Artikel

De compliancemonitor als transactievoorwaarde: heeft de Nederlandse wetgever geleerd van de ervaringen in de Verenigde Staten?

Mr. I.M. Braam, mr. K.T. Bottse en prof. mr. R.M.I. Lamp*

30

1. Inleiding

Op 4 september 2020 trad de Aanwijzing hoge transacties in werking (de Aanwijzing).¹ In de Aanwijzing wordt onder meer voorzien in de mogelijkheid om specifieke interne toezichtsmaatregelen op te leggen, waaronder het instellen van een compliancemonitor.² Ook in de consultatieversie van het conceptwetsvoorstel naar aanleiding van de evaluatie Wet OM-afdoening (het conceptwetsvoorstel) wordt voorzien in de mogelijkheid om een monitor als transactievoorwaarde op te leggen.³ Zowel in de Aanwijzing als in de conceptmemorie van toelichting bij het wetsvoorstel (de concept-MvT) wordt aandacht besteed aan monitoring. Hierbij worden exter-

ne, onafhankelijke toezichthouders of zogenoemde compliancemanagers/-monitors actief betrokken bij het toezicht op de nakoming van een met het Openbaar Ministerie overeengekomen herstel- en verbetertraject. Met andere woorden: de Aanwijzing en het conceptwetsvoorstel voorzien in de formele introductie van de compliancemonitor in het Nederlandse strafrechtstelsel.⁴ De door het Openbaar Ministerie benoemde onafhankelijke monitor kan gedurende in beginsel drie jaren controleren of de rechtspersoon zich houdt aan de in de transactieovereenkomst overeengekomen voorwaarden. Daarnaast heeft de monitor onder omstandigheden de bevoegdheid om dwingende maatregelen op te leggen. Voorts rapporteert de monitor aan onder meer het Openbaar Ministerie over de voortgang van het herstel- en verbetertraject. De kosten van een dergelijk traject zullen door de desbetreffende onderneming worden gedragen.⁵ De gedachte is dat het Openbaar Ministerie door onafhankelijke compliancemonitoring beter in staat zal zijn de transigerende rechtspersoon aan de gemaakte afspraken te houden. Hierdoor kunnen toekomstige regelschendingen mogelijk worden voorkomen.⁶

In het conceptwetsvoorstel wordt aangegeven dat met de invoering van compliance als transactievoorwaarde

* Mr. I.M. Braam is werkzaam als advocaat bij de Brauw Blackstone Westbroek N.V. te Amsterdam. Mr. K.T. Bottse is werkzaam als advocaat bij de Brauw Blackstone Westbroek N.V. te Amsterdam. Prof. mr. R.M.I. Lamp is werkzaam als advocaat bij de Brauw Blackstone Westbroek N.V. te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 Aanwijzing hoge transacties van 4 september 2020 (*Stcrt.* 2020, 46166).

2 Aanwijzing hoge transacties, randnummer 4.

3 Artikel 554 lid 1 sub h van het Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening. Volgens het conceptwetsvoorstel kan de officier van justitie voorwaarden omtrent de naleving van aanwijzingen in het kader van gedragtoezicht gericht op compliancebeleid op leggen. Het wetsvoorstel was opengesteld voor consultatie tussen 11 maart 2021 en 22 april 2021 en op de consultatie is één reactie binnengekomen, te weten van DeComplianceMonitor. Zie www.internetconsultatie.nl/conceptwetsvoorstel_naar_aanleiding_van_evaluatie_wet_om_afdoening.

4 Aanwijzing hoge transacties, randnummer 4 en voorgesteld artikel 554, lid 1 onder h, Sv.

5 De voorgestelde periode van drie jaren kan met maximaal twee jaren worden verlengd. Conceptmemorie van toelichting, p. 28.

6 Concept MvT, Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening, p. 28.

wordt getracht aan te sluiten bij internationale ontwikkelingen op dit punt.⁷ Dit streven past in een bredere ontwikkeling sinds 2014, waarin het Nederlandse handhavingsbeleid op het terrein van omvangrijke misstanden ‘amerikaniseert’.⁸ Aangezien in de Verenigde Staten al meerdere jaren gebruik wordt gemaakt van de monitor, kunnen de Verenigde Staten als voorloper op dit gebied worden beschouwd. Bekende bedrijven zoals Apple, Avon en Western Union zagen strafrechtelijke onderzoeken door de Amerikaanse autoriteiten eindigen met de aanstelling van een monitor om toezicht te houden op hun activiteiten.⁹ In deze bijdrage onderzoeken wij daarom de figuur van de monitor aan de hand van het Amerikaanse model. Wij beperken ons hierbij tot een zestal thema’s dat volgens ons meer toelichting vanuit de wetgever behoeft. Allereerst wordt ingegaan op de achtergrond van de figuur van de compliancemonitor en kenmerkende (internationale) precedents op dit vlak. Vervolgens gaan wij nader in op de volgende onderwerpen: de situaties waarin het opleggen van een monitor als transactievoorwaarde kan worden overwogen, het voorstel om toezichthouders als monitors aan te stellen, de manieren waarop tot de selectie van een monitor kan worden gekomen, de vraag of de adviezen/maatregelen van de monitor al dan niet bindend zijn, alsmede de duur waarvoor de monitor kan worden aangesteld en de bekostiging van de monitor. Wij eindigen dit artikel met een korte, beschouwende conclusie.

2. De achtergrond van de monitor

Mede door de steeds toenemende complexiteit van criminaliteit gepleegd door rechtspersonen, is ook de wet- en regelgeving die deze criminaliteit aan banden probeert te leggen uitgebreider en meer complex geworden. De opkomst van de monitor wordt wel gerelateerd aan deze toenemende complexiteit van wet- en regelgeving.¹⁰ Na de (buiten)gerechtelijke afdoening van (vermeend) strafbaar handelen, willen autoriteiten zich er doorgaans van vergewissen – voor zover mogelijk – dat de rechtspersoon niet opnieuw de fout in zal gaan. Er is derhalve toezicht nodig op de herstelmaatregelen die een rechtspersoon treft om dergelijke recidive te voorkomen alsmede op de implementatie en uitvoering van deze maatregelen. Dergelijk toezicht vergt veel capaciteit; de handhavende autoriteiten kunnen hier dan ook niet altijd zelf in voorzien. In die gevallen kan een exter-

ne monitor uitkomst bieden. Sinds het begin van de 21ste eeuw doen de autoriteiten in de Verenigde Staten dan ook vaker een beroep op monitors om toezicht te houden op de naleving van wet- en regelgeving door rechtspersonen na misstanden. Hierbij richt de monitor zich onder meer op de mogelijke invoer en/of het aanscherpen van het complianceprogramma.¹¹

