het Wetsvoorstel geboden mogelijkheid tot het opleggen van compliance gerelateerde voorwaarden stelt niet alleen eisen aan (de compliancefunctie van) de betreffende onderneming en/of de compliance monitor. Ook de interne organisatie van het openbaar ministerie behoeft mogelijk aanpassing. Het voorwaardelijk karakter van een schikking brengt immers met zich mee dat gedurende de looptijd de vinger aan de pols moeten worden gehouden om te beoordelen of de gestelde schikkingsvoorwaarden in voldoende mate worden nageleefd. De rapportages van de externe monitor en/of van de compliance officer van de onderneming zullen inzicht moeten bieden om uiteindelijk over opheffing van het voorwaardelijk karakter van de schikking te beslissen. Denkbaar is dat een nieuw, afzonderlijke functie binnen het openbaar ministerie wordt belast met: (1) beantwoording van de vraag of benoeming van een externe compliance monitor in een specifieke situatie noodzakelijk is; (2) beoordeling of aan geldende randvoorwaarden voor aanstellen van een compliance monitor wordt

voldaan; (3) beoordeling van voortgangsrapportages, bevindingen en eindconclusies van de externe monitor en/of de interne compliance officer, en (4) advisering aan de zaaksofficer van justitie over verdere afdoening.

9. Afsluiting

De leiding van een onderneming kan uiteraard ook *zónder* dat sprake is van verdenking van strafbare feiten besluiten om haar compliance programma aan een externe kritische toets te onderwerpen. Mocht zij in later stadium onverhoopt toch in aanraking komen met justitie, dan zal de kwaliteit van het bestaande compliance programma mee kunnen wegen bij de vraag of het aanbieden van een schikking opportuun is en of er mogelijksterwijs korting kan worden toegepast op een boetebedrag.

Wij bepleiten dat het openbaar ministerie aanvullend beleid ontwikkelt en publiceert, zodat ondernemingen en andere betrokkenen beter kunnen inschatten wat zij in dit opzicht kunnen verwachten. Dergelijk beleid kan eveneens een nuttig handvat bieden voor ondernemingen bij de opzet, de inrichting en het onderhouden van een passend compliance programma. Tezamen met de invoering van het Wetsontwerp, voorzien van een heldere Toelichting waarop dit genoemd beleid kan worden geënt, worden een belangrijke stappen gezet in de bestrijding en voorkoming van financieel-economische criminaliteit in en vanuit Nederland. Aldus wordt aansluiting gevonden bij internationaal geldende standaarden van 'good practice'.

Utrecht, 19 april 2021

Michael van Woerden

DeComplianceMonitor

www.decompliancemonitor.nl

vanwoerden@decompliancemonitor.nl

+31 (0)6 21 888 411