



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Nalevingsprogramma's

Schinkel, M.P.

**Publication date**

2011

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Markt en Mededinging

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Schinkel, M. P. (2011). Nalevingsprogramma's. *Markt en Mededinging*, 14(6), 231-233. Article 5. [http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2011/6/MenM\\_1387-6236\\_2011\\_014\\_006\\_005](http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2011/6/MenM_1387-6236_2011_014_006_005)

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## Nalevingsprogramma's

Prof. dr. M.P. Schinkel\*

Bedrijven afficheren ze op hun website, advocaten helpen ze graag onderhouden, en mededingingsautoriteiten zijn er tuk op: *compliance programs*. Net als andere uitingen van een wat Angelsaksische neiging tot bedrijfsexhibitionisme – zoals bronzen plakaten met ‘*our mission statement*’ en wissellijstjes met ‘*employee of the month*’ – is de kern ervan een publiekelijke verklaring, en wel dat de eigen organisatie werkt in overeenstemming met vigerende wet- en regelgeving, waaronder de mededingingsbepalingen. Een mooie belofte, bedoeld ter inspiratie van de medewerkers en om indruk te maken op de klanten.

Google eens ‘*antitrust compliance program*’, skip de eerste vijf pagina’s met advocatenkantoren die aanbieden er eentje voor je op te stellen, en de bedrijfsprogramma’s beginnen te verschijnen. AKZO, Coca Cola, Microsoft, allemaal hebben ze er eentje. Google Google – wat trouwens nog lastig is – en je kunt in paragraaf a van hoofdstuk VII *Obey the Law* van Google’s *Code of Conduct* een heldere compliance tekst lezen:

‘(...) To ensure that Google complies fully with these [competition] laws, each of us should have a basic knowledge of how they apply to our work. Some real life things to be cautious about include:

1. sharing of competitively sensitive information (e.g., prices, costs, market distribution, etc.) with competitors at trade and industry conferences; and
2. making statements (in emails, IMs, presentations, memos or anyplace else) that wrongly suggest that Google has few or no competitors or that we seek to harm our competitors or improperly exploit our success.

\* Prof. dr. M.P. Schinkel is hoogleraar Competition Economics and Regulation aan de Universiteit van Amsterdam en co-director van het Amsterdam Centre for Law and Economics (ACLE). Met dank aan Martijn Han voor enkele nuancerende opmerkingen.

Please contact Legal whenever you have any anti-trust/competition law concerns.’<sup>1</sup>

Aan de ordening van de organische zoekresultaten valt het getrainde oog meteen op dat Google’s algoritme bovenaan veel bedrijven plaatst die in het verleden al eens iets met deze of gene mededingingsautoriteit te stellen hebben gehad. Nu schijn je de laatste tijd niet meer zondermeer objectief iets uit de Google-rangorde te mogen afleiden. Ook kan zo’n verband natuurlijk andere gezamenlijke oorzaken hebben. Bij de meeste programma’s is de tekst algemeen, of de verwijzing subtiel. Maar ThyssenKrupp, bijvoorbeeld, is er heel expliciet over:

‘The ThyssenKrupp Compliance Program was introduced directly after the merger of Thyssen and Krupp in 1999. It has been regularly reviewed and has been subject to continuous enhancement. In April 2007 the Executive Board of ThyssenKrupp AG unequivocally reiterated its rejection of antitrust violations and corruption and to this end issued the ThyssenKrupp Compliance Commitment: Antitrust violations and corruption are not tolerated in the ThyssenKrupp Group (zero tolerance).’<sup>2</sup>

Het zou een interessant onderzoekje zijn om van zeg, de verzameling van de Fortune, S&P en Europe’s 500, eens na te gaan wanneer ze hun *compliance program* adopteerden, en of dat kort volgend was op betrokkenheid bij een mededingingszaak.