Een bekend voorbeeld is de zaak tegen het Amerikaanse telecombedrijf WorldCom, Inc.¹² In 2002 kwam een omvangrijke boekhoudfraude bij WorldCom aan het licht. WorldCom had in totaal \$ 11 miljard aan niet-bestaande inkomsten opgegeven aan de Amerikaanse belastingautoriteit.¹³ De bevoegde toezichthouder, de Securities and Exchange Commission (SEC), verzocht de rechter om een compliancemonitor aan te stellen. De monitor moest erop toezien dat WorldCom geen relevante documenten zou laten vernietigen en geen ongeoorloofde betalingen aan werknemers of bestuurders zou (laten) verrichten.¹⁴ De daarop door de rechtbank aangestelde monitor (een voormalig voorzitter van de SEC)¹⁵ vervulde al snel een significante rol binnen de rechtspersoon. Na aanstelling van de monitor ondernam WorldCom diverse acties, waaronder het vervangen van het volledige bestuur, het aanstellen van een nieuwe CEO, het aantrekken van extern nieuw seniormanagement en het breken met werknemers die deel hadden genomen aan de fraude dan wel naar het oordeel van WorldCom onvoldoende hadden gedaan om deze fraude te voorkomen.¹⁶ De monitor deed voorts 78 aanbevelingen om de gehele *corporate governance*-structuur te herzien. Deze aanbevelingen zagen bijvoorbeeld op de selectie van bestuurders, de maximale duur van bestuursperioden, de samenstelling van het bestuur en het inrichten van een klokkenluidersregeling.¹⁷ In het uiteindelijke rechterlijke oordeel aan het einde van het monitorschap werden WorldCom en de monitor geprezen voor de vernieuwende aanpak die verder strekte dan enkel het toezien op

7 Concept MvT, p. 28.

8 Zie ook F. Haijer & E. Sikkema, ‘Buitengerechtelijke afdoening en andere tendensen in de handhaving van anticorruptiewetgeving’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018, p. 68.

9 A.S. Barkow & M. Ross, ‘Introduction’, in: A.S. Barkow, N.M. Barofsky & T.J. Perrelli (red.), *The Guide to Monitorships* (Global Investigations Review), London: Law Business Research Ltd 2020, p. 1.

10 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling in de historie van de monitor vanaf het begin van de twintigste eeuw: V. Root, ‘Modern-Day Monitorships’, *Yale Journal On Regulation*, vol. 33, 2016.

11 Root 2016, p. 119.

12 Barkow & Ross 2020, p. 4; Root 2016, p. 131-132. Volledigheidshalve merken wij op dat WorldCom in 1998 fuseerde met IMC Communications.

13 Barkow & Ross 2020, p. 4.

14 Litigation Release nr. 17588, SEC, *SEC Charges WorldCom with \$3.8 Billion Fraud Commission Action Seeks Injunction, Money Penalties, Prohibitions on Destroying Documents and Making Extraordinary Payments to WorldCom Affiliates, and the Appointment of a Corporate Monitor*, 27 juni 2002; Root 2016, p. 132; zie voorts uitgebreid J. O’Hare, ‘The Use of the Corporate Monitor in SEC Enforcement Actions’, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 2006/1, p. 94-102.

15 Deze voormalig monitor betrof de heer Richard C. Breeden.

16 U.S. District Court for the Southern District of New York – 273 F. Supp. 2d 431 (S.D.N.Y. 2003), 7 juli 2003.

17 ‘Restoring Trust: Report to the Hon. Jed S. Rakoff, the United States District Court for the Southern District of New York on Corporate Governance for the Future of MCI, Inc.’, prepared by Richard C. Breeden, Corporate Monitor (Restoring Trust), augustus 2003. Te raadplegen op www.sec.gov/Archives/edgar/data/723527/000119312503044064/dex992.htm. De aanbevelingen zijn gericht aan MCI, Inc., omdat WorldCom na de (op dat moment voorgenomen) reorganisatie naar aanleiding van het faillissement van WorldCom door zou gaan onder de naam MCI, Inc.

naleving van regelgeving, maar tevens WorldCom in rustiger vaarwater bracht.¹⁸

De WorldCom-zaak is tekenend voor de hedendaagse monitor. Tegenwoordig is dit type monitor niet meer weg te denken uit de Amerikaanse handhavingspraktijk.¹⁹ Monitors worden niet meer alleen door de rechter aangesteld, maar zijn met name een belangrijk onderdeel gaan uitmaken van de Amerikaanse schikkingspraktijk en de zogenaamde *deferred prosecution agreements* (DPA's) of *non-prosecution agreements* (NPA's).²⁰ In een DPA of een NPA stemt een rechtspersoon in met het naleven van bepaalde voorwaarden in ruil voor het afzien van vervolging door de handhavende instantie(s). De voorwaarden kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het overeenkomen van betaling van een boete of een ontnemingsbedrag, het instellen van een complianceprogramma en dus ook het aanstellen van een monitor.²¹ De monitor zal doorgaans gericht zijn op de preventie van recidive, waarbij voor het al dan niet inzetten van een monitor niet direct richtinggevend is welk normkader (vermeend) is overtreden.²² In de praktijk zullen de aard en precieze bevoegdheden van de monitor iedere keer afhangen van de zich in dat geval voordoende omstandigheden en feiten.²³

Met het toenemende gebruik nam tevens de kritiek op de ongereguleerde inzet ervan toe.²⁴ Om te trachten de inzet van monitors in goede banen te leiden voorzag de Amerikaanse Department of Justice (DOJ) na verloop van tijd in richtlijnen over de inzet van monitors. Deze richtlijnen werden telkens vastgelegd in elkaar opvolgende memoranda, namelijk het Morford memorandum in 2008,²⁵ het Benczkowski memorandum in 2018²⁶ en

een separate leidraad ten aanzien van de beoordeling van *corporate compliance*-programma's in 2020.²⁷ Deze richtlijnen bieden handvatten bij de beoordeling van het Nederlandse conceptwetsvoorstel, specifiek de volledigheid ervan.

3. Opleggen van de voorwaarde van toezicht door een monitor

Uit het conceptwetsvoorstel volgt dat de officier van justitie voorwaarden kan stellen aan de naleving van aanwijzingen in het kader van gedragstoezicht. De compliancemonitor komt in het conceptwetsvoorstel niet expliciet naar voren. In de concept-MvT daarentegen wordt uiteengezet dat de desbetreffende aanwijzingen betrekking kunnen hebben op het tot stand brengen, implementeren en naleven van een complianceprogramma. Externe, onafhankelijke toezichthouders of compliancemanagers kunnen worden betrokken bij het toezicht op de nakoming van het herstel- en verbetertraject.

