



DE BESTRIJDING VAN GRENSOVERSCHRIJDENDE AMBTELIJKE CORRUPTIE IN NEDERLAND

“Wat zou Nederland moeten doen om gelijke tred te houden met de internationale ontwikkelingen op het gebied van corruptiebestrijding; geeft het Wetsvoorstel ‘Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit’ daar een bevredigend antwoord op?”

*Master
Ondernemingsrecht
Myrte Wings
S356313
Begeleider:
Prof. Dr. C. F. van der
Elst
Tweede examiner:
Mw. Mr. M.
Zeldenrust
Afstudeerdatum:
27 februari 2014*

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie ter afronding van de studie Ondernemingsrecht aan Tilburg University. Het onderwerp van deze scriptie heb ik in het bijzonder te danken aan mijn stageplek bij een Nederlands elektronicaconcern. Mijn interesse in de uitwerking van corruptiebestrijding in de praktijk en de bijbehorende problemen voor ondernemingen werd hier gewekt.

Ik kijk met veel genoegdoening terug naar de afgelopen studiejaren. Naast de enorme hoeveelheid aan juridische kennis die ik heb opgedaan, heb ik de kans gekregen om mijzelf te ontplooiën via een halfjaarlijkse studie in Zuid Afrika en meerdere stages.

Graag wil ik van deze mogelijkheid gebruik maken om mijn familie te bedanken voor zowel de financiële als morele steun die zij mij de afgelopen jaren gegeven hebben. Tevens wil ik mijn vrienden en in het bijzonder damesdispuut Callete bedanken voor een geweldige studententijd. Niet alleen heeft dit geleid tot het ontstaan van warme vriendschappen, maar tevens heb ik een hoop ervaring opgedaan met een bestuursjaar.

Ter afsluiting wil ik graag mijn begeleider Dhr. Van der Elst bedanken voor de begeleiding en gegeven inzichten bij deze masterscriptie.

Myrte Wings

Februari 2014

Lijst van afkortingen

ADR	American Depositary Receipt
art.	artikel
CCR	Coördinatiecommissie Rijksrecherche
DOJ	United States Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
GAO	Government Accountability Office
GRECO	Group of States against corruption
HR	Hoge Raad
jo.	juncto
MvT	Memorie van Toelichting
NPA	non-prosecution agreement
nr.	nummer
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OM	Openbaar Ministerie
RCO	relevant commercial organisation
RvdR	Raad voor de rechtspraak
SEC	Securities and Exchange Commission
SFO	Serious Fraud Office
Sr	Wetboek van Strafrecht
Whc	Wet herziening corruptiewetgeving
Wwft	Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
Lijst van afkortingen	2
Hoofdstuk I Inleiding	5
I.1 Aanleiding.....	5
I.2 Juridische kwestie.....	7
I.3 Plan van behandeling.....	8
Hoofdstuk II Corruptiebestrijding in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk: een rechtsvergelijking en de gevolgen voor Nederlandse ondernemingen	9
II.1 Inleiding.....	9
II.2 Regelgeving in de Verenigde Staten: ‘The Foreign Corrupt Practices Act’	10
II.2.1 Anti -omkoopbepalingen in de FCPA	11
II.2.2 Boekhoudbepalingen in de FCPA	16
II.2.3 Sancties.....	16
II.2.4 Toezicht en handhaving.....	18
II.2.5 Deferred Prosecution Agreements	19
II.2.6 Uitzonderingen en verweren	24
II.3 Regelgeving in het Verenigd Koninkrijk: ‘The U.K. Bribery Act’	25
II.3.1 Anti-omkoop bepalingen in de Bribery Act.....	26
II.3.2 Boekhoudbepalingen in de Bribery Act	32
II.3.3 Sancties.....	32
II.3.4 Toezicht en handhaving.....	33
II.3.5 Deferred Prosecution Agreements	33
II.3.6 Uitzonderingen en verweren	35
II.4 Samenvattende vergelijking	37
II.5 Gevolgen voor Nederlandse personen en ondernemingen	40
II.5.1 Invloed van de FCPA	41
II.5.2 Invloed van de U.K. Bribery Act	42
II.5.3 Conclusie	45
Hoofdstuk III Corruptiebestrijding in Nederland	46
III.1 Inleiding.....	46
III.2 Wettelijk kader	47
III.2.1 Vormen van omkoping	47

III.2.2	Elementen van de strafbepalingen	48
III.2.3	Opsporing en vervolging van buitenlandse corruptie	53
III.3	Internationale invloeden op het Nederlandse rechtsstelsel	54
III.4	De Wet herziening corruptiewetgeving 2001	56
III.4.1	Uitbreiding strafbare vormen van omkoping.....	57
III.4.2	Uitbreiding begrip ambtenaren en buitenlandse ambtenaren	57
III.4.3	Uitbreiding territoriale rechtsmacht.....	57
III.4.4	Kritiek	58
III.5	Het Wetsvoorstel ‘Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit’	60
III.5.1	Strafverhogingen ambtelijke corruptie.....	62
III.5.2	Het flexibele boeteplafond	65
III.5.3	Conclusie	68
III.6	Evaluatie: het Wetsvoorstel in vergelijking met de FCPA en Bribery Act	68
III.6.1	Strafbepalingen	69
III.6.2	Sancties	71
III.6.3	Opsporing en vervolging.....	72
III.6.4	Handhaving.....	77
III.6.5	Facilitation payments	78
III.6.6	Conclusie	79
Hoofdstuk IV	Conclusie.....	80
Hoofdstuk V	Literatuurlijst	81
V.1	Literatuur	81
V.2	Jurisprudentie.....	87
V.2.1	Nederlandse rechtspraak	87
V.2.2	Amerikaanse rechtspraak.....	87
V.3	Parlementaire stukken.....	88
V.4	Rapporten.....	89
V.5	Elektronische bronnen.....	90
V.6	Overig	91

Inleiding

I.1 Aanleiding

“Nederland doet te weinig aan corruptiebestrijding” is de veel geroepen kritiek in de literatuur en media de afgelopen jaren. Kortom, hoogste tijd dat Nederland daar verandering in brengt. Corruptie en omkoping waarbij buitenlandse overheidsfunctionarissen zijn betrokken is vandaag de dag een belangrijk maatschappelijk probleem. Deze financieel-economische criminaliteit verstoort de internationale concurrentieverhouding tussen ondernemingen: een lastig probleem waar Nederlandse ondernemingen, die op de internationale markt actief zijn, vaak mee geconfronteerd worden. Corruptie heeft een negatieve impact op de economische ontwikkeling van het betrokken land. Het heeft grote invloed op zowel maatschappij en overheid, alsmede op bedrijven en burgers rechtstreeks. Ondernemingen kunnen bij hun activiteiten in het buitenland tegen complexe problemen aanlopen, waardoor de verleiding kan ontstaan dergelijke problemen te vereenvoudigen door betrokken personen in enige vorm om te kopen. Daarbij gaat de aantrekkelijkheid van deze criminaliteit vaak gepaard gaat met aanzienlijke winsten in combinatie met een minieme pakkans en verhoudingsgewijs lage straffen. De bestrijding van buitenlandse corruptie is een lastig probleem, omdat het niet vaak aan het licht komt en bewijsmateriaal dikwijls moeilijk te vergaren is. Derhalve dient Nederland te beschikken over een waterdichte wetgeving en goed georganiseerde toezicht- en handhavingstechnieken.

Alvorens een kritische analyse kan worden gegeven op welke wijze corruptie dient te worden bestreden, is het noodzakelijk een helder beeld van corruptie en omkoping te krijgen. Corruptie komt in de Nederlandse wet niet voor maar kan taalkundig volgens de Dikke van Dale omschreven worden als: *‘omkoping, omkoopbaarheid’*. De Dikke van Dale omschrijft omkopen vervolgens als *‘door geld, geschenken enz. laten afwijken van een zienswijze, partij, plicht’*. Omkoping wordt wel strafbaar gesteld bij wet, maar een omschrijving of enige uitleg van het begrip ontbreekt. Op hoger niveau

wordt door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling¹ uitleg gegeven aan het begrip omkoping en sluit goed aan bij deze scriptie, te weten:

“The offering, promising or giving of something in order to influence a public official in the execution of his/her official duties.”²

Het aanbieden, beloven of geven van een financieel of ander voordeel met het oog op het beïnvloeden van een buitenlandse ambtenaar om zijn positie te misbruiken is corrupt.

In deze scriptie worden de begrippen omkoping en corruptie door elkaar gebruikt en hebben in deze context dezelfde betekenis.

Het laatste decennium is de aandacht naar corruptie enorm gegroeid en staat de bestrijding daarvan als belangrijk onderwerp op de agenda van vele landen en internationale organisaties. Een belemmering die zich internationaal voordoet is het feit dat er in verschillende culturen op verschillende wijzen tegen corruptie wordt aangekeken. Verschillende culturen hebben andere opvattingen wat onder corruptie dient te worden verstaan. Een geschenk dat in de ene cultuur is geaccepteerd als teken van dankbaarheid, kan eenzelfde geschenk in een andere cultuur worden gezien als omkoping en oneerlijke concurrentie. Corruptie komt vaak voor in landen met een zwak bestuur en nauwelijks regelgeving op dit gebied in combinatie met ontbrekend toezicht en handhaving. In dergelijke landen is het voor Nederlandse ondernemingen vaak moeilijk deze vicieuze cirkel te doorbreken. Een onderneming kan dan nieuwe klanten verliezen aan bedrijven die wel in deze corruptiecultuur meegaan.

Daarnaast dient bij de vraag of een onderneming zich daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt aan corruptie te worden beoordeeld aan de hand van een aantal factoren. Er dient in elke zaak te worden gekeken naar: wie neemt het initiatief, wat is de waarde van de gift, met welke intentie wordt de gift gedaan, welke ambtelijke handeling wordt verricht enzovoort.

Corruptie kent vele vormen en varianten. Allereerst kan er een onderscheid worden gemaakt tussen de vormen private en publieke corruptie. Deze scriptie focust zich op de publieke vorm en ziet op omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen, vaak ook ambtelijke corruptie genoemd. Fundamenteel bij ambtelijke corruptie is het misbruiken van de overheidsfunctie ten behoeve van een persoonlijk voordeel. Binnen ambtelijke corruptie kan er een onderscheid worden gemaakt in gevallen waarbij ‘slechts’ sprake is van kleine, legale en toelaatbare betalingen aan een desbetreffende ambtenaar met het doel om een handeling sneller te verrichten. Dit zijn zogenoemde

¹ Deze organisatie bestaat momenteel uit 34 landen waarbij getracht wordt om samen internationale problemen op te lossen met als doel het economische en sociale welzijn van mensen wereldwijd te verbeteren. Nederland is een van de oprichters en lid sinds 1961. Hierna: OESO.

² OECD, ‘Information sheet on the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions’, p. 2. Te downloaden via: <http://www.oecd.org/gov/ethics/2406452.pdf>.

'facilitation payments'. Het doel van dergelijke betalingen is louter de bevordering en versoepeling van een bepaalde ambtelijke handeling, die zonder deze betaling ook zou zijn verricht, en niet zozeer het verkrijgen van een persoonlijk voordeel. In alle andere gevallen is er sprake van daadwerkelijke omkoping waarbij overheidsfunctionarissen niet-toelaatbare handelingen in hun hoedanigheid verrichten, in ruil voor geldbedragen of andere voordelen.