Belijdenis met de mond is natuurlijk aardig, maar er is meer nodig om ook van harte na te leven. Een compleet *compliance* programma is een pakket dat wordt beheerd

1. [www.investor.google.com/corporate/code-of-conduct.html#VII](http://www.investor.google.com/corporate/code-of-conduct.html#VII) – bekeken op 26 oktober 2011.  
2. [www.thyssenkrupp.com/en/konzern/compliance.html](http://www.thyssenkrupp.com/en/konzern/compliance.html) - bekeken op 26 oktober 2011.

door een onafhankelijke stafafdeling, het *compliance office*. Naast regelmatige revisie van de code, die elke medewerker krijgt te ondertekenen, organiseert het *compliance office* regelmatig verplichte managementcursussen over de nieuwst bekende vormen van mededingingswetsovertreding en hoe te handelen als er een NMa-inal is, licht het 'live', en zonder dat de medewerkers er het fijne van weten, alle in- en externe communicatie door, kan het interne sancties opleggen, biedt het medewerkers de mogelijkheid te biechten of te klikken bij een daarvoor vrijgemaakte vertrouwenspersoon, die sanctieverlichting of een persoonlijke beloning in het vooruitzicht stellen kan, zoals een promotie. Kortom, het *compliance office* is een eigen interne private mini-mededingingsautoriteit.

Veel publieke mededingingsautoriteiten zien dit allemaal graag. Vast niet toevallig in een aantal Engelssprekende jurisdicties, de Verenigde Staten, Canada, Australië, het Verenigd Koninkrijk, waar men dus wel van tegeltjesverklaringen houdt, maar ook in Korea en Brazilië bijvoorbeeld, is het hebben van een nalevingsprogramma reden om verlaging te geven van een eventuele boete, mocht het dan desondanks toch nog per ongeluk mis gaan. De gangbare *compliance program fine discount* is 10%.

Ook veel Europese mededingingsautoriteiten staan er positief tegenover. Pieter Kalbfleisch hoorde ik jaren geleden in een speech op Nyenrode al enthousiast boeteverlaging in het vooruitzicht stellen aan een ieder met verklaarde goede concurrentie-intenties. Het idee dat bedrijven die zeggen het beste met de mededinging voor te hebben wel wat minder streng kunnen worden aangepakt, paste niet veel later in het door EZ aan de NMA opgelegde motto van 'High trust' – met een hoofdletter 'H' – een sentiment waaruit later ook het idee van inspectievakanties voort kwam.

Op het laatste ICN-congres, afgelopen mei in Den Haag, was er een druk bezochte parallelsessie over het onderwerp. Panel en zaal stemden in grote meerderheid bij handopsteking voor navolging van de voorbeelden van boetekorting voor nalevingsprogramma's die de OFT en de Koreaanse mededingingsautoriteit hadden gepresenteerd in het panel.

Zeker, zo vond iedereen, zo'n *compliance program* moet dan wel wat om het lijf hebben. Een scan van een stencilje op de website alleen is niet voldoende. Maar twee of drie onderdelen uit het *compliance package* maken al snel een '*compliance culture*'. En wie die heeft, zou moeten kunnen rekenen op clementie. Hoe anders, zo redden toezichthouders en NGA's die het woord kregen, hebben bedrijven een prikkel om erin te investeren? Intussen vroeg ik mij retorisch af: 'Als een onderneming uitgebreid laat weten te weten wat er allemaal niet mag, en dat dan toch blijkt te hebben gedaan, moet je dan niet eerder een strafverzwaring dan een strafvermindering overwegen?' Het eigen programma bleek in ieder geval niet te werken. Daarbij kan tenminste de onwetendheidsverdediging – in het Amsterdamse openbaar vervoer ook wel bekend als the '*dumb tourist defence*' – niet meer worden gevoerd. Het begint wellicht zelfs aanne-

melijk te worden dat de overtrekking willens en wetens was. En wat betreft de prikkel om erin te investeren; het zou toch voldoende moeten zijn dat een nalevingsprogramma, als het tenminste werkt, het bedrijf uit de mededingingsproblemen houdt? Werkt 'n compliance program discount dan niet juist averechts? Daarbij, mocht het dan toch ergens diep in de organisatie onverhoopt mis zijn gegaan, dan kan de onderneming met recht met een beschuldigende vinger wijzen naar de betrokken medewerkers, die van de door hen onderschreven gedragscode zijn afgeweken, en daar verhaal halen. Waarom dan ook nog een boeteverlaging op bedrijfsniveau geven?