Het conceptwetsvoorstel noch de concept-MvT voorzien in een duiding van de gevallen waarin de naleving van aanwijzingen in het kader van gedragstoezicht gericht op compliancebeleid gepast zouden kunnen zijn. *A contrario* kan worden geredeneerd dat dergelijke aanwijzingen gepast kunnen zijn in gevallen waarin een herstel- en verbetertraject noodzakelijk wordt geacht. Het is echter niet helder wanneer hiervan sprake is. In ieder geval verbindt het wetsvoorstel geen expliciete voorwaarden aan het opleggen van deze voorwaarde, terwijl een en ander in de Verenigde Staten wel is geëxpliciteerd. De DOJ heeft in oktober 2018 namelijk een memorandum gepubliceerd (het zojuist genoemde Benczkowski memorandum) waarin wordt benadrukt dat voordat een monitor eventueel kan worden aangesteld eerst de vraag dient te worden beantwoord of de aanstelling van een monitor gerechtvaardigd zou zijn. Dit is uitsluitend het geval als hiertoe noodzaak is en de voordelen van een aanstelling opwegen tegen de verwachte kosten en lasten van het monitorschap.²⁸ Deze beoordeling, die ervan uitgaat dat een monitor slechts wordt aangesteld indien dit een praktisch nut dient, past bij de gedachte dat de monitor niet een (zelfstandig) punitief doeleinde dient.²⁹ Het Benczkowski memorandum voorziet voorts in een concreet toetsingskader voor het al dan niet aanstellen van een monitor. In het beoordelen

18 U.S. District Court for the Southern District of New York – 273 F. Supp. 2d 431 (S.D.N.Y. 2003), 7 juli 2003. Er is ook kritiek geuit op de invulling van het monitorschap. Zo is bijvoorbeeld bekritiseerd dat de monitor de bevoegdheid had om zich te mengen in de taken van onder meer het bestuur van WorldCom; Root 2016, p. 146.

19 Zie voor een overzicht Barkow & Ross 2020, p. 5.

20 In het geval van NPA's wordt geen formele aanklacht ingediend, waardoor de rechter geen toezicht houdt op de overeenkomst. In het geval van DPA's wordt wel een aanklacht ingediend, waardoor de rechter toezicht houdt op de overeenkomst en in beginsel de voorwaarden van de overeenkomst kan verwerpen. In het algemeen blijkt echter dat rechters niet lichtelijk de voorwaarden van een overeenkomst verwerpen, waardoor NPA's en DPA's een vergelijkbaar karakter hebben.

21 L.A. Gallo, K.V. Lynch & R.E. Tomy, *Out of Site, Out of Mind? The Role of the Government-Appointed Corporate Monitor*, 2021.

22 Barkow & Ross 2020, p. 4.

23 Barkow & Ross 2020, p. 4.

24 Barkow & Ross 2020, p. 6.

25 Zie C.S. Morford, *Memorandum Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations*, 7 maart 2008. In het memorandum worden beginselen beschreven voor de selectie van monitors en wordt ingegaan op de reikwijdte en grenzen van de taken en verantwoordelijkheden van monitors. Ook wordt genoemd dat bij de beslissing of een monitor moet worden opgelegd, de kosten van de monitor dienen te worden afgewogen tegen de voordelen ervan voor zowel de rechtspersoon als de samenleving.

26 Zie B.A. Benczkowski, *Memorandum Selection of Monitors in Criminal Division Matters*, 11 oktober 2018. Het memorandum vormt in zekere zin een aanvulling op het Morford memorandum, waarin verder wordt uitgewerkt welke overwegingen relevant kunnen zijn in het afwegen van de voordelen van een monitor tegen de kosten ervan.

27 Zie U.S. Department of Justice Criminal Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs* (Updated June 2020). De leidraad voorziet in overwegingen die relevant kunnen zijn in het nemen van een beslissing ten aanzien van de effectiviteit van *corporate compliance*-programma's, welke overwegingen vervolgens kunnen worden meegewogen in de beslissing om al dan niet een monitor aan te stellen.

28 Benczkowski memorandum 2018, p. 2.

29 Morford memorandum 2008, p. 2.

van de mogelijke voordelen van een monitor, dienen ten minste de volgende vragen te worden meegewogen:³⁰

- a. of het onderliggende gedrag betrekking had op de manipulatie van de bedrijfsboekhouding, het misbruiken van gebrekkige complianceprogramma's of interne controlesystemen;
- b. of het gedrag in kwestie alomtegenwoordig was binnen de organisatie, werd toegestaan of werd vergemakkelijkt door het hoger management;
- c. of de rechtspersoon inmiddels aanzienlijke investeringen heeft gedaan en verbeteringen heeft doorgevoerd in zijn complianceprogramma's en interne controlesystemen; en
- d. of de getroffen investeringen en verbeteringen in de complianceprogramma's en de interne controlesystemen zijn getest om aan te tonen dat vergelijkbare misstanden in de toekomst zouden worden gesignaleerd.

In de gevallen waarin de *compliance* en *controls* binnen een rechtspersoon op het moment van de buitengerechtelijke afdoening aangetoond effectief zijn en voor de werking hiervan voldoende middelen beschikbaar zijn, is een monitor naar alle waarschijnlijkheid niet noodzakelijk.³¹ Deze situatie is uiteraard denkbaar. Handhaving vindt doorgaans *ex post* plaats, niet zelden nadat een rechtspersoon zelf melding heeft gemaakt van gesignaleerde misstanden. Hierdoor is goed mogelijk dat een rechtspersoon op het moment van afdoening reeds op eigen initiatief mitigerende maatregelen heeft getroffen. In die gevallen zou het desondanks aanstellen van een monitor waarschijnlijk weinig additioneel nut hebben en bovendien disproportionele kosten met zich brengen. In dergelijke gevallen dient de mogelijkheid van het aanstellen van een monitor te worden uitgesloten. In dit kader is relevant om op te merken dat de DOJ in 2020 een separate leidraad heeft gewijd aan de beoordeling van *corporate compliance*-programma's. Als een (inmiddels verbeterd) complianceprogramma niet aan de eisen van deze leidraad voldoet, ligt het aanstellen van een monitor vermoedelijk meer voor de hand.³²