Het onderscheid tussen actieve en passieve omkoping tevens een rol.³ Actieve omkoping ziet op de handeling van de betalende partij (omkoper) die een buitenlandse overheidsfunctionaris (omgekochte partij) omkoopt. Passieve omkoping ziet op de buitenlandse overheidsfunctionaris, 'het zich laten omkopen'.⁴

1.2 Juridische kwestie

Met de toename van globalisering en internationalisering van handel komt ook grensoverschrijdende corruptie om de hoek kijken. Lange tijd werd dit fenomeen in Nederland toegestaan. Naar aanleiding van een aantal anti-corruptieverdragen is deze corruptievorm bij een wetwijziging van 2001 strafbaar gesteld.⁵ Ondanks deze wetwijziging is de Nederlandse regelgeving nog steeds kinderspel vergeleken met de strenge corruptiewetten van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Tot op heden is er nog geen enkele corruptiezaak voor de Nederlandse strafrechter verschenen. Recente corruptieschandalen op verschillende niveaus en een toenemende internationale druk, vereisen aandacht voor nieuwe maatregelen in Nederland om de integriteit en transparantie te verstevigen en corruptie terug te dringen. Een belangrijke rol daarin speelt de Anti-Corruptie Werkgroep van de OESO die Nederland heeft beoordeeld op de aanpak en handhaving van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale handelstransacties in het licht van het OESO-Verdrag.⁶ Uit de uitkomst van deze beoordeling blijkt voornamelijk kritiek op de weinig proactieve houding van Nederland betreffende gerechtelijk onderzoek en vervolging van zaken waarbij ondernemingen en/of personen verdacht worden van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen.⁷ Specifiek gaat het

³ Actieve omkoping staat beschreven in Titel VIII van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, respectievelijk Titel XXVIII voor passieve omkoping. Ook op internationaal niveau zijn deze vormen van omkoping gecodificeerd in verschillende verdragen, zie ook hoofdstuk III.

⁴ Sikkema 2005b, p. 345-348.

⁵ Wet van 13 december 2000, *Stb.* 616.

⁶ Verdrag inzake de bestrijding van corruptie van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale transacties, 17 december 1997, *Trb.* 1998, 219. Hierna: OESO-Verdrag. De Anti-Corruptie Werkgroep is ingesteld als toezichthoudend en controlerend orgaan op de ondertekende landen van het OESO-verdrag aangaande corruptiebestrijding van buitenlandse ambtenaren in internationale handelsrelaties. Hierna: de Werkgroep.

⁷ *Kamerstukken II* 2012-13, 29 911, nr. 78 p. 1-2 (Brief van de ministers voor buitenlandse handel en ontwikkelingssamenwerking en van veiligheid en justitie).

daarbij om zaken waarbij ondernemingen officieel in Nederland zijn gevestigd, maar hun activiteiten buiten Nederland uitvoeren.

Een verandering in de huidige regelgeving ter bestrijding van corruptie is dan ook noodzakelijk. Dit heeft geleid tot het aanhangige Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, waarbij het kabinet zich inzet voor verbetering van de handhaving van de integriteit in de publieke sector.'⁸ Straffen worden verhoogd, met als gevolg dat omkoping van ambtenaren straks zal worden beboet met een gevangenisstraf oplopend tot zes jaren. Nieuw is de boete die aan rechtspersonen wordt gegeven; dit wordt voortaan gekoppeld aan de draagkracht van de dergelijke rechtspersoon. Reden voor dergelijke verandering is gelegen in het feit dat de huidige geldboetes vaak weinig indruk maken op rechtspersonen. Met deze nieuwe maatregel kunnen rechtspersonen een boete verwachten die kan oplopen tot maximaal 10% van de jaaromzet. In deze scriptie komen de nieuwe maatregelen uitvoerig aan bod en worden beoordeeld of zij voldoende doeltreffend zijn om de huidige problemen te verhelpen. Bij de beoordeling worden de maatregelen tevens vergeleken met de regelgeving in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. De juridische vraag die bij dit onderzoek centraal staat luidt dan ook: "Wat zou Nederland moeten doen om gelijke tred te houden met de internationale ontwikkelingen op het gebied van corruptiebestrijding; geeft het Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit' daar een bevredigend antwoord op?".

1.3 Plan van behandeling

Hoofdstuk II, geeft een analyse weer van de corruptiebestrijding in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. De reden voor de keuze van deze landen is gelegen in het feit dat beide landen goed georganiseerd zijn op het gebied van corruptiebestrijding en dienen als groot voorbeeld. Daarnaast hebben de corruptiewetten van deze landen een zeer brede reikwijdte. Eveneens wordt daarom aandacht besteed aan de gevolgen die beide wetten kunnen hebben voor Nederlandse ondernemingen. Hoofdstuk III richt zich op de corruptiebestrijding zoals deze in Nederland is georganiseerd. De huidige strafbepalingen worden onder de loep genomen, waarbij tevens de gebreken daarvan aan het licht zullen komen. In het tweede deel van dit hoofdstuk wordt het aanhangige Wetsvoorstel ter bestrijding van corruptie uitgelicht. Het laatste deel bevat een beschouwing over de doeltreffendheid van de nieuwe voorgestelde maatregelen en geeft indien nodig een aantal aanbevelingen, onder meer afgezet tegen eerdere bevindingen.

De scriptie wordt afgesloten met een conclusie in hoofdstuk IV.

⁸ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 2.*

Corruptiebestrijding in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk: een rechtsvergelijking en de gevolgen voor Nederlandse ondernemingen

II.1 Inleiding

Corruptiebestrijding staat overal ter wereld hoog op de agenda, waarbij de Verenigde Staten al in 1977 een anti-corruptiewet ontwikkelde: de 'Foreign Corrupt Practices Act'.⁹ Deze wet heeft een omvangrijke extraterritoriale reikwijdte met als gevolg dat vele internationale ondernemingen binnen het bereik van deze wet vallen. Ondernemingen wereldwijd moeten dan ook zorgen voor een zorgvuldig en effectief anti-corruptiebeleid en procedures om aan de strenge eisen van deze wet te voldoen.

Het Verenigd Koninkrijk kent sinds 2010 een nieuwe anti-corruptiewet waarbij de oude regelgeving grondig is herzien. Ook deze wet heeft een extraterritoriale reikwijdte en wordt algemeen beschouwd als meer verreikend dan de Amerikaanse anti-corruptiewetgeving in een aantal opzichten.¹⁰ In dit hoofdstuk zullen de belangrijkste aspecten van beide wetten onder de loep worden genomen en met elkaar worden vergeleken. Allereerst zal een blik worden geworpen op de regelgeving van de Verenigde Staten in paragraaf II.2. Deze regelgeving bevat zowel anti-omkoopbepalingen als boekhoudbepalingen en zullen aan de orde komen. Daarbij wordt tevens gekeken naar het aansprakelijkheidsregime in combinatie met de sancties in de vorm van geldboetes en gevangenisstraffen. Vervolgens zal in paragraaf II.3 eenzelfde behandeling plaatsvinden voor de

⁹ Gecodificeerd in 15 U. S. C. §§ 78m, 78dd en 78ff. De wet die al sinds 1977 van kracht is, is in 1997 gewijzigd naar aanleiding van het OESO-verdrag en de implementatie daarvan. Hierna: de FCPA.

¹⁰ D. Smith & B. Sabin, 'Anti-corruption regimes in the UK and US: a comparison of the UK Bribery Act 2010 and the US Foreign Corrupt Practices Act 1977', *Practice note from PLC Corporate*, p. 1. Te downloaden via: <http://uk.practicallaw.com/0-503-0676>.

regelgeving van het Verenigd Koninkrijk. In paragraaf II.4 worden ter verheldering op schematische wijze de belangrijkste verschillen tussen de Amerikaanse en Britse regelgeving overzichtelijk weergegeven. Gezien de grensoverschrijdende reikwijdte van beide wetten, lopen Nederlandse ondernemingen aanzienlijke risico's om aansprakelijk gesteld te worden. De invloed van zowel de Amerikaanse als de Britse regelgeving op de Nederlandse rechtspersonen wordt dan ook als slot van dit hoofdstuk behandeld in paragraaf II.5.

II.2 Regelgeving in de Verenigde Staten: 'The Foreign Corrupt Practices Act'

De FCPA verbiedt personen en bedrijven steekpenningen te betalen aan buitenlandse overheidsfunctionarissen met als doel het verkrijgen of behouden van een zaak of zakelijk voordeel. Deze wet is in de Verenigde Staten ingevoerd nadat er een aantal grote corruptie - en politieke schandalen aan het licht waren gekomen, waaronder het bekende Watergate schandaal en de Lockheed affaire.¹¹ In diezelfde periode ontdekte de Securities and Exchange Commission¹² ook dat meer dan 400 Amerikaanse bedrijven voor honderden miljoenen dollars aan steekpenningen aan buitenlandse overheidsfunctionarissen betaalden om op deze manier hun buitenlandse bedrijfsactiviteiten veilig te stellen.¹³ Om deze bedrijfsactiviteiten te bewerkstelligen werd gebruik gemaakt van zogenaamde 'slush funds'¹⁴. Door middel van het opzetten van een anti-corruptie wet, de FCPA, werd getracht corruptie te bestrijden en bedrijven te helpen om de verleiding daarvan te weerstaan.

De FCPA is niet alleen van toepassing op Amerikaanse personen en ondernemingen, maar zijn jurisdictie strekt zich ook uit tot niet-Amerikaanse individuen en rechtspersonen.¹⁵ De laatste jaren is er een enorme opleving in actieve handhaving dankzij agressieve rechtshandhavingstechnieken zoals huiszoekingsbevelen, infiltranten, vertrouwelijke informanten, afluistermethoden en andere strategieën. Deze rechtshandhavingstrategie heeft geresulteerd in hoge aantallen sancties voor individuen en bedrijven. De Verenigde Staten handhaaft bijna 65% van alle buitenlandse

¹¹ Het Amerikaanse Watergate schandaal was een politiek schandaal uit 1972 waarbij gebruik werd gemaakt van ongeoorloofde methodes tijdens de presidentsverkiezingen van Richard Nixon. In 1976 kwam de Lockheed affaire aan het licht waarbij de Amerikaanse vliegtuigfabrikant Lockheed 1,1 miljoen dollar aan steekpenningen zou hebben betaald aan Prins Bernhard.

¹² Deze toezichthouder houdt toezicht op de Amerikaanse effectenbeurzen en beschermt investeerders. Hierna: SEC.

¹³ Baker 2010, p. 647-648.

¹⁴ Slush funds zijn geheime opgerichte fondsen binnen een organisatie waarbij het geld en de middelen worden gebruikt voor onrechtmatige corruptie doeleinden. Met een speciaal daarvoor bestemde rekening worden dergelijke betalingen gedaan en middels ingewikkelde systemen met verschillende (buitenlandse) filialen buiten valt deze rekening buiten de reguliere interne controles van de onderneming.