De Europese Commissie is inmiddels ook kritischer. In een aantal recente zaken heeft zij geweigerd om het naakte bestaan van een nalevingsprogramma automatisch te zien als een verzachtende omstandigheid in de zin van de boetesystematiek. Clementie is er hooguit voor bedrijven die een echt oprechte nalevingscultuur hadden, maar waar desondanks per ongeluk enkele barbaren bleken te zijn binnengeslopen.

Het Hof van Justitie heeft in beroep hierop ook bepaald dat de Commissie dit inderdaad zelf mag beoordelen, en geen korting hoeft te geven, alleen maar omdat zij dat in het verleden wel al eens deed.<sup>3</sup> Commissaris Almunia heeft eind vorig jaar, in een speech voor het verzamelde internationale bedrijfsleven, ook heel duidelijk gezegd dat volgens hem de beloning voor het hebben van een nalevingsprogramma 'm voor bedrijven moet zitten in het voorkomen van mededingingswetsovertredingen, en niet in sanctiebeperking achteraf.<sup>4</sup>

We zijn het stadium van onverdeeld positief dus voorbij. De houding is nu kritisch-positief. Echter, recent onderzoek heeft aan het licht gebracht dat het wellicht beter is om kritisch-negatief te staan tegenover het hebben van een *compliance program*. In een onderneming met kwaadwillende elementen kunnen namelijk onderdelen uit dit nalevingsprogramma worden misbruikt om juist mededingingswetsovertredingen te begaan en/of om ze beter te verbergen. Er worden een leereffect en een monitoringseffect onderscheiden.

Het leereffect is een nadeel van het breed en gedetailleerd voorlichten van medewerkers. Dat zal vast de meer banale problemen kunnen voorkomen, maar het maakt mogelijk ook slapende slimme honden wakker. Stelt u zich een divisie manager voor met problemen om zijn *profit targets* te halen, waardoor hij de kerstbonus dreigt mis te lopen, waarop hij al had gerekend voor de financiering van de verbouwing van zijn huis. Het was een onverwacht slecht jaar voor de hele bedrijfstak. Een aangekondigde milieumaatregel, die de vraag naar de producten van zijn divisie en zijn concurrenten flink zou stimuleren, en op basis waarvan iedereen flink had geïnvesteerd in nieuwe technologie, liep vertraging op en is nog steeds niet door het parlement. Door de opgebouw-

3. GvEA 5 april 2006, zaak T-279/02, *Degussa AG/Commission of the European Communities*.

4. Joaquin Almunia, 'Compliance and Competition Policy', speech delivered 25 October 2010 at the BusinessEurope & US Chamber of Commerce Competition conference in Brussels.

de overcapaciteit daalden de prijzen sinds de zomer dramatisch.

De manager zit op een vrijdagmiddag eind oktober, diep in de privéproblemen, in een verplicht *compliance seminar*. Hij tuurt in het begin vooral op zijn Blackberry, maar kijkt dan ineens op, als er wordt verteld over een pas ontdekte en zeer geavanceerde vorm van collusie, waaraan jarenlang onopgemerkt honderden miljoenen extra werden verdiend. Het brengt hem op een idee. Hij had wel eens van kartels gehoord, maar dacht daarbij altijd aan maffiapraktijken. Hij wist niet dat het zo'n professionele aangelegenheid kon zijn. De meest gerespecteerde bedrijven schijnen het te doen. Helder, de boodschap was om vooral niet de werkgever in de problemen te brengen door met de concurrentie te praten. Maar na de uitleg over de methoden waarmee de NMA kartels probeert op te sporen leek het hem niet heel erg moeilijk om die te omzeilen. Bovendien, zo hoorde hij ook op het seminar, als er al een haan naar gaat kraaien, dan schijnt dat pas jaren later te zijn. En dan is het vooral een probleem voor het bedrijf – en niet zozeer voor de betrokken medewerkers. Sommigen maakten zo juist carrière! Die zaterdag drinkt hij toevallig een biertje met con-collega's, na de laatste wedstrijd voor de winterstop in de bedrijfstakvoetbalcompetitie. De rest is geschiedenis.