Assistant Attorney General Benczkowski heeft aangegeven dat het naar hem vernoemde memorandum bedoeld was om aan zowel rechtspersonen als autoriteiten duidelijkheid te verschaffen over de gevallen waarin de aanstelling van een monitor is aanbevolen en wat de reikwijdte van het monitorschap dient te zijn.³³ Zo kan de schikkingsvoorwaarde van de monitor alleen in noodzakelijke gevallen worden opgelegd en weten partijen waar zij aan toe zijn. Het lijkt niet alleen wenselijk, maar zelfs noodzakelijk, dat de Nederlandse wetgever ervoor zorgt dat in Nederland ook een duidelijk kader

voor het monitorschap bestaat. Dit kader wordt in ieder geval (nog) niet geboden door het conceptwetsvoorstel en de concept-MvT. Het komt dan ook raadzaam voor om ten minste te expliciteren dat de aanstelling van een monitor enkel kan worden overwogen indien de noodzaak en het voordeel van een monitor zijn aangetoond in verhouding tot de verwachte kosten en lasten. In deze beoordeling kunnen vergelijkbare factoren worden betrokken als de factoren die door de DOJ worden gehanteerd. Hierdoor kan worden voorkomen dat een monitor wordt ingezet in gevallen waarin het complianceprogramma van een rechtspersoon (inmiddels) op orde is, waardoor de kostbare maatregel geen tot weinig effect zou sorteren. Voorts wordt op deze wijze voorkomen dat de monitor oneigenlijk wordt ingezet als punitief instrument. Ook vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is een nader normenkader derhalve gewenst.

Het Benczkowski memorandum en de daaropvolgende leidraad over de effectiviteit van *corporate compliance*-programma's lijken overigens in zekere zin effect te hebben gehad. In 2020 heeft de DOJ geen monitors als schikkingsvoorwaarde opgelegd. De schikking die Goldman Sachs en de DOJ in oktober 2020 bereikten voor ruim \$ 2 miljard wegens een grootschalige fraudezaak rond het Maleisische staatsfonds 1MDB bevatte bijvoorbeeld geen voorwaarden omtrent een monitor. Op basis van de door Goldman Sachs reeds getroffen herstelmaatregelen, de staat van compliance en de toezegging om te rapporteren, werd vastgesteld dat een monitor niet nodig was.³⁴

Anderzijds merkte Deputy Attorney General Monaco in een recente toespraak expliciet op dat voor zover de indruk zou zijn ontstaan dat de toepassing van een monitor een uitzonderingssituatie vormt, deze indruk onjuist is.³⁵ Deputy Attorney General Monaco benadrukte dat het de DOJ te allen tijde vrijstaat om een monitor aan te stellen in gevallen waarin de DOJ dit passend acht om zich ervan te kunnen vergewissen dat een rechtspersoon de bij schikking overeengekomen voorwaarden nakomt.³⁶ De opstelling van Deputy Attorney General Monaco duidt erop dat de DOJ zich gedurende 2020 mogelijk niet zozeer terughoudend heeft opgesteld in de aanstelling van monitors, maar het gebrek daaraan wellicht door andere factoren kan worden verklaard.

3.1 Publieke toezichthouders als monitor

De concept-MvT noemt dat externe, onafhankelijke toezichthouders kunnen worden betrokken bij het toezicht op de nakoming van het herstel- en verbetertraject, zoals een omgevingsdienst, De Nederlandsche Bank of de Autoriteit Persoonsgegevens. Ook in dit kader speelt het beperkt aantal woorden mee dat in de concept-MvT aan de toelichting op artikel 554 lid 1 sub h is besteed. Uit de

30 Benczkowski memorandum 2018, p. 2.

31 Benczkowski memorandum 2018, p. 2.

32 U.S. Department of Justice Criminal Division Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated June 2020).

33 Barkow & Ross 2020, p. 7; A. Dobrik, 'Criminal Division Chief Plays Down Talk of Monitorship Demise', *Global Investigations Review*, globalinvestigationsreview.com, 8 maart 2019.

34 US District Court Eastern District of New York 22 oktober 2020 Nr. 20-437 (MKB) (*DPA United States / The Goldman Sachs Group, Inc.*), p. 5.

35 Deputy Attorney General L.O. Monaco Gives Keynote Address at AB's 36th National Institute on White Collar Crime, 28 oktober 2021.

36 Deputy Attorney General L.O. Monaco 2021.

concept-MvT kan niet met zekerheid worden afgeleid of bedoeld is dat uitsluitend dit type toezichthouders als monitor kan worden aangesteld of dat ook private partijen als monitor kunnen worden aangesteld. In de concept-MvT wordt immers ook verwezen naar compliance-managers. Daarnaast is onduidelijk of beoogd is dat genoemde toezichthouders worden aangesteld als monitor in relatie tot hun taken als toezichthouder, of dat hun toezichthoudende taken niet bepalend zijn voor de aanstelling als monitor en de invulling en reikwijdte van het monitorschap. In ieder geval wordt genoemd dat de rechtspersoon de kosten van de monitor voor zijn rekening neemt, waarbij in het midden blijft of dit ook het geval is als de monitor een publieke toezichthouder zou zijn.

Het aanstellen van een publieke toezichthouder als monitor komt ons voor als een onwenselijke constructie. In ieder geval ligt een zeker ongemak besloten in het gegeven dat een publieke toezichthouder als monitor wordt betaald voor het houden van toezicht dat in beginsel toch al zou moeten worden gehouden. In de consultatie van het conceptwetsvoorstel en de concept-MvT is daarnaast gesignaleerd dat het houden van toezicht op de onderneming vanuit de publieke, toezichthoudende verantwoordelijkheid in combinatie met een rol als monitor kan leiden tot belangenconflicten en oneigenlijk gebruik van bevoegdheden.³⁷ In het geval van onder toezicht staande rechtspersonen is immers denkbaar dat de publieke toezichthouder over meer informatie beschikt dan het geval zou zijn als deze niet de rol van monitor zou vervullen. Deze informatie kan vervolgens worden gebruikt in het kader van de toezichthoudende taken. Bovendien is niet helder of de wetgever beoogt dat publieke toezichthouders eveneens als monitor worden aangesteld bij rechtspersonen die niet reeds onder hun toezicht staan of dat in dat geval uitsluitend private partijen (compliance-managers) als monitor worden overwogen. Tot slot merken wij op dat het vermengen van taken van een publieke toezichthouder met die van een monitor afwijkt van de Amerikaanse praktijk, waarin doorgaans personen uit de private sector worden aangesteld als monitor.³⁸

3.2 De selectie van een monitor

In zowel het conceptwetsvoorstel als de concept-MvT wordt nog niet ingegaan op de vraag hoe de monitor zal worden geselecteerd. Indien de zogenaamde monitor een toezichthouder betreft, speelt deze vraag mogelijk minder: de monitoring zal dan vermoedelijk plaatsvinden door de toezichthouder binnen wiens competentiegebied het strafbare feit is vastgesteld. Zoals hiervoor besproken, laat de concept-MvT echter ook ruimte om het toezicht te laten plaatsvinden door 'een compliance manager die wordt aangesteld en betaald door de rechtspersoon (...)'.³⁹ Het is – gelet op het algemene streven

aan te sluiten bij internationale ontwikkelingen op het punt van compliance⁴⁰ – opvallend dat de concept-MvT niet ingaat op de vraag hoe monitors dienen te worden geselecteerd en zelfs onduidelijkheid op dit punt creëert. Waar eerst wordt verwezen naar een 'door het openbaar ministerie benoemde onafhankelijke toezichthouder', wordt later verwezen naar 'een compliance manager die wordt aangesteld (...) door de rechtspersoon'.⁴¹