¹⁵ Zie hierover uitgebreid paragraaf II.2.1.

omkoopingsactiviteiten ter wereld.¹⁶ Bedrijven en personen die de FCPA overtreden door zich schuldig te maken aan het betalen van steekpenningen zijn onderworpen aan zware sancties, zowel strafrechtelijk als civiel.

II.2.1 Anti -omkoopbepalingen in de FCPA

Onder de anti-omkoopbepalingen van de FCPA zijn betalingen aan buitenlandse overheidsfunctionarissen, die als doel hebben een handeling te verrichten of een beslissing te nemen met het oog op het verkrijgen of behouden van een zaak of zakelijk voordeel, verboden.

Bij de beoordeling of een betaling onder de bepalingen van de FCPA valt, spelen vier elementen een belangrijke rol: (1) personen en bedrijven die onder het bereik van de FCPA vallen; (2) een corrupte betaling van enige waarde; (3) buitenlandse overheidsfunctionaris; (4) het doel is het verkrijgen of behouden van een zaak of zakelijk voordeel.¹⁷

Deze elementen zullen hieronder verder uitgelegd worden.

(1) Personen en bedrijven die onder het bereik van de FCPA vallen.

Eenvoudigweg vallen er drie soorten entiteiten onder het bereik van de FCPA: a) 'issuers'; b) binnenlandse personen en entiteiten; c) buitenlandse personen en bedrijven.

- a) 'Issuers'. Een 'issuer' is een bedrijf met notatie op de Amerikaanse aandelenbeurs of die Amerikaanse rapportageverplichtingen heeft bij de SEC.¹⁸ Hieronder valt ook elke buitenlandse onderneming die effecten verhandeld op de binnenlandse beurs door middel van het gebruik van 'American Depositary Receipts'¹⁹ en strekt zich eveneens uit tot de dochterondernemingen van de 'issuer'.
- b) Binnenlandse personen en entiteiten ('domestic concerns'). Elk individu met Amerikaanse nationaliteit en/of inwoner van de Verenigde Staten wordt beschouwd als 'domestic concern' en rechtspersonen die hun hoofdvestiging in de Verenigde Staten hebben ofwel statutair zijn opgericht naar Amerikaans recht.²⁰

Zowel 'issuers' als 'domestic concerns' overtreden de anti-omkoopbepalingen indien er is voldaan aan het 'interstate commerce' vereiste, waarbij direct of indirect zaken wordt gedaan met de

¹⁶ Trace International: 'Global Enforcement Report 2012', 2013, p. 3. Te downloaden via: http://www.traceinternational.org/data/public/GER_2012_Final-147966-1.pdf.

¹⁷ World Compliance, 'Foreign Corrupt Practices Act, a compliance roadmap', *white paper*, p. 4. Te downloaden via: <http://www.worldcompliance.com/en/resources/white-papers/foreign-corruption-practices-act.aspx>.

¹⁸ 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

¹⁹ American Depositary Receipts (ADRs) zijn certificaten van buitenlandse aandelen dat in het land van herkomst in bewaring zijn gegeven. Deze worden uitgegeven door de Amerikaanse bank. Via deze ADRs kunnen Amerikaanse beleggers op eenvoudige wijze in buitenlandse bedrijven beleggen.

²⁰ 15 U.S.C. § 78dd-2(h)(1).

Verenigde Staten²¹. Dit is bijvoorbeeld het geval waarbij bij de handeling of activiteit die een corrupte betaling bevordert, gebruik wordt gemaakt van de Amerikaanse post of een Amerikaanse bankrekening.

- c) Buitenlandse personen en bedrijven. Dit is ieder individu of rechtspersoon die niet onder de eerste twee categorieën valt en actief is op het grondgebied van de Verenigde Staten.²² Zij kunnen aansprakelijk worden gesteld indien zij hun bedrijf of een deel van hun bedrijf voeren binnen het grondgebied van de Verenigde Staten of indien de handeling of activiteit die een corrupte betaling bevordert plaatsvindt binnen de Verenigde Staten.²³

(2) Een corrupte betaling van enige waarde.

Indien door één van de drie bovengenoemde categorieën een betaling of belofte tot betaling wordt gedaan met als doel het verkrijgen of behouden van een zaak of zakelijk voordeel, dient deze partij over de *wetenschap* te beschikken dat een dergelijke betaling of belofte de buitenlandse overheidsfunctionaris zal beïnvloeden.²⁴ Aansprakelijkheid volgt niet alleen wanneer de persoon daadwerkelijk weet dat de betaling plaatsvindt, maar ook bij het enkele bewustzijn dat de betaling of belofte plaatsvindt.²⁵ Het is voldoende dat de persoon een strenge mate van geloof ('firm belief') heeft dat de omstandigheden van een corrupte betaling bestaan of dat het resultaat nagenoeg zeker zal optreden.²⁶ De aanwezigheid van een strenge mate van geloof kan zich uiten in een aantal mogelijkheden, namelijk 'conscious disregard', 'willful blindness' of 'deliberate ignorance'.²⁷ Een individu of onderneming kan de FCPA overtreden zonder dat hij zeker weet of een corrupte betaling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

²¹ In 15 U.S.C. §.78dd-2(h)(5) wordt het begrip 'interstate commerce' uitgelegd: "*trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof*".

²² 15 U.S.C. § 78dd-3(f).

²³ U.S. Department of Justice and the Securities and Exchange Commission, 'A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Securities and Exchange Commission' 2012, p. 12. Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance. Hierna: FCPA Resource Guide. Zo kan bijvoorbeeld een buitenlander die een bijeenkomst bijwoont in de Verenigde Staten, waarbij een corrupte betaling wordt georganiseerd, worden vervolgd. Dit geldt eveneens voor elke mede-samenzweerder, ook als hij niet daadwerkelijk de bijeenkomst heeft bijgewoond.

²⁴ 15 U.S.C. § 78dd-3(f).

²⁵ FCPA Resource Guide, p. 34. Het is daarom van belang dat bedrijven alert zijn op eventuele alarmsignalen van alle verbonden personen binnen de onderneming die wellicht een illegale betaling zouden kunnen maken.

²⁶ 15 U. S. C. § 78 dd-1(a) en (f).

²⁷ Deming 2010, p. 62-63. Vrijelijk vertaald dient er bij het individu sprake te zijn van bewuste veronachtzaming, moedwillige blindheid of opzettelijke onwetendheid.

Naast wetenschap, dient de betaling of belofte ook *corrupt* te zijn.²⁸ Voor de beoordeling of er sprake is van een corrupte betaling dient te worden gekeken naar de intentie van de omkoper. Volgens de rechtspraak is die intentie aanwezig indien de betaling, de belofte of het aanbod van betaling vrijwillig en opzettelijk wordt gedaan met het oog om de ontvanger ertoe te brengen zijn officiële positie te misbruiken of iemand anders te beïnvloeden, hetgeen een onrechtmatig resultaat of methode met zich mee brengt.²⁹ Daarbij is het niet vereist dat de corrupte betaling ook daadwerkelijk in haar doel is geslaagd³⁰ of dat de buitenlandse ambtenaar de betaling daadwerkelijk heeft geaccepteerd of ontvangen om tot aansprakelijkheid van de omkoper te leiden.³¹

De betaling kan in zowel geld als in iets anders met waarde ('anything of value') worden gedaan, waardoor de begripsomschrijving een grote omvang kent.³² Te denken valt namelijk aan onder andere: kortingen, geschenken, gebruik van producten, entertainment, drank en maaltijden, vervoer, accommodatie, verzekeringsvoordelen en beloften voor toekomstig werk. Er geldt geen minimum waarbij vanaf een bepaalde waarde de gift als corrupt kan worden aangemerkt. De perceptie van de ontvanger en de subjectieve waardering van de betaling zijn een belangrijke factor voor de handhavingsinstanties ter beoordeling of er sprake is van 'anything of value'.

(3) Buitenlandse overheidsfunctionaris ('foreign official').

Onder de FCPA zijn corrupte betalingen verboden die gedaan worden aan een 'foreign official'. De FCPA geeft een ruime uitleg aan de definitie 'foreign official', zodat buitenlandse functionarissen op elk mogelijk overheidsniveau onder de werking van de FCPA vallen. Een 'foreign official' is iedere functionaris, werknemer of andere persoon die in een officiële hoedanigheid handelt voor of namens:

- Een buitenlandse overheid of een van de departementen, instellingen of instanties;
- Een aangewezen openbare internationale organisatie;
- Een buitenlandse politieke partij, een ambtenaar of een kandidaat van een buitenlandse politieke partij.

²⁸ De FCPA geeft verder geen uitleg over de definitie, maar is in lijn met de term die wordt gebruikt met binnenlandse corruptie in 18 U.S.C. § 201(b).

²⁹ United States Court of Appeals, Eighth Circuit, 15 januari 1991, 923 F.2d 1308 (*United States v. Liebo*)

³⁰ United States District Court for the District of Columbia, 6 januari 2005, No. 05-cv-14 (*SEC v. Monsanto Co.*). In deze zaak werd een corrupt bedrag betaald aan een buitenlandse ambtenaar om de intrekking van een wet te beïnvloeden. Ondanks de omkoping werd het doel, het intrekken van de wet, niet gehaald.

³¹ United States District Court for the District of Columbia, 18 maart 2010, No. 10-cv-448 (*SEC v. Innospec, Inc.*). Een onderneming beloofde een groot bedrag aan steekpenningen aan de buitenlandse overheid met het oog op het beïnvloeden van een contract. Ondanks het feit dat de betaling van de steekpenningen nooit had plaatsgevonden, werd de onderneming wel aansprakelijk gehouden voor schending van de FCPA.

³² FCPA Resource Guide, p.14: "An improper benefit can take many forms".

Het begrip is verder uitgewerkt en uitgelegd in de Amerikaanse rechtspraak.³³

(4) Het doel is het verkrijgen of behouden van een zaak of zakelijk voordeel.

Het doel van het doen of beloven van een betaling is het beïnvloeden, er toe brengen of veiligstellen van een ongepast voordeel in het verkrijgen of behouden van een zaak of zakelijk voordeel.³⁴ Dit vereiste wordt gekwalificeerd als de ‘business purpose test’ en wordt breed uitgelegd.³⁵ Een veel beoogde zaak bij het doen van een corrupte betaling is het verkrijgen of behouden van overheidscontracten. Het verkrijgen of behouden van zakelijke voordelen is tevens verboden en omvat onder andere: een gunstige fiscale behandeling³⁶, vermindering of verwijdering van douanerechten, concurrenten weigeren toegang te geven op de markt of het omzeilen van vergunningseisen.

Aansprakelijkheid

Indien alle bovengenoemde elementen aanwezig zijn en er sprake is van een overtreding van de FCPA, is de onderneming en/of persoon aansprakelijk.