Het monitoringseffect is ernstiger. Hierin speelt het *compliance office* een actieve rol in het aansturen en verborgen houden van de kartelafspraken. Nu wil ik helemaal niet suggereren dat die regelmatig corrupt zouden zijn – al weten we wel uit de Lysine tapes dat 'Legal' betrokken kan zijn bij de organisatie van kartelafspraken: herinnert u zich Mimoto, die eerst zijn *in-house counsel* wilde raadplegen voordat hij kon instemmen met het voorstel van Whitacre om een kartelbijeenkoms op Hawaï – vermoed Amerikaans grondgebied – te houden?<sup>5</sup> Maar de principaal-agent-verhoudingen binnen bedrijven kunnen soms gespannen zijn.

Stel nu eens dat de eigenaren van een onderneming in zwaar weer verkeren of het hogere management met de handen in het haar zit. Ze zien geen andere uitweg meer uit de misère die de sector treft dan de mededinging te beperken. Hoe nu het middenkader zo aan te sturen dat het die crisiskartelafspraken gaat maken en nakomen? In de eerste plaats dienen daarvoor de juiste perverse prikkels gegeven te worden – te denken valt aan de kat op het spek binden met het type wurg-bonuscontracten en *compliance* cursussen die de bovenstaande divisie manager verleidden.

Daarnaast kan de baas instrumenten uit het nalevingsprogramma gebruiken om zijn ondergeschikten in de illegale gaten te houden. Immers, het *compliance office* heeft technieken om kartelgedrag vast te stellen. Te goeder trouw zijn die bedoeld natuurlijk om ze vervolgens aan de kaak te stellen. Maar te kwader trouw zijn ze ook

te misbruiken om juist beloningen te verbinden aan kartelvorming.

Het *office* kan ook eventuele lekken dichten – een secretaresse geruuststellen, bijvoorbeeld, die onbedoeld en bij toeval argwaan heeft gekregen en haar vermoedens bij de *compliance officer* meldt. Ook kan het *compliance office* helpen om gouden parachutes in te bouwen in het arbeidscontract en de beroepsaansprakelijkheidsverzekering, mochten de in impliciete opdracht van de werkgever gemaakte prijsafspraken onverhoopt toch door de mededingingsautoriteit worden ontdekt.

Deze donkere kanten van de nalevingsprogramma's zijn recent uitgebreid onderzocht door Martijn Han, die afgelopen september onder andere hierop promoveerde aan de Universiteit van Amsterdam.<sup>6</sup> Zoals een goed academicus betaamt, is hij uiterst voorzichtig en genuanceerd in zijn conclusies. Ik citeer uit het voordrachtsrapport voor toekenning van de onderscheiding *cum laude*, die zijn proefschrift kreeg:

'Martijn shows that these [compliance] programs may in fact help companies to collude. This is a turnaround: now the presence of specific types of compliance programs could be reason for being suspicious. Details of the design of such programs are crucial and agencies need to learn how to interpret them – and so when to give discounts and when not. There is years of work for agencies ahead in understanding these effects ...'<sup>7</sup>

En zo is het.

5. July 13, 1993, Telephone Call from ADM Headquarters: Foreign Co-conspirator expresses reluctance to meet in the United States, 0:56, Minoto (Ajinomoto): 'I will consult with, ah, our legal department.'

6. Martijn A. Han, *Vertical Relations in Cartel Theory: Managerial Incentives, Buyer Groups & Antitrust Damages*, ACLE, Amsterdam 2011.

7. Het bewuste hoofdstuk uit het proefschrift is gebaseerd op een paper: Charles Angelucci en Martijn A. Han, *Monitoring Managers Through Corporate Compliance Programs*, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2010-14, last update July 13, 2011. Beschikbaar op: [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1729135](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1729135).