In de Verenigde Staten zijn voor de selectie van een monitor zeer uitgebreide richtlijnen opgesteld, mede naar aanleiding van veel geuite kritiek dat de functie van monitor – die zeer lucratief kan zijn – voornamelijk werd bekleed door voormalige officieren van justitie. Hierbij bestond de zorg dat voormalige officieren van justitie mogelijk nog vanuit hun voormalige functie beschikten over kennis over de zaak of de onderneming die zij anders niet zouden hebben gehad.⁴² Mede naar aanleiding van deze kritiek heeft de DOJ beleid opgesteld (en geüpdatet) voor het selecteren van monitors. Hoewel de selectie van monitors nog steeds een gevoelig aandachtspunt vormt – zo benadrukte Deputy Attorney General Monaco op 28 oktober 2021 dat bij de selectie van monitors zelfs de '*perception of favoritism*' afwezig zou moeten zijn⁴³ – zou dit beleid alsnog mogelijk een vertrekpunt voor het Nederlandse selectiebeleid kunnen vormen.

In het Benczkowski memorandum wordt het selectiebeleid van de DOJ uiteengezet. De doelen van het selectiebeleid zijn om het vertrouwen van de maatschappij in het selectieproces te waarborgen en om ervoor te zorgen dat de (rechts)persoon die als monitor wordt geselecteerd hooggekwalificeerd is. Daarnaast dient de selectie niet tot (de schijn van een) belangenconflict of mogelijk belangenconflict te leiden. Tot slot dient de (rechts)persoon in algemene zin geschikt voor de functie van monitor te zijn.⁴⁴ Dit laatste, zeer algemene criterium wordt niet nader toegelicht.

De rechtspersoon die een schikking met de DOJ heeft gesloten, moet binnen twintig werkdagen drie mogelijke kandidaten aan de DOJ voorstellen. Hierbij dient de rechtspersoon onder meer te garanderen dat de kandidaten geen werknemers van de rechtspersoon zijn of anderszins bij de rechtspersoon zijn betrokken. Voorts moet er een garantie zijn dat de kandidaten binnen twee jaar na de einddatum van het monitorschap ook niet bij de rechtspersoon in dienst zullen treden.⁴⁵ De kandidaten worden vervolgens door de DOJ geïnterviewd, waar-

37 Zie de eerdergenoemde reactie van DeComplianceMonitor, 19 april 2021.

38 J.A. Taylor, 'An In-House Perspective', in: Barkow, Barofsky & Perrelli (red.) 2020, p. 89.

39 Concept-MvT, p. 28.

40 Concept-MvT, p. 28.

41 Concept-MvT, p. 28.

42 B.L. Garrett, 'Declining corporate prosecutions', *American Criminal Law Review*, Vol. 57/109, p. 127-128; M. Diamantis, 'Guide to Monitorships: An Academic Perspective', in: Barkow, Barofsky & Perrelli (red.) 2020, p. 83.

43 Deputy Attorney General L.O. Monaco 2021.

44 Benczkowski memorandum 2018, p. 4.

45 Benczkowski memorandum 2018, p. 5.

bij aandacht wordt besteed aan verschillende factoren, te weten:

- a. de (educatieve) loopbaan;
- b. de ervaring met en kennis van relevant(e) gebied(en);
- c. de objectiviteit en onafhankelijkheid;
- d. de hem of haar ter beschikking staande middelen om de rol van monitor effectief te kunnen uitvoeren; en
- e. andere relevante kwalificaties en competenties van de kandidaten.⁴⁶

Een geselecteerde kandidaat dient vervolgens door diverse organen van de DOJ te worden goedgekeurd. Eerst door de zogenoemde Standing Committee, vervolgens door de Assistant Attorney General en tot slot door de Office of the Deputy Attorney General.⁴⁷

Welke lessen kan Nederland hieruit trekken? Allereerst lijkt het verstandig om een selectiebeleid vast te stellen en dit in een schriftelijk, publiekelijk toegankelijk document vast te leggen. Een dergelijke stap sluit aan bij de ambitie van het Openbaar Ministerie – sterk gevoed vanuit de politiek en geluiden uit de maatschappij –⁴⁸ om meer transparant te zijn over de transacties die het sluit. Ten tweede lijkt het wenselijk om de rechtspersoon een rol te geven in het selectieproces. Hoewel de monitor geen werknemer van de rechtspersoon wordt, zal de monitor wel nauw betrokken moeten worden bij het reilen en zeilen van de rechtspersoon om nuttige aanbevelingen/adviezen op het punt van compliance te kunnen geven. Vermoedelijk zal een monitor hier sneller in slagen als de rechtspersoon in kwestie vertrouwen heeft in de persoon van de monitor en diens kennis en kunde. De derde les die uit de ervaringen in de Verenigde Staten kan worden getrokken, ziet eveneens op het vertrouwen van de desbetreffende rechtspersoon in de monitor. Rechtspersonen die net uit een lang en vaak niet altijd gemakkelijk schikkingsproces met het Openbaar Ministerie komen, zullen niet altijd direct vertrouwen hebben in een voormalig officier van justitie. Hoewel voormalige officieren van justitie zeker niet behoeven te worden uitgesloten als monitor, lijkt het verstandig om open te staan voor personen uit diverse sectoren. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan complianceprofessionals, consultants, accountants, interne auditors en advocaten.

3.3 Rapporteren door de monitor

In de concept-MvT wordt kort stilgestaan bij de rapportage(s) die de monitor (tussentijds) zal opleveren. Voor zover de rol van de monitor wordt vervuld door een toezichthouder, stelt de concept-MvT dat de toezichthouder dwingende maatregelen kan opleggen en zal rappor-

teren aan zowel het Openbaar Ministerie als aan de rechtspersoon. Ten aanzien van de zogenoemde compliancemanager wordt slechts opgemerkt dat deze zal rapporteren aan ofwel het Openbaar Ministerie ofwel de toezichthouder. De keuze voor een van deze twee instanties dient per geval te worden beoordeeld.⁴⁹ Er lijken dus, afhankelijk van de vraag door wie de rol van monitor wordt vervuld, verschillen te bestaan in de al dan niet bindendheid van de adviezen van de monitor, en de ontvangers van rapportages van de monitor. Of dit daadwerkelijk bedoeld is, is op basis van de concept-MvT onduidelijk.