Tevens is er sprake van ‘derden aansprakelijkheid’, waarbij een derde partij, die handelt namens een ‘issuer’, ‘domestic concern’ of buitenlands individu of bedrijf, aansprakelijk kan worden gehouden onder dezelfde omstandigheden als de ‘issuer’, ‘domestic concern’ of buitenlandse individu of bedrijf zelf. Vaak worden lokale ondernemingen of intermediairs ingeschakeld in het buitenland om onderhandelingen en zaken soepeler te laten verlopen. De rechtspersonen die van deze derde partijen gebruik maken, kunnen via deze weg ook buitenlandse ambtenaren omkopen, hetgeen dan ook door de FCPA verboden is.³⁷ Het gevolg hiervan is dat rechtspersonen dergelijk risico dragen indien zij besluiten gebruik te maken van derde partijen en zullen maatregelen moeten treffen om omkoping door deze derden te voorkomen.³⁸

³³ In United States District Court for the Central District of California, 20 april 2011, 783 F. Supp. 2d 1108 (United States v. Aguilar) oordeelde de rechter dat ook een persoon die handelt namens een staatbedrijf aangemerkt kan worden als ‘foreign official’.

³⁴ 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a): “in order to assist ... in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.”.

³⁵ FCPA Resource Guide, p. 12.

³⁶ United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 24 oktober 2007, 513 F.3d 432 (United States v. Kay). Het Amerikaanse Hof van Beroep voor het Vijfde Circuit oordeelde dat betalingen gedaan ter verkrijging van een gunstige fiscale behandeling (in casu het minderen van de douanerechten en omzetbelasting op import) vallen onder ‘het behouden of verkrijgen van een zakelijk voordeel’ van de FCPA bepalingen.

³⁷ In United States Supreme Court, 23 februari 1909, 29 S.Ct. 309, 53 L.Ed. 624 (New York Central R. Co. v. United States) oordeelde de Supreme Court dat een onderneming verantwoordelijk kan worden gehouden voor de strafbare handelingen van haar agenten, ongeacht hun niveau binnen de onderneming, indien zij handelen ten behoeve van de onderneming en binnen het kader van hun dienstverband.

³⁸ De Groot 2013, p. 3.

Eveneens zijn moedermaatschappijen die onderworpen zijn aan de FCPA ook verantwoordelijk voor het waarborgen van de naleving van de FCPA bij alle buitenlandse dochterondernemingen waarover zij voldoende mate van invloed kan uitoefenen.³⁹ Zo is een Amerikaanse moedermaatschappij aansprakelijk voor het handelen van haar overzeese dochters en filialen indien de moeder voldoende controle of belang daarin heeft.⁴⁰ Hoe ver deze aansprakelijkheid in de praktijk gaat is echter niet geheel duidelijk. Zo wordt beweerd dat dergelijke aansprakelijkheid ook tot gevolg heeft dat zelfs Amerikaanse franchisegevers strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden indien er bewezen kan worden dat zij constructieve kennis hebben dat buitenlandse franchisenemers steekpenningen betalen.⁴¹ Het gaat zelfs nog verder waarin gesteld wordt dat Amerikaanse ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor betalingen gedaan aan leveranciers waarbij de onderneming constructief weet dat de leverancier de betaling, of een deel daarvan, voor corrupte doeleinden gebruikt.⁴² Een onderneming zal in dergelijke gevallen enige consequenties moeten ondergaan, maar hoe ver deze aansprakelijkheid daadwerkelijk in de praktijk zal gaan is afhankelijk van hoe de rechter dit zal beoordelen.

De FCPA kent geen specifieke overtredingsgrond indien een onderneming of persoon niet is geslaagd in de voorkoming van omkoping ('failure to prevent bribery').⁴³ Echter kan er in een aantal gevallen wel aansprakelijkheid volgen indien er onvoldoende maatregelen zijn getroffen ter voorkoming van omkoping:

- Collectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid. De drempel om collectieve aansprakelijkheid vast te stellen is laag in de Verenigde Staten;
- Bedrijven kunnen ook aansprakelijk worden gesteld indien zij signalen van corruptie die zij door middel van agenten vernemen, negeren. Hoewel er voor een overtreding onder de FCPA sprake moet zijn van kennis van het wangedrag, kan het eerder besproken begrip 'firm belief' ook toegerekend worden aan een bedrijf indien daar bewijs voor is;
- 'Control persons': deze personen kunnen aansprakelijk worden gesteld indien zij niet voldoen aan de accountingbepalingen van de FCPA.⁴⁴

³⁹ Smith & Sabin, *Practice note from PLC Corporate*, p. 12.

⁴⁰ Smith & Sabin, *Practice note from PLC Corporate*, p.5.

⁴¹ Marceau 2007, p. 302.

⁴² Maryanov 2010, p. 441–442.

⁴³ De Britse Bribery Act kent deze aansprakelijkheidsgrond wel in artikel 7. Daarop zal nader worden ingegaan in paragraaf II.3.1.

⁴⁴ United States District Court for the District of Utah, 31 juli 2009, No. 09CV672 (*SEC v. Nature's Sunshine Products, Inc., Douglas Faggioli and Craig D. Huff*). In deze zaak werd zowel de 'chief operating officer' als de 'chief finance operator' beschuldigd voor het overtreden van de accountingbepalingen van de FCPA aangezien

II.2.2 Boekhoudbepalingen in de FCPA

Gezien het feit dat omkoping vaak gepaard gaat met boekhoudfraude kent de wet ook een aantal boekhoudbepalingen. Corrupte betalingen aan buitenlandse overheidsfunctionarissen worden verbloemd geregistreerd in de boekhouding. Volgens de boekhoudbepalingen zijn Amerikaanse 'issuers' daarom verplicht om boeken en bescheiden op te maken en te behouden, waarbij een adequaat systeem van interne controle dient te worden gehandhaafd.⁴⁵ De bepalingen verbieden personen en ondernemingen daarnaast om met wetenschap boeken en bescheiden te vervalsen of de implementatie van een systeem voor interne controle te omzeilen.

Amerikaanse 'issuers' moeten er tevens voor zorgen dat alle binnenlandse en buitenlandse dochtervennootschappen voldoen aan deze eisen.⁴⁶

Overtredingen van de boekhoudkundige bepalingen zijn over het algemeen slechts onderworpen aan civiele handhaving. Wie echter faalt in de implementatie van een interne controlesysteem of deze opzettelijk omzeilt dan wel met opzet gegevens vervalst, is onderworpen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁴⁷

De vereisten van de boekhoudbepalingen zijn in de praktijk zeer belangrijk. Volgens de FCPA Resource Guide is er geen materialiteitsdrempel voor de boekhoudbepalingen, waardoor het voor de Amerikaanse officier van justitie gemakkelijker is om via de boekhoudbepalingen actie te ondernemen dan via de anti-omkoopbepalingen.⁴⁸ Indien een bedrijf schuld bekent aan een boekhoudkundig misdrijf, kan het een veroordeling voor een omkopingsmisdrijf voorkomen en eventuele uitsluiting voor verdere overheidsopdrachten.⁴⁹ De boekhoudbepalingen hebben net als de anti-omkoopbepalingen van de FCPA extraterritoriale werking. Deze bepalingen gelden eveneens voor de eerdergenoemde categorie personen en bedrijven die onder de FCPA vallen. Echter, er wordt een uitzondering gemaakt voor 'private companies'. Zij hoeven niet te voldoen aan de boekhoudbepalingen en de verplichting om kwartaal- en jaarverslagen bij de SEC in te dienen.

II.2.3 Sancties

De FCPA kent zowel een civiele als strafrechtelijke vervolging van personen en ondernemingen.

zij in hul rol van 'corporate officers' verantwoordelijk waren voor het toezicht op het senior management en voor het beleid inzake internationale activiteiten van het bedrijf.

⁴⁵ 15 U.S.C. par. 78m(b).

⁴⁶ 15 U.S.C. par. 78m(b)(6).

⁴⁷ 15 U.S.C. par. 78m(b)(4) en (5).

⁴⁸ FCPA Resource Guide, p. 38-45.

⁴⁹ Smith & Sabin, *Practice note from PLC Corporate*, p. 6.

1. Strafrechtelijke vervolging

Voor elke inbreuk op een anti-omkoopbepaling kan aan een rechtspersoon een boete worden opgelegd van maximaal twee miljoen dollar.⁵⁰ Individuen, waaronder ambtenaren, bestuurders, aandeelhouders en agenten kunnen een boete krijgen van maximaal 250.000 dollar in combinatie met een maximale gevangenisstraf van vijf jaren.⁵¹ Wat betreft de schending van de boekhoudbepalingen kunnen rechtspersonen in aanmerking komen voor een geldboete oplopend tot 25 miljoen dollar.⁵² Individuen lopen het risico op een geldboete van ten hoogste vijf miljoen dollar, eventueel in combinatie met een gevangenisstraf van maximaal 20 jaren.⁵³ De geldboetes die aan individuen zijn opgelegd mogen niet worden betaald door de werkgever of principaal.⁵⁴

De bovengenoemde maximale boetes kunnen echter nog worden verhoogd op grond van de Alternative Fines Act indien de feiten die de verhoogde boete onderbouwen zijn opgenomen in de aanklacht ofwel aan de jury zijn bewezen of zijn erkend in een pleidooiprocedure.⁵⁵

Bij het vaststellen en berekenen van de boetes worden de U.S. Sentencing Guidelines⁵⁶ geraadpleegd door de U.S. Department of Justice⁵⁷. De hoogte van de sanctie is afhankelijk van het overtredingsniveau ('offense level'), welke wordt bepaald aan de hand van een onderzoek van de bijbehorende feiten en eventuele reducties als gevolg van medewerking en acceptatie van verantwoordelijkheid.⁵⁸

2. Civiele vervolging

De civiele boetes bij de anti-omkoopbepalingen voor rechtspersonen en andere entiteiten kunnen oplopen tot maximaal 16.000 dollar per inbreuk.⁵⁹ Ook individuen riskeren een civiele boete van maximaal 16.000 dollar per inbreuk.⁶⁰ Wat betreft de boekhoudbepalingen kan de SEC een boete

⁵⁰ 15 U.S.C. par. 78dd-2(g)(1)(A), 78dd-3e(1)(A), 78ff(c)(1)(A).

⁵¹ 15 U.S.C. par. 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3e(2)(A), 78ff(c)(2)(A).

⁵² 15 U.S.C. § 78ff(a).

⁵³ 15 U.S.C. § 78ff(a).

⁵⁴ 15 U.S.C. par. 78dd-2(g)(3), 78dd-3e(3), 78ff(c)(3).

⁵⁵ Alternative Fines Act, 18 U.S.C. par. 3571(d); United States Supreme Court, 21 juni 2012, 630 F. 3d 17 (*Southern Union*). Alle strafrechtelijke geldboetes kunnen worden verhoogd tot tweemaal de winst verkregen via de overtreding of twee keer het verlies toegebracht aan een ander persoon.

⁵⁶ Deze Guidelines zijn vervaardigd door de U.S. Sentencing Commission. De Commissie is een onafhankelijk agentschap van de gerechtelijke tak van de federale regering van de Verenigde Staten. De Guidelines geven een zeer gedetailleerde structuur voor het berekenen van boetes voor alle federale overtredingen, alsmede schending van de FCPA.

⁵⁷ Dit is het Amerikaanse Ministerie van Justitie en heeft strafrechtelijke handhavingsbevoegdheid onder de FCPA. Hierna: DOJ.

⁵⁸ Factoren die een rol kunnen spelen zijn vrijwillige disclosure, samenwerking, reeds bestaande compliance programma's en sanering.

⁵⁹ 15 U.S.C. par. 78dd-2(g)(1)(B), 78dd-3(e)(1)(B), 78ff(c)(1)(B).

⁶⁰ 15 U.S.C. par. 78dd-2(g)(2)(B), 78dd-3(e)(2)(B), 78ff(c)(2)(B). Ook de civiele boetes mogen niet door de werkgever of principaal worden betaald.

opleggen maximaal gelijk aan het brutobedrag van de geldelijke winst behaald door de frauduleuze handeling of een gelimiteerde boete. Deze bedragen zijn gebaseerd op de onbehoorlijkheid van het misdrijf en liggen voor individuen tussen 7.500 en 150.000 dollar en voor rechtspersonen tussen 75.000 en 725.000 dollar.⁶¹

Naast de bovengenoemde geldboetes kunnen individuen en bedrijven ook nog in aanmerking komen voor bijkomende straffen, zoals schorsing of uitsluiting van contracteren met de federale overheid of multilaterale ontwikkelingsbanken⁶² en de schorsing of herroeping van bepaalde export privileges en licenties.

II.2.4 Toezicht en handhaving

De DOJ en de SEC houden toezicht op de naleving van de FCPA. De DOJ heeft daarbij slechts de strafrechtelijke handhavingsbevoegdheid in gevallen waarbij 'issuers' zijn betrokken en zowel strafrechtelijke als civiele bevoegdheid bij gevallen waarin 'domestic concerns' zijn betrokken.⁶³

Civiele handhaving bij 'issuers' wordt gedaan door de SEC. Handhaving van de FCPA is in de laatste jaren enorm gestegen, met een toenemend aantal handhavingsacties vergezeld van een breder scala aan handhavingsinstrumenten en verhoogde boetes. Waar er in 2004 nog slechts vijf FCPA zaken waren, in 2010 waren dit er meer dan 70.⁶⁴ De stijging van de FCPA in de afgelopen jaren is vooral te verklaren door het feit dat de vervolging van buitenlandse rechtspersonen is toegenomen, hetgeen ook geldt voor de handhaving van de sanctie- en exportregelgeving.

Gezien het feit dat de straffen per overtreding van de FCPA zeer hoog zijn, geven ondernemingen er de voorkeur aan om zich neer te leggen bij de handhaving van de SEC en de DOJ in plaats van het riskeren van enorme boetes die zouden kunnen voortvloeien uit het verliezen van een rechtszaak.

Meestal wordt een overeenkomst gesloten waarbij de onderneming zich aan een aantal voorwaarden dient te houden waardoor er niet tot vervolging zal worden overgegaan. Hier zal in de volgende paragraaf nader op worden ingegaan.

⁶¹ Art. 21(B)(b) Exchange Act; 15 U.S.C. § 78u(d)(3).

⁶² Art. 9.406-1 Federal Acquisition Regulation 2005. Hierin staat een lijst van factoren die in acht dienen te worden genomen bij de beslissing van de autoriteiten om de veroordeelde onderneming uit te sluiten van overheidsopdrachten.

⁶³ 15 U.S.C. § 78dd-2(d).

⁶⁴ Gibson Dunn, '2013 Year-End FCPA Update Report', 2014. Te downloaden via: www.gibsondunn.com/publications/pages/2013-Year-End-FCPA-Update.aspx. Overigens is na de piek van 2010 een daling van het aantal handhavingsacties met in 2013 27 zaken.

II.2.5 *Deferred Prosecution Agreements*

Een opkomende trend bij de strafvervolging van personen en ondernemingen is het gebruik van zogenaamde 'deferred prosecution agreements'⁶⁵. Een DPA is letterlijk vertaald een 'uitgestelde vervolgingsovereenkomst' en ziet op een schikking tussen de DOJ en/of SEC en een onderneming die verdacht wordt van overtreding van de FCPA bepalingen, waarbij vervolging van die onderneming voor een bepaalde tijd wordt uitgesteld. Indien de onderneming zich aan het einde van de gestelde periode aan vooraf afgesproken voorwaarden heeft gehouden, wordt er niet tot vervolging overgegaan en zal de DOJ elke aanklacht tegen de onderneming waarop de DPA van toepassing is laten vallen. De hoofdvoorwaarden die door de DOJ worden gesteld zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval, maar gezien eerdere zaken kan er een algemene lijn worden getrokken in voorwaarden die doorgaans worden gesteld:⁶⁶

- De onderneming dient verantwoordelijkheid te accepteren voor schending van de FCPA bepalingen waarvan zij wordt beschuldigd. Daarbij is het de onderneming verboden om feiten verbonden aan de DPA publiekelijk tegen te spreken.
- De onderneming moet accepteren om geldelijke betalingen te doen. Naast de geldboetes opgelegd door de DOJ valt hieronder tevens compensatie aan slachtoffers en verbeurdverklaring van de opbrengsten van de omkoping. De hoogte van de boete is gebaseerd op de ernst en omvang waarvan de onderneming beschuldigd wordt en kan oplopen tot in de miljoenen.⁶⁷
- De onderneming moet tevens verklaren dat zij zal meewerken met de DOJ of elke andere betrokken overheidsinstantie. Dit brengt vaak met zich mee dat een onderneming documenten en interne gegevens zal moeten overhandigen.

Een minimale of maximale termijn voor de duur van de DPA wordt in de wet niet gegeven. Echter kan aangenomen worden, op basis van eerder gesloten DPAs, dat een dergelijke periode minstens 18 maanden betreft, maar de algemene aangenomen periode is twee jaar.⁶⁸ Mocht de onderneming er niet in slagen om zich aan de gestelde voorwaarden te houden, zal er alsnog worden overgegaan tot strafrechtelijke vervolging van de FCPA bepalingen.

⁶⁵ Hierna: DPA.

⁶⁶ Spivack & Raman 2008, p. 160.

⁶⁷ S. Snyder & K. Connors, 'Deferred prosecution under the Foreign Corrupt Practices Act', Jackson Walker L.L.P., p. 2-3. Te downloaden via: <http://images.jw.com/com/publications/1138.pdf>
In United States District Court For The District Of Columbia, 20 maart 2008, No. 1:08-cr-00069-RJL (*United States v. Volvo Construction Equipment A.B.*) kreeg Volvo een strafrechtelijke boete van 7 miljoen dollar voor fraude pleging en het vervalsen van haar boekhouding. In United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division, 14 mei 2008, No. 4:08-cr-0287 (*United States v. Willbros Group, Inc.*) kreeg Willbros Group een boete van 22 miljoen dollar.

⁶⁸ Wray & Hur 2006, p. 1105.

Een DPA is een goede middenweg tussen enerzijds een strenge vervolging en anderzijds geen strafrechtelijke vervolging en dus geen bestraffing van de onderneming.⁶⁹ Vervolging gaat namelijk vaak gepaard met een zware bestraffing en een langdurig proces, waar een onderneming hoogstwaarschijnlijk aan ten onder gaat door financiële - en reputatie schade.⁷⁰ Daarnaast brengt vervolging collaterale schade met zich mee inclusief ingrijpende consequenties voor onschuldige derden partijen die niet bij de omkoping betrokken waren, zoals werknemers, investeerders, gepensioneerden en klanten. Een DPA is echter minder bestraffend want het geeft aanklagers veel meer flexibiliteit om een juiste balans te vinden tussen bestraffing en ontmoediging van crimineel gedrag enerzijds en aanmoediging van beloning van vrijwillige openbaarmaking van gegevens en samenwerking anderzijds.⁷¹ Het is een handig instrument in gevallen waarin de doelen van straffen en het afschrikken van crimineel gedrag, compensatie aan slachtoffers en hervorming van een onderneming kan worden bereikt zonder strafrechtelijke vervolging. Een andere reden dat er vaak DPAs worden gesloten is gelegen in de zware bewijslast van de overheid bij strafrechtelijke vervolging. Het gebruik van DPAs is echter niet alleen zinvol voor de overheid, maar ook voor ondernemingen. De voorwaarden van een DPA worden bereikt zonder collaterale consequenties voor de bedrijfsvoering en onschuldige werknemers.⁷² Ondanks dat strafrechtelijke vervolging van ondernemingen relatief zeldzaam is, zijn de consequenties zo ingrijpend dat ondernemingen daardoor zullen kiezen om hun overlevingskansen te maximaliseren door het verstrekken van snelle en authentieke samenwerking bij een DPA. Een onderneming probeert ervoor te zorgen dat de meest slechte uitkomst die haar kan overkomen een uitgestelde vervolging is en geen daadwerkelijke aanklacht.

De gebruikmaking van DPAs is enorm toegenomen sinds 2003 mede door de 'Thompson Memorandum', waarbij aangemoedigd wordt zaken te schikken.⁷³ De Thompson Memorandum geeft een aantal factoren waarmee de aanklager geholpen wordt bij de beoordeling hoe een onderneming aangepakt dient te worden bij verdenking van omkoping.⁷⁴ Uitgangspunt daarbij is hoe ernstiger of

⁶⁹ Wray & Hur 2006, p. 1103.

⁷⁰ Wray & Hur 2007, p. 306.

⁷¹ Wray & Hur 2006, p. 1104.

⁷² Vinegrad 2003, p. 3 Gezien de nadruk die dergelijke overeenkomsten leggen op de corporate governance en bedrijfsvoering zijn ze een effectieve manier voor gedragsverandering van ondernemingen op lange termijn.

⁷³ Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney General, to Heads of Department Components and United States Attorneys 20 January 2003. Deze memo bevat richtlijnen voor aanklagers bij de beoordeling om een onderneming strafrechtelijk te vervolgen. De Thompson Memo is vergelijkbaar met de voorganger, de 'Holder Memorandum van 1999', met het belangrijke verschil dat de Thompson Memo expliciet de deur openende naar het gebruik van DPAs bij bedrijfscriminaliteit.

⁷⁴ Couden 2005, p. 409. De factoren: (1) aard en de ernst van de overtreding; (2) wangedrag binnen de onderneming; (3) vergelijkbaar gedrag van de onderneming in het verleden; (4) tijdelijke en vrijwillige openbaarmaking van wangedrag en de bereidheid van de onderneming om medewerking in het onderzoek te verlenen; (5) het bestaan van een compliance programma; (6) corrigerende maatregelen getroffen door de onderneming; (7) gevolgen, (8) vervolging van verantwoordelijke personen; (9) proportionele rechtsmiddelen.

wijdverspreider een schending van de FCPA bepalingen lijkt te zijn, des te minder waarschijnlijk is het dat de DOJ bereid is om een DPA te treffen met de onderneming en zal dan overgaan tot strafrechtelijke vervolging. De Thompson memo omarmd dergelijke overeenkomsten om de waarde van de samenwerking te markeren van bedrijven die betrokken zijn bij criminele activiteiten.⁷⁵ DPAs zijn een van de meer voor de hand liggende redenen voor de algemene opwaartse trend in de FCPA handhaving.⁷⁶ In de jaren 2010 tot en met 2012 zijn er in totaal 46 overeenkomsten gesloten, dit is meer dan twee derde van de ondernemingszaken aanhangig bij de Criminal Division.⁷⁷

Het resultaat van dergelijke overeenkomsten is enerzijds een stimulans aan ondernemingen om medewerking te verlenen indien autoriteiten hen op de hoogte brengen van lopende onderzoeken, anderzijds zijn er prikkels voor vrijwillige openbaarmaking van schendingen nog voordat de overheidsinstanties aankloppen. De onderneming zal de voordelen van openbaarmaking van bewijsmateriaal van crimineel gedrag afwegen tegen het risico dat de overheid hen niet alleen zal vervolgen voor dat gedrag, maar ook de openbaargemaakte informatie zal gebruiken tegen de onderneming. Als de onderneming merkt dat de overheid overdreven agressief of onvoorspelbaar is in haar vervolgingsbeslissingen en aanklagers daarbij geen passend gewicht geven aan het feit dat ondernemingen hun wangedrag zelf melden, dan kunnen ondernemingen beslissen dat het risico het niet waard is om te nemen. Met andere woorden, als de overheid een onderneming die zelf melding geeft van een corrupte zaak te hard straft, zal dit demotiverend werken voor ondernemingen waardoor ze afzien van zelfrapportage.