Deze onduidelijkheid ontstaat allereerst doordat de concept-MvT in het midden laat of de dwingende maatregelen in de rol van toezichthouder worden getroffen of (mede) in de rol van complianceofficer/-monitor, waardoor de maatregelen zouden kunnen zien op onderwerpen die buiten de normale bevoegdheid van de toezichthouder vallen. Deze onduidelijkheid zou moeten worden opgehelderd in de definitieve MvT. In dit kader bepleiten wij dat de toezichthouder geen bindende maatregelen zou moeten kunnen treffen als monitor, temeer omdat de compliancemanager niet bevoegd lijkt te zijn tot het treffen van dwingende maatregelen. De bevoegdheden van een monitor zouden in alle gevallen gelijk moeten zijn. Het lijkt daarom raadzaam om de monitor ofwel de bevoegdheid te geven om dwingende maatregelen voor te schrijven ofwel de bevoegdheid om bepaalde aanbevelingen te doen.

De onduidelijkheid bestaat ten tweede omdat er onderscheid lijkt te worden gemaakt als het gaat om de vraag aan wie wordt gerapporteerd. Waar een toezichthouder rapporteert aan het Openbaar Ministerie en de rechtspersoon, dient een compliancemanager uitsluitend aan het Openbaar Ministerie of de bevoegde toezichthouder te rapporteren. Onduidelijk is waarom een compliancemanager niet aan de rechtspersoon zou moeten rapporteren. Opnieuw lijkt het ons onwenselijk om onderscheid te maken.

Voor het ophelderen van beide hiervoor genoemde punten kan wederom ter inspiratie uit de Amerikaanse regeling worden geput. De rapportageplichten van de monitor zijn in de Verenigde Staten neergelegd in het eerdergenoemde Morford memorandum. In het Morford memorandum wordt beschreven dat het in het belang van alle partijen is dat er communicatie bestaat en blijft tussen de overheid, de rechtspersoon en de monitor in kwestie. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de zaak kan het vervolgens passend zijn dat de monitor aan zowel de overheid (de DOJ) als de rechtspersoon rapporteert. Deze rapporten kunnen zien op:

- a. de activiteiten van de monitor;
- b. de naleving van de overeenkomst door de rechtspersoon; en

⁴⁶ Benczkowski memorandum 2018, p. 5. De DOJ kan tot de conclusie komen dat geen van de voorgestelde kandidaten geschikt is. In dat geval wordt de rechtspersoon in kwestie verzocht om drie nieuwe kandidaten voor te stellen.

⁴⁷ Benczkowski memorandum 2018, par. 4-6.

⁴⁸ Openbaar Ministerie, 'Ontwikkeling in praktijk hoge transactie', om.nl, 28 februari 2018.

⁴⁹ Concept-MvT, p. 28.

- c. de mogelijke veranderingen die nodig zijn om de naleving van de overeenkomst door de rechtspersoon te waarborgen.⁵⁰

In de Verenigde Staten worden rapporten – indien deze worden opgesteld – dus zowel met de DOJ als de rechtspersoon in kwestie gedeeld. Dit lijkt ons juist. Een rechtspersoon – die de monitor betaalt en op wie rapportages van de monitor grote invloed kunnen hebben – zou het recht moeten hebben om kennis te nemen van rapportages van de monitor.

In de rapporten kan de monitor aanbevelingen aan de rechtspersoon doen. Als een rechtspersoon besluit om een aanbeveling van de monitor niet op te volgen, dient dit gemotiveerd door de rechtspersoon of de monitor, dan wel door beiden, aan de overheid te worden gerapporteerd. Het is vervolgens aan de autoriteiten om te beoordelen of een rechtspersoon aan de voorwaarden van de schikking heeft voldaan.⁵¹ Uit de toelichting op deze regel volgt waarom de monitor geen dwingende aanbevelingen kan doen: de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de ethische en juridische activiteiten van de rechtspersoon ligt bij de rechtspersoon. Het is dan ook aan de rechtspersoon om te besluiten wat hij met een aanbeveling van de monitor doet. Het is vervolgens aan de overheid om te beoordelen of de rechtspersoon aan de voorwaarden heeft voldaan.⁵²

Wij kunnen de toelichting bij het niet-bindende karakter van aanbevelingen van de monitor goed volgen. De rechtspersoon – of preciezer: het bestuur van de rechtspersoon – dient nog steeds te kunnen beslissen over hoe hij zijn processen inricht en vervolgens uitvoert. Het monitorschap is immers geen verkapte vorm van onderbewindstelling van de rechtspersoon.⁵³ Om die reden is het volgens ons wenselijk dat de aanbevelingen van de monitor niet-bindend zijn. De omstandigheid dat het uiteindelijk de rechtspersoon dient te zijn die beslist hoe hij zijn compliancebeleid vormgeeft en dit beleid vervolgens uitvoert, maakt dat wij menen dat rapporten van de monitor ook altijd met de rechtspersoon zelf dienen te worden gedeeld.

3.4 Openbaarheid van de monitorstukken

Een ander aspect waar de Nederlandse wetgever over dient na te denken betreft de vraag of stukken die door de monitor met het Openbaar Ministerie dan wel toezichthouders zijn gedeeld openbaar kunnen worden gemaakt, met name doordat hiertoe een verzoek onder de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) zou kunnen worden gedaan. Hierbij kan niet alleen worden gedacht aan de rapportages van de monitor, maar ook aan producties bij dergelijke rapportages die door de rechtspersoon zijn opgesteld, het werkplan van de monitor et cetera. Het openbaar worden van dergelijke stukken lijkt onwense-

lijk: voor het succesvol zijn van het monitorschap is het immers van groot belang dat de monitor zoveel mogelijk vrij informatie kan uitwisselen met de rechtspersoon. Ondernemingen zullen hiertoe minder snel bereid zijn of minder open zijn in het geval het risico bestaat dat derden kennis kunnen nemen van dergelijke stukken.

In dit kader is het van belang dat het Wob-regime een basis lijkt te bieden voor het verzoeken tot openbaarmaking van monitorstukken die met het Openbaar Ministerie of een toezichthouder zijn gedeeld. Hoewel artikel 10 lid 1 onder c Wob een absolute uitzonderingsgrond biedt voor bedrijfs- en fabricagegegevens, dient deze bepaling restrictief te worden uitgelegd. In de rechtspraak lijkt deze bepaling alleen toepassing te vinden voor zover er sprake is van informatie die ziet op 'de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers'. Onder bepaalde omstandigheden zal voorts (actuele) financiële informatie over de rechtspersoon voor deze uitzonderingsgrond in aanmerking komen.⁵⁴ Deze uitzonderingsgrond is echter niet afdoende: met de monitor zal ook informatie worden gedeeld die niet in deze categorieën valt, maar desondanks door partijen waarschijnlijk als vertrouwelijk zal worden bestempeld.

De Wob bevat echter ook twee relevante relatieve uitzonderingsgronden. Informatie hoeft niet openbaar te worden gemaakt indien het belang van openbaarmaking niet opweegt tegen het belang dat gemoeid is met de opsporing en vervolging van strafbare feiten dan wel het belang van inspectie, controle en toezicht door of vanwege bestuursorganen.⁵⁵ Afhankelijk van de vraag met welke autoriteit de desbetreffende stukken zijn gedeeld, zouden deze uitzonderingsgronden kunnen worden ingeroepen. Als rechtspersonen minder open zijn richting de monitor dan kan dit immers het toezicht dan wel de opsporing van strafbare feiten daadwerkelijk belemmeren. Het lijkt ons, nu deze uitzonderingsgronden slechts relatief zijn en gelet op de rechtszekerheid, wenselijk als de Nederlandse wetgever in de MvT expliciet deze toepassing van de Wob onderschrijft.

In de Verenigde Staten is het inmiddels gebruikelijk – zoals bevestigd door de *Monitor Standards* van de *American Bar Association* – dat partijen in de schikkingsovereenkomst in ieder geval afspreken dat rapporten van de monitor vertrouwelijk zullen worden behandeld.⁵⁶ Deze afspraak is een gevolg van uitgebreide procedures die in de Verenigde Staten zijn gevoerd onder de *Freedom of Information Act* (FOIA), het Amerikaanse equivalent van de Wob.

50 Morford memorandum 2008, p. 6.

51 Morford memorandum 2008, p. 6.

52 Morford memorandum 2008, p. 6.

53 Vgl. artikel 8 Wet op de economische delicten.

54 C.N. van der Sluis, 'Wet openbaarheid van bestuur – V. Uitzonderingsgronden en beperkingen', *Sdu Commentaar Wet Openbaarheid van Bestuur* 2 oktober 2020.

55 Artikel 10 lid 2 onder c en d Wob.

56 R. Lissack e.a., 'Monitorships', in: J. Seddon e.a. (red.), *The Practitioner's Guide to Global Investigations Third Edition*, (Global Investigations Review), London: Law Business Research Ltd 2019.

Onder de FOIA zijn namelijk monitorstukken opgevraagd die door de monitor van Siemens met de DOJ waren gedeeld. In een uitgebreid vonnis overwoog de *district court* van Columbia dat bepaalde informatie niet openbaar hoefde te worden gemaakt, omdat sprake was van:

- a. vertrouwelijke commerciële informatie;
- b. informatie die onder het *deliberative process privilege* werd uitgewisseld tussen of met autoriteiten om tot een besluit te komen (zoals conceptwerkplannen); of
- c. persoonsgegevens.

Niet alle monitorstukken werden echter beschermd. Zo kon het finale werkplan in beginsel wel openbaar worden gemaakt, aangezien dit geen informatie betrof om tot een besluit te komen, maar het uiteindelijke besluit weergaf.⁵⁷ De relatieve uitzonderingsgronden van artikel 10 lid 2 onder c en d Wob lijken ruimer te zijn dan de uitzonderingsgronden in de Verenigde Staten, waardoor ook finale rapporten mogelijk onder de uitzonderingsgronden zouden vallen. Desondanks lijkt het raadzaam om hierover in de MvT duidelijkheid te verschaffen.

Voorts zouden rechtspersonen en monitors kunnen kiezen voor vormen van informatieverstrekking die het risico op openbaarmaking beperken. Naast het afspreken van vertrouwelijkheid in de schikkingsovereenkomst, kan hierbij worden gedacht aan het niet delen van fysieke documenten of kopieën daarvan met de monitor, maar dergelijke documenten slechts ter inzage aan de monitor beschikbaar te maken. Voorts zou de monitor überhaupt terughoudend dienen te zijn met het aanhechten van documenten (of delen daarvan) aan zijn rapportages en dit vooraf dienen te overleggen met de rechtspersoon in kwestie.⁵⁸

3.5 De kosten van het monitorschap

Een laatste punt dat in de concept-MvT slechts terloops aan bod komt, betreft de kosten van het monitorschap. Hierover wordt in het kader van compliancemanagers slechts genoemd dat zij door de rechtspersoon worden betaald.⁵⁹ Hoewel dit in lijn is met de praktijk in de Verenigde Staten, achten wij het raadzaam om in acht te nemen welke kritiek er in de Verenigde Staten is geuit op de kosten van het monitorschap om dergelijke problemen in Nederland zoveel mogelijk te voorkomen.

De kosten van het monitorschap zijn misschien wel het meest bekritiseerde onderdeel van de Amerikaanse monitorregeling. Dit komt omdat de kosten voor een rechtspersoon vaak significant waren en geregeld in de miljoenen liepen (en lopen), zo volgt ook uit een rapport uit 2009 van de U.S. Government Accountability Office:

*‘Eight companies we surveyed provided information on the reported overall costs of their monitorships. These reported costs were: \$38.7 million; \$12 million; \$9.2 million; \$5.7 million; \$3.9 million; \$3 million; \$2.7 million; and \$200,000.’*⁶⁰

In het verleden heeft een voormalig ambtenaar van de DOJ bovendien toegegeven dat de kosten van uit de hand gelopen monitorschappen soms meer dan \$ 50 miljoen konden bedragen.⁶¹

De DOJ heeft getracht om deze kosten middels richtlijnen aan banden te leggen. Zo stelde Gary G. Grindler in zijn memorandum van 25 mei 2010 (het Grindler memorandum) dat als een rechtspersoon een aanbeveling van een monitor onnodig duur achtte, het niet nodig was om deze aanbeveling over te nemen. In plaats daarvan kon de rechtspersoon een alternatieve oplossing voorstellen.⁶² In het latere Benczkowski memorandum wordt – zoals eerder besproken – benadrukt dat bij het besluit al dan niet een monitor te benoemen een kosten-batenafweging dient plaats te vinden, waarbij expliciet de geraamde kosten voor de organisatie worden genoemd.⁶³ Desondanks blijven de kosten als een monitor eenmaal is benoemd vaak hoog. In de literatuur zijn daarom verschillende voorstellen gedaan om de kosten van het monitorschap verder te beperken:

- a. Het opnemen van een bepaling in de schikkingsovereenkomst die toestaat dat het monitorschap vroegtijdig wordt beëindigd als de doelen van het monitorschap zijn vervuld.⁶⁴
- b. Het vaststellen van een (geschat) budget aan het begin van een monitorschap, inclusief een tijdslijn. Een budget kan richting geven aan de werkzaamheden van de monitor en kan er, in combinatie met een tijdslijn, voor zorgen dat de verschillende taken zo efficiënt mogelijk worden uitgevoerd en geeft de rechtspersoon handvatten voor interne deadlines om bepaalde informatie aan te leveren, maatregelen door te voeren et cetera.⁶⁵ Dergelijke punten kunnen worden vastgelegd in een werkplan, dat de monitor het beste in samenwerking met de rechtspersoon kan opstellen.⁶⁶ De *American Bar Association* raadt in haar *Monitor Standards* ook aan om een dergelijk werkplan op te stellen, aangezien de schikkingsovereenkomst vaak weinig houvast aan zowel de monitor als de rechtspersoon in kwestie biedt over de vraag hoe de doelen van de schikkingsovereen-

57 US District court of Columbia 13 juni 2018, 14-1264 (RC) (100 Reporters LLC / DoJ en Siemens Aktiengesellschaft, Theo Waigel).

58 F. Levy & M. Wagner, 'Monitoring The Monitor: Recent Ruling Sheds Light on Applicability of FOIA to Monitorship Documents', *Inside Government Contracts*, insidegovernmentcontracts.com, 5 september 2018.

59 Concept-MvT, p. 28.

60 GAO, 'Prosecutors Adhered to Guidance in Selecting Monitors for Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements, but DOJ Could Better Communicate Its Role in Resolving Conflicts', gao.gov, 19 november 2009, voetnoot 3.

61 A. Burke, 'Reducing the cost of FCPA monitoring', lexology.com 11 juni 2014.

62 G.G. Grindler, Memorandum Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations, 25 mei 2010, p. 2-3.

63 Benczkowski memorandum 2018.

64 L.G. Dunst, 'Avoiding and navigating compliance monitorships', *Anti-Corruption Committee News* 2013, Vol. 5/2, p. 52.

65 Dunst *Anti-Corruption Committee News* 2013, vol 5/2, p. 52.

66 Y. Kuchma, 'US: What To Expect When You're Expecting A Compliance Monitor', *Global Compliance News*, globalcompliance.com 2 May 2019.

komst dienen te worden bereikt. Een werkplan kan dergelijke houvast bieden, zonder partijen volledig te binden, aangezien het geen overeenkomst, maar een ‘*agreed upon guide*’ betreft.⁶⁷

- c. Het proactief (voor de start van het monitorschap) verbeteren van het eigen complianceraamwerk. Op deze wijze zal de monitor vermoedelijk minder onderzoek hoeven verrichten en minder aanbevelingen hoeven te doen. Dit kan worden gedaan door een speciaal opgezet, vast team dat ook het contact met de monitor kan onderhouden en ervoor zorg kan dragen dat opvolging wordt gegeven aan diens verzoeken.⁶⁸
- d. Het selecteren van kandidaat-monitors die ervaring hebben met het ontwikkelen en evalueren van complianceprogramma’s, terwijl zij ook ervaring hebben in het relevante rechtsgebied en veld waarin de desbetreffende rechtspersoon actief is.⁶⁹
- e. Het opzetten van een vast team dat opvolging geeft aan verzoeken van de monitor.

Dergelijke oplossingen lijken minder geschikt om in wetgeving of een MvT vast te leggen. Denkbaar is echter dat het Openbaar Ministerie beleid publiceert dat mede op de kostenaspecten van het monitorschap ziet. Indien rechtspersonen meer zekerheid wordt geboden, zullen zij mogelijk sneller akkoord gaan met de voorwaarde van het aanstellen van een monitor.

cept-MvT de mogelijkheid van de monitor introduceert, maar onvoldoende toelicht, kan eveneens niet worden vastgesteld of de wetgever zich wel rekenschap heeft gegeven van de ervaringen met de monitor in de Verenigde Staten. Meer in het algemeen rijst bij ons de vraag in welke behoefte de wetgever precies heeft geambieerd te voorzien, of, met andere woorden, welke ervaringen hebben geleid tot de conclusie dat de introductie van de mogelijkheid van het opleggen van een monitor nodig is.

De Amerikaanse ervaring leert in ieder geval dat het verstandig is om regelgeving dan wel richtlijnen over de in dit artikel besproken punten vast te leggen, te weten ten aanzien van: de gevallen waarin het gepast is een monitor aan te stellen, de selectiecriteria voor een monitor, de rapportageplichten, de openbaarheid van monitorstukken en de kosten van het monitorschap. Het nader toelichten van hetgeen de wetgever beoogt zal partijen tijdens schikkingsonderhandelingen en daarna houvast bieden bij (de uitvoering van) het monitorschap. Wij hebben getracht in dit artikel een voorzet te doen voor de punten waarop dergelijke richtlijnen in ieder geval horen te zien en hopen dat anderen eveneens bijdrage zullen leveren aan dit debat. Mocht de wetgever desondanks niet bereid zijn tot een nadere uitwerking van/toelichting op de wetgeving op dit punt, dan koesteren wij de hoop dat het Openbaar Ministerie indachtig de ervaringen uit de Verenigde Staten nadere richtlijnen zal introduceren.

4. Conclusie

De Nederlandse wetgever is voornemens om in de wet vast te leggen dat indien wordt geschikt met een rechtspersoon, voorwaarden kunnen worden opgenomen die zien op de naleving van aanwijzingen in het kader van gedragstoezicht. In de concept-MvT wordt genoemd dat dergelijke aanwijzingen bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op het tot stand brengen van een complianceprogramma, waarbij een externe, onafhankelijke toezichthouder als monitor door het Openbaar Ministerie kan worden benoemd. Aangezien de wetgever in dit kader het streven beschrijft om aan te sluiten bij internationale ontwikkelingen, hebben wij onderzocht in hoeverre het Nederlandse wetsvoorstel rekening houdt met ervaringen uit de Verenigde Staten, waar al gedurende langere tijd ervaringen met de monitor zijn opgedaan. Uit deze beschouwing blijkt dat de concept-MvT veel cruciale punten niet of slechts zeer summier bespreekt. Het niet nader duiden en kaderen van de monitor sluit – als wij naar de richtlijnen in de Verenigde Staten kijken – anno 2021 juist niet meer aan bij internationale ontwikkelingen op dit punt. Doordat de con-

67 A. Walsh, ‘Is the Opaque World of Corporate Monitorships Becoming More Transparent?’, *American Bar Association*, americanbar.org 15 december 2015.

68 E. Wernick e.a., ‘DoJ publishes list of compliance monitors, improving transparency and accountability’, *Global Investigations Review*, globalinvestigationsreview.com 16 april 2020.

69 Wernick e.a., *Global Investigations Review* 2020.