Non-prosecution agreement

Bij een non-prosecution agreement⁷⁸ ('niet-vervolgingsovereenkomst') stemt de regering in om een aanklacht voor een bepaalde periode uit te stellen zo lang als de onderneming voldoet aan compliance en financiële maatregelen.⁷⁹ Een NPA toont gelijkenis met de DPA en hanteert doorgaans dezelfde voorwaarden, zoals het betalen van een boete, erkenning van verantwoordelijkheid en een gedetailleerd compliance programma. Echter kent een NPA geen voorwaarde tot het indienen van een aanklacht. Eerder in ruil voor de toestemming van de onderneming zal de overheid besluiten de

De lijst van factoren is slechts illustratief en is niet uitputtend. De factoren hoeven niet allemaal van toepassing te zijn in een bepaalde situatie en de een kan zwaarder wegen dan een ander.

⁷⁵ Uhlmann 2013, p. 1312.

⁷⁶ Koehler 2013, p. 326; OESO, Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the United States, 2010, p. 20: "It seems quite clear that the use of these agreements is one of the reasons for the impressive FCPA enforcement record in the U.S."

⁷⁷ Uhlmann 2013, p. 1318.

⁷⁸ Hierna: NPA. De DOJ maakte voor het eerst gebruik van de NPA in United States District Court for the Northern District of California, 14 februari 2005, No. C-05-0660 MEJ (*SEC v. GE InVision, Inc.*)

⁷⁹ Georgis 2012, p. 270.

onderneming niet aan te klagen en te vervolgen.⁸⁰ Een NPA is veel zeldzamer dan de DPA en zal daarom niet verder behandeld worden.

Kritiek

Volgens de DOJ zijn DPAs waardevolle instrumenten voor bestrijding van publieke corruptie, maar is zij er niet in geslaagd om deze overeenkomsten te evalueren en te demonstreren in welke mate zij een toevoeging bieden naast de andere instrumenten zoals strafrechtelijke vervolging.⁸¹ Het is daarom voor de DOJ moeilijk het toenemende gebruik van deze overeenkomsten te rechtvaardigen. Het gebrek aan het ontwikkelen van evaluatiemaatstaven heeft bij de Government Accountability Office⁸² tot kritiek geleid, wat is uitgewerkt in een rapport.⁸³

Twee mogelijke maatregelen ter beoordeling van de effectiviteit worden in het rapport besproken⁸⁴:

- (1) De vraag of de onderneming crimineel gedrag heeft herhaald tijdens of na de overeenkomst⁸⁵, of
- (2) De vraag of de onderneming succesvol de voorwaarden van de overeenkomst heeft geïmplementeerd.

Deze laatste kan een goede maatstaf zijn bij de vraag of hervorming bij de onderneming heeft plaatsgevonden, aangezien DPAs vaak vereisen dat een onderneming verbeteringen maakt in de interne controle, compliance programma's, of trainingen om toekomstige wandaden op te sporen.⁸⁶ Indien zulke prestatie maatstaven ter evaluatie van de overeenkomsten worden ontwikkeld, is de DOJ beter gepositioneerd om te peilen of de overeenkomsten doeltreffende instrumenten zijn in het afschrikken en bestrijden van zakelijke criminaliteit.⁸⁷

⁸⁰ Wray & Hur 2006, p. 1105.

⁸¹ De DOJ heeft instrumenten om te beoordelen hoe procedeeracties kunnen leiden tot het bereiken van gunstige resultaten in strafzaken in het algemeen, maar niet voor ondernemingscriminaliteit in het bijzonder met inbegrip van het gebruik van DPAs om deze zaken op te lossen.

⁸² De Government Accountability Office is een onafhankelijk, onpartijdig bureau dat werkt voor het Amerikaanse Congres op het gebied van controle, evaluatie en onderzoek met betrekking tot de ontvangst en betaling van publieke middelen. Het is onderdeel van de juridische tak van de Amerikaanse overheid. Hierna: GAO.

⁸³ U.S. Government Accountability Office, 'Corporate Crime DOJ Has Taken Steps To Better Track Its Use Of Deferred And Non-Prosecution Agreements, But Should Evaluate Effectiveness' 2009, p. 20. Hierna: GAO-rapport. Ook de OESO is van mening dat het niet bekend is, zie: OECD, 'Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the United States, 2010, p. 20: "*their actual deterrent effect has not been quantified*".

⁸⁴ GAO-rapport, p. 22.

⁸⁵ Echter kunnen bij deze maatregelen vraagtekens worden gezet aangezien de DOJ geen bronnen heeft om bedrijfsactiviteiten te monitoren nadat een DPA of NPA succesvol is afgelopen op lange termijn, noch is het de missie van de DOJ om dit te doen.

⁸⁶ GAO-rapport, p. 23. Vaak zijn ondernemingen gehouden aan voorwaarden zoals het opstellen of verbeteren van interne controles of bedrijf compliance-programma's of zich bezighouden met trainingen voor het opsporen en voorkomen van verdere wandaden. Indien een onderneming voldoet aan alle vereisten is het waarschijnlijk dat er sprake is van hervorming van de onderneming.

⁸⁷ Het zal echter moeilijk zijn te bepalen in hoeverre de DPA op zichzelf heeft bijgedragen aan de bedrijfshervorming.

Opmerkelijk is dat de meeste DPAs worden gemaakt met grote en nationale ondernemingen en in mindere mate met kleine en buitenlandse ondernemingen.⁸⁸ Als grote en nationale ondernemingen meer kans maken op de voordelen van DPAs, is het moeilijk te bevatten dat de DOJ haar fundamentele verplichting van rechtvaardigheid nastreeft en zorgt voor een eerlijke en evenwichtige handhaving van de wet. Het mag niet het geval zijn dat grote bedrijven met meer financiële middelen beter af zijn dan kleine ondernemingen. Hetzelfde geldt voor multinationals die een minder gunstige behandeling krijgen in het Amerikaanse strafrechtstelsel dan binnenlandse ondernemingen. Of een overeenkomst wordt aangeboden aan een onderneming zou niet moeten afhangen van de bedrijfswinsten, of de binnenlandse of buitenlandse achtergrond. De DOJ zal zich zonder twijfel niet laten beïnvloeden in haar beslissing door dergelijke factoren, er van uit gaande dat zij niet opzettelijke grote en nationale ondernemingen bevoordeelt. Toch heerst er deze schijn en dat is zorgelijk. De DOJ doet er verstandig aan om normen te ontwikkelen die de keuze voor een DPA waarborgt met onafhankelijkheid van financiële middelen of afkomst.⁸⁹

Tevens wordt er ook commentaar gegeven op het gebruik van de overeenkomsten, waarbij het gebruik daarvan kan worden gezien als een stimulans voor het gebrek aan respect voor de wet en het falen van de afschrikking van zakelijke criminaliteit.⁹⁰

Eveneens dient in het achterhoofd te worden gehouden dat bij het sluiten van de DPA het geen garantie is dat een dergelijk wangedrag in de toekomst zal uitblijven.⁹¹

DPAs kunnen een handig instrument zijn mits dat daar enige vorm van oplettendheid en controle van een gerechtelijke autoriteit aan te pas komt.⁹² Ook de OESO merkt op dat dergelijke overeenkomsten in de Verenigde Staten onderworpen zijn aan weinig of geen rechterlijke controle.⁹³ Geen rechterlijke controle kan schadelijk zijn voor de belangen die de DPA beoogd te beschermen. Met rechterlijke tussenkomst worden aanklagers weerhouden om oneerlijke bedingen in de DPA voorwaarden op te

⁸⁸ Garrett 2007.

⁸⁹ Uhlmann 2013, p. 1327.

⁹⁰ GAO-rapport, p. 2; Wray & Hur 2006, p. 1145 e.v. Volgens critici zouden DPAs het rechtssysteem van hoor en wederhoor ondermijnen met betrekking tot individueel aangeklaagden, door aanklagers de mogelijkheid te geven meer druk uit te kunnen oefenen op ondernemingen om samen te werken met overheidsonderzoeken. Dit zorgt voor spanningen tussen de ondernemingen en haar werknemers.

⁹¹ Delaney 2009, p. 882. Een goed voorbeeld is de 'AIG Financial Products zaak', waarbij in 2004 een DPA werd gesloten met de onderneming wegens medeplichtigheid aan effectenfraude. In 2008 werd dezelfde divisie van AIG onderworpen aan onderzoek van de DOJ aangezien de onderneming verdacht werd van risicovol financieel gedrag. Deze zaak illustreert dat een DPA proces problematisch is wanneer een onderneming, zoals AIG, een DPA aangaat met de overheid om haar bedrijfsactiviteiten te hervormen, maar doorgaat met twijfelachtige praktijken die in de toekomst tot meer ernstige schade kunnen leiden.

⁹² GAO-rapport, p. 2. Ook de leden van het Congres belangstelling hebben getoond in het begrijpen van de rol van de rechter bij de selectie van monitoren en andere aspecten van de overeenkomsten.

⁹³ OESO, 'Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the United States' 2010, p. 20.

nemen (zoals een te hoge boete) en wordt voorkomen dat een onderneming onder druk of economische dwang akkoord gaat.⁹⁴ Vaak wordt ook geroepen dat een onderneming door middel van een DPA zich kan 'uitkopen' van strafrechtelijke vervolging en onthult tegenstrijdigheid in de benadering van de regering om ondernemingsmisdad te vervolgen.⁹⁵ Met behulp van rechterlijke controle wordt de mogelijkheid voor 'uitkopen' door een onderneming tegengehouden. Er bestaan modellen bij andere rechtsgebieden die de DOJ kunnen helpen om prestatie maatstaven te creëren, inclusief beoordeling of een onderneming voldoet aan de voorwaarden van de DPA of wangedrag toont tijdens of na de overeenkomst.⁹⁶ Door het ontwikkelen van prestatie maatstaven zal de DOJ over een sterkere positie beschikken om te meten of ze over doeltreffende maatregelen beschikt ter bestrijding en afschrikking van ondernemingscriminaliteit.

II.2.6 *Uitzonderingen en verweren*

De FCPA geeft een zeer beperkt aantal uitzonderingen waarbij betalingen die als corrupt kunnen worden aangemerkt niet strafbaar zijn onder de FCPA. Ook de verdedigingsgronden die individuen of bedrijven kunnen voeren zijn slechts zeer beperkt.

In een aantal specifieke gevallen zijn kleinere betalingen uitgezonderd die dienen ter versnelling of het veiligstellen van routinematig overheidshandelen, de zogenoemde 'facilitation payments'.⁹⁷ Dergelijke betalingen hebben een legitiem oogmerk en hebben niet als doel het verkrijgen of behouden van een zakelijk voordeel. Verdere beschrijving, bijvoorbeeld de hoogte van dergelijke betalingen, is echter in de wet uitgebleven. De hoogte van het omkopingsbedrag wordt echter in het algemeen beschouwd als een belangrijke factor bij het beoordelen of het al dan niet om een 'facilitation payment' gaat; hoe hoger het bedrag, hoe kleiner de kans dat het bedrag binnen de uitzondering valt. Voorbeelden van 'facilitation payments' zijn betalingen die worden gedaan voor het verkrijgen van vergunningen of licenties of het verkrijgen van mail, telefoon, water of elektrische services.⁹⁸ Voorwaarde is wel dat deze deugdelijk geadministreerd worden. Ten tweede zijn betalingen niet verboden indien zij rechtmatig zijn onder een geschreven wet of regelgeving van het desbetreffende buitenland.⁹⁹ Echter, een geschreven wet geeft niet altijd bij voorbaat bescherming

⁹⁴ Senko 2009, p. 174-175; Georgis 2012, p. 276-277. Georgis is ook voorstander van meer betrokkenheid van rechtbanken om ervoor te zorgen dat er sprake is van een sterke juridische basis. Rechterlijke toetsing zou een vereiste moeten zijn voor een afdwingbare DPA.

⁹⁵ Uhlmann 2013, p. 1341.

⁹⁶ GAO-rapport, p. 28.

⁹⁷ FCPA Resource Guide, p.25 en 15 U.S.C. § 78dd-2(b).

⁹⁸ Een niet-uitputtende lijst van voorbeelden betalingen die als 'facilitation payments' zouden kunnen worden gemaakt is uiteengezet in de FCPA: 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(3)(A); 78dd-2(h)(4)(A); 78dd-3(f)(4)(A).

⁹⁹ 15 U.S.C. § 78dd-2(c)(1).

tegen FCPA aansprakelijkheid.¹⁰⁰ Tot slot zijn redelijke en bonafide betalingen niet verboden indien zij direct gerelateerd zijn aan de promotie, demonstratie of uitleg van producten of diensten, dan wel direct gerelateerd zijn aan de uitvoering of executie van een contract met een buitenlandse overheid of agentschap.¹⁰¹ Onder een dergelijke betaling vallen bijvoorbeeld de reiskosten voor het bijwonen van educatie op bedrijfslocaties binnen de Verenigde Staten¹⁰² of het verschaffen van productmonsters aan buitenlandse overheidsinstanties voor het testen en evalueren van dergelijke producten.¹⁰³ Niet toegestaan zijn kosten die worden gemaakt met het oog op bijvoorbeeld toeristische doeleinden.¹⁰⁴

Voorwaarden van de bovenstaande toegestane betalingen zijn dat de persoon of bedrijf die deze betaling heeft gedaan diverse voorzorgsmaatregelen en controles heeft ondernomen. Elk geval waarbij de DOJ een afzonderlijke betaling heeft goedgekeurd zal niet tot gevolg hebben dat deze goedkeuring bindend is voor elke andere partij met eenzelfde soort betaling, evenmin zal het de DOJ binden indien de feiten zoals gepresenteerd niet compleet waren ten tijde van de beslissing.

II.3 Regelgeving in het Verenigd Koninkrijk: 'The U.K. Bribery Act'

De U.K. Bribery Act van 8 april 2010 is in het Verenigd Koninkrijk officieel in 2011 ingevoerd en vervangt daarmee de oude Britse anti-corruptiewetgeving, met als doel de statutory en common law betreffende de strafbaarstelling van omkoping te consolideren. Naast de strafbaarstelling van binnenlandse omkoping en omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen ziet de wet op zowel private als publieke omkoping. De nieuwe Bribery Act geeft antwoord op de strenge internationale kritiek die door de OESO werd gegeven op het niet voldoen aan de verplichtingen voortvloeiend uit het OESO-verdrag. De wet wordt tegenwoordig aangeprezen als strengste anti-omkopingsregime ter wereld en strekt zich verder uit dan de Amerikaanse regelgeving.¹⁰⁵ Dit komt

¹⁰⁰ Foreign Corrupt Practices Act Review, 'Opinion Procedure Release 98-01', 1998.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1998/9801.pdf

¹⁰¹ 15 U.S.C. § 78dd-2(c)(2).

¹⁰² Foreign Corrupt Practices Act Review, 'Opinion Procedure Release 07-01', 2007.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2007/0701.pdf

¹⁰³ Foreign Corrupt Practices Act Review, 'Opinion Procedure Release 09-01', 2009.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2009/0901.pdf

¹⁰⁴ United States District Court for the District of Massachusetts, 14 december 1999, No. 1:99CV12566 (*United States v. Metcalf & Eddy, Inc.*). Zo werd een onderneming veroordeeld dat betaalde reizen verstrekke naar verschillende toeristische bestemmingen in de Verenigde Staten aan de voorzitter (en zijn vrouw en kinderen) van een Egyptische organisatie, die de onderneming voorzag in contracten met betrekking tot onderhoud van waterfaciliteiten.

¹⁰⁵ Connor 2011.

mede doordat er geen uitzondering wordt gemaakt op ‘facilitation payments’¹⁰⁶ en bedrijven aansprakelijk gesteld worden indien zij hebben nagelaten om corruptie te voorkomen.

II.3.1 Anti-omkoop bepalingen in de Bribery Act

De Act kent vier artikelen waarin omkoping strafbaar wordt gesteld. Naast de algemene strafbepalingen van omkoping in artikel 1 en 2, kent deze Act ook strafbaarstelling van buitenlandse overheidsfunctionarissen en strafbaarstelling indien niet voldaan is aan de zorgplicht om omkoping te voorkomen, respectievelijk neergelegd in artikel 6 en 7 van de Act. Overtreding van de artikelen 1, 2 of 6 kan zowel direct door de omkoper plaatsvinden, maar ook indirect via een derde partij.

Artikel 1 Bribery Act: actieve omkoping van ambtenaren en artikel 2 Bribery Act: passieve omkoping van ambtenaren.

Onder artikel 1 van de Act worden alle vormen van actieve omkoping strafbaar gesteld: het aanbieden, beloven of geven van een financieel of ander voordeel met als doel om een ambtenaar te bewegen tot onbehoorlijke taakvervulling (‘improper performance’¹⁰⁷) van een relevante functie of handeling (‘relevant function or activity’). De omkoper moet daarbij de *intentie* hebben om de ambtenaar te bewegen tot een onbehoorlijke taakvervulling van zijn relevante ambtelijke functie of handeling, met het oog op het behalen of behouden van een zakelijk voordeel.¹⁰⁸

Artikel 2 ziet op de passieve vormen van omkoping, waarbij het verzoeken, overeenkomen te aanvaarden of het accepteren van een financieel of ander voordeel strafbaar wordt gesteld met als doel het bewerkstelligen van onbehoorlijke taakvervulling. Daarbij heeft de ontvanger van de steekpenningen de intentie om de relevante functie of handeling onjuist uit te voeren. Indien de intentie van de ontvanger echter niet aanwezig is, kan er in een aantal gevallen toch sprake zijn van overtreding van artikel 2 van de Act¹⁰⁹, te weten:

- Wanneer het ontvangen bedrag zelf ongepast is, dit is het geval bij ‘facilitation payments’;

¹⁰⁶ Ministry of Justice: ‘Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)’
Te downloaden via: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> Hierna: Bribery Act Guidance. Echter is de strafbaarstelling van deze betalingen versoepeld door een Richtlijn waarbij duidelijk gemaakt werd dat ‘betalingen voor gastvrijheid, promotionele uitgaven en andere zakelijke betalingen’ niet onder het verbod vallen en daarmee zijn uitgezonderd.

¹⁰⁷ De definitie van ‘improper performance’ is neergelegd in artikel 4 van de Act. Daarvan is sprake indien het wordt uitgevoerd in strijd met een relevante verwachting en in het geval waarbij er sprake is van verzuim, hetgeen zelfs een overtreding van een relevante verwachting is.

¹⁰⁸ Vermeij & Perez 2011, p.364. Voorbeelden die gegeven worden van het behalen of behouden van een zakelijk voordeel is het beschermen van omzet of het genereren van meer omzet.

¹⁰⁹ Smith & Sabin, *Practice note from PLC Corporate*, p.7

- Wanneer het ontvangen bedrag een beloning is voor een in het verleden verrichte onjuiste handeling;
- Wanneer de onjuiste handeling een anticipatie is van ontvangen voordeel.

In deze gevallen is het niet van belang dat de ontvanger weet of gelooft dat de presentatie ongepast is.

Actieve en passieve omkoping wordt gedaan met het oog op het doen verrichten van een onbehoorlijke taakvervulling van een 'relevant function or activity'.¹¹⁰ Er is sprake volgens artikel 3 van de Act van een 'relevant function' indien het gaat om een publieke functie, een functie verbonden met de onderneming, vak of beroep of een activiteit die wordt uitgevoerd voor of ten behoeve van de tewerkstelling van een persoon.¹¹¹ Deze ruime omschrijving heeft tot gevolg dat zowel functies van publieke aard als private aard onder het bereik van de Bribery Act vallen.¹¹² Niet elke gebrekkige nakoming van de desbetreffende functie tegen een vergoeding of in de verwachting van een voordeel wordt geraakt door de Bribery Act. Van de bevoegde persoon die de desbetreffende functie uitvoert dient te worden verwacht dat hij dit in goede trouw of onpartijdigheid doet of zich in een vertrouwenspositie bevindt.¹¹³ Om te beoordelen of de ambtenaar onrechtmatige taakvervulling of handeling verricht wordt gekeken naar wat de redelijk handelend persoon in het Verenigd Koninkrijk ('reasonable person') van de taakvervulling of handeling zou verwachten.¹¹⁴

De act geeft geen verdere invulling aan wat er onder een financieel of ander voordeel valt. Echter kan gedacht worden aan bijvoorbeeld relatiegeschenken of vormen van gastvrijheid tegenover een klant. Wanneer deze voordelen echter buitenproportioneel en onredelijk zijn, en daarmee als omkoping kunnen worden aangemerkt, dient met door de rechter te worden beoordeeld.¹¹⁵ De standaard die de rechter hiervoor zal gebruiken zal zich in de toekomst uitwijzen.

Artikel 6: omkoping van een 'Foreign Public Official'.

De vereisten van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen komt overeen met hetgeen door de OESO is vereist in het OESO-verdrag. Het aanbieden, beloven of geven van een financieel of ander voordeel aan een buitenlandse overheidsfunctionaris met de intentie zijn handelen te beïnvloeden is strafbaar gesteld in dit artikel. De betaler moet daarbij de intentie hebben om zaken

¹¹⁰ Art. 3 U.K. Bribery Act 2010.

¹¹¹ Bell 2011, p. 105.

¹¹² Ministry of Justice, Explanatory Notes to the Bribery Act 2010 (c. 23), 8 April 2010, par. 28. Te downloaden via: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpgaen_20100023_en.pdf. Hierna: Explanatory Notes.

¹¹³ Art. 3 (3)(4)(5) U.K. Bribery Act 2010 en Explanatory Notes, par. 29.

¹¹⁴ Art. 5 (1) U.K. Bribery Act 2010.

¹¹⁵ Explanatory Notes, par. 15.

of een ander voordeel te verkrijgen of te behouden in het kader van zijn bedrijfsvoering.

Uitzondering op strafbaarheid wordt gemaakt indien het de buitenlandse overheidsfunctionaris is toegestaan of voorgeschreven bij wet te worden beïnvloed door het voordeel.¹¹⁶

De Bribery Act maakt gebruik van de term 'Foreign Public Official'. Onder het begrip 'Foreign Public Official' valt iedereen die¹¹⁷:

- Een buitenlandse wettelijke, administratieve of gerechtelijke positie bekleedt;
- Een publieke functie uitoefent voor een extern land, gebied, openbare instantie of overheidsbedrijf;
- Een ambtenaar of agent van een internationale publiekrechtelijke organisatie is.

Voor strafbaarstelling onder dit artikel is het niet vereist dat de 'Foreign Public Official' ook daadwerkelijk is overgegaan tot onbehoorlijke taakvervulling. Er is al sprake van overtreding van artikel 6 indien de omkoper slechts de intentie had om de handelingen van een buitenlandse overheidsfunctionaris te beïnvloeden, zelfs al is dit niet gelukt.¹¹⁸ Naast de intentie om de buitenlandse overheidsfunctionaris te beïnvloeden, dient er ook de intentie aanwezig te zijn om een zaak of zakelijk voordeel te verkrijgen of te behouden.¹¹⁹ Artikel 6 bevat geen vereiste voor 'improper performance'. Het is bij een overheidsfunctionaris die gevestigd is in het buitenland, moeilijk te beoordelen wat een goede taakvervulling is, laat staan vast te stellen wanneer dergelijke taakvervulling wordt overtreden. Door het ontbreken van dit vereiste geldt bij de Bribery Act een lagere drempel voor aansprakelijkheid van omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen dan bij de FCPA. Artikel 1 van de Bribery Act bevat wel een dergelijk vereiste dat de intentie aanwezig is om de omgekochte persoon ertoe te bewegen zijn taken onbehoorlijk uit te laten voeren en komt dus wel in grote lijnen overeen met het corruptie-motief vereiste van de FCPA.

Artikel 7: 'Failure to prevent Bribery'.

Artikel 7 van de Act is de nieuwe strafbepaling en voorziet in aansprakelijkheid indien er door de onderneming is nagelaten om omkoping te voorkomen. Het artikel is van toepassing op 'relevant commercial organisations'¹²⁰: een rechtspersoon opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk of ieder ander lichaam dat actief is in enig deel van het Verenigd Koninkrijk.¹²¹ Van

¹¹⁶ Art. 6 (3)(b) U.K. Bribery Act 2010; Bell 2011, p. 106. Een uitzondering wordt gemaakt bijvoorbeeld in het geval er extra investeringen in de lokale overheid of gemeenschap dienen te worden gemaakt als onderdeel van een aanbestedingsproces.

¹¹⁷ Art. 6 (5) U.K. Bribery Act 2010. De definitie is gebaseerd op de definitie in art. 1.4(a) OESO-Verdrag.

¹¹⁸ Maton 2010 p. 40.

¹¹⁹ Art. 6 (1)(4) jo. art. 6 (2) U.K. Bribery Act 2010.

¹²⁰ Art. 7 (1) U.K. Bribery Act 2010. Hierna: RCO.

¹²¹ Art. 7 (5) U.K. Bribery Act 2010; Bribery Act Guidance par. 35, p. 15. Denk aan bijvoorbeeld naamloze vennootschappen, joint-ventures of andere samenwerkingsverbanden, verenigingen, charitatieve instellingen

overtreding van het artikel is sprake indien: (1) omkoping is gedaan door een 'associated person'¹²²; (2) de omkoping is gedaan met de intentie op het verkrijgen of behouden van zaken of een zakelijk voordeel; (3) de RCO niet kan bewijzen dat ze adequate procedures heeft geïmplementeerd ter voorkoming van corruptie. Bewijs van een oneerlijke of corrupte intentie van de RCO is niet vereist¹²³, er is namelijk sprake van een 'liability offence' waarbij de strafbaarheid en aansprakelijkheid van RCO's een vast gegeven is.

Verboden is wanneer een met de RCO verbonden persoon iemand omkoopt om een zaak of zakelijk voordeel te behalen of te behouden voor of namens de RCO. Er is sprake van 'verbondenheid met de rechtspersoon' wanneer een persoon voor of ten behoeve van die rechtspersoon diensten verleent, in welke hoedanigheid dan ook.¹²⁴ Voor verbondenheid dient er slechts sprake te zijn van een relevante band tussen beide partijen, dat er daadwerkelijk een formele band bestaat is niet van belang, noch is vereist dat er enige mate van controle dient te zijn over de verbonden persoon.¹²⁵ Indien er sprake is van een met de onderneming verbonden persoon, leidt dit niet automatisch tot aansprakelijkheid. Er dient namelijk ook te worden voldaan aan de eis dat omkoping geschiedde met het doel op het verkrijgen van enig voordeel voor de RCO. Niet aannemelijk is dat slechts een indirect voordeel afdoende is om deze eis te bewijzen.¹²⁶

Het laatste vereiste van dit artikel is dat er door de verbonden persoon een omkopingshandeling moet plaatsvinden. Daarbij gaat het louter om actieve omkoping neergelegd in artikel 1 en 6 van de Act.¹²⁷ Indien een rechtspersoon zich schuldig maakt aan omkoping onder het bereik van artikel 1 of artikel 6 van de Act, kan het dus zijn dat de rechtspersoon zich ook schuldig maakt aan het overtreden van artikel 7. Voor de bewijslast is niet vereist dat het motief of de intentie van de rechtspersoon wordt bewezen.¹²⁸ Voor Nederlandse rechtspersonen is dit slechts van belang indien

enzovoorts. Wanneer er sprake is van enige activiteit in het Verenigd Koninkrijk dient volgens de Bribery Act Guidance te worden beoordeeld door de rechter met behulp van common sense. Een organisatie zonder enige aantoonbare commerciële aanwezigheid wordt niet door artikel 7 geraakt.

¹²² Art. 8 U.K. Bribery Act 2010. Een 'associated person' is een aan de onderneming verbonden persoon die voor of namens de onderneming diensten verricht.

¹²³ Maton 2010, p.40.

¹²⁴ Bribery Act Guidance par. 37, p. 16. Het kan gaan om bijvoorbeeld een werknemer, maar ook een dochteronderneming. De verbonden persoon hoeft geen nauwe band met het Verenigd Koninkrijk te hebben. Hiermee zorgt de wetgever voor een brede reikwijdte van het artikel. Ministry of Justice: 'Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director Of The Serious Fraud Office And The Director Of Public Prosecutions', p. 6. Te downloaden via: www.sfo.gov.uk/search.aspx?search=prosecution+guidance&x=0&y=0. Hierna: Joint Prosecution Guidance. Hieruit volgt dat bij de beoordeling gekeken dient te worden naar alle relevante omstandigheden van het geval en niet louter naar de aard van de relatie.

¹²⁵ Vermeij & Perez 2011, p. 365.

¹²⁶ Van 't Hullenaar 2012, p. 3. Een werknemer van een dochtermaatschappij die zich schuldig maakt aan omkoping leidt niet vanzelfsprekend tot aansprakelijkheid van de moedermaatschappij enkel vanwege het feit dat de moeder indirect voordeel van de omkoping geniet door middel van dividenduitkeringen.

¹²⁷ Explanatory Notes, par. 51.

¹²⁸ Smith & Sabin, *Practice note from PLC Corporate*, p. 4.

een betrokken persoon een nauwe band heeft met het Verenigd Koninkrijk; de eis voor vervolging van omkoping op grond van artikel 1 of 6. Indien er geen sprake is van een nauwe band met het Verenigd Koninkrijk, is gelijktijdige vervolging niet aan de orde.

Op het eerste gezicht lijkt de nieuwe strafbaarstelling van artikel 7 van de Act een zeer strenge maatregel voor RCO's. Voor aansprakelijkheid is namelijk al voldoende dat de RCO een (deel) van haar bedrijfsvoering in het Verenigd Koninkrijk uitoefent. De RCO hoeft niet zelf in het Verenigd Koninkrijk te zijn gevestigd. De omkoping behoeft net zo min daar te hebben plaatsgevonden. Een RCO wordt namelijk aansprakelijk gehouden voor het handelen van haar werknemers, agenten of dochtervennootschappen en deze individuen of entiteiten kunnen handelen buiten hun opdracht of contract met de RCO. Indien een RCO echter adequate procedures en maatregelen heeft getroffen kan de RCO zich ontdoen van aansprakelijkheid op grond van artikel 7.¹²⁹

In de literatuur heerst kritiek dat deze nieuwe strafbepaling zou leiden tot de ontmoediging bij buitenlandse ondernemingen om zakelijk actief te zijn in het Verenigd Koninkrijk indien hun activiteiten slechts beperkt zijn tot de notering op de London Stock Exchange.¹³⁰

Toepassingsgebied

De Bribery Act is van toepassing op de volgende personen en entiteiten:

- Personen met Britse nationaliteit, rechtspersonen opgericht naar het recht van enig deel van het Verenigd Koninkrijk;
- Buitenlandse personen woonachtig in het Verenigd Koninkrijk;
- Buitenlandse rechtspersonen die hun bedrijf of een deel daarvan in het Verenigd Koninkrijk voeren;
- Elke natuurlijk persoon of rechtspersoon die omkoping uitvoert binnen het Verenigd Koninkrijk;
- 'Senior officers' van een rechtspersoon die een tegenpartij omkoopt volgens artikel 1, 2 of 6, indien er sprake is van toestemming of medeweten.¹³¹

Het toepassingsgebied van de Bribery Act is neergelegd in artikel 12.

¹²⁹ Art. 7 (2) U.K. Bribery Act 2010.

¹³⁰ Bell 2011, p. 106; Bribery Act Guidance, par. 36, p. 15. In de Guidance wordt echter verheldering daaromtrent gegeven dat 'carrying on a business' meer is dan louter genoteerd zijn aan de London Stock Exchange.

¹³¹ Art. 14 (4) U.K. Bribery Act 2010. Senior Officers zijn directeuren, managers en andere soortgelijke functionarissen van een onderneming.

Aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid van een onderneming of individu kan volgen indien er aan de vereisten van de hierboven beschreven vormen van omkoping is voldaan. Bij de artikelen 1, 2 of 6 kan worden overgegaan tot vervolging indien de handeling plaatsvindt in enig deel van het Verenigd Koninkrijk of overal ter wereld indien de handelend persoon een nauwe band ('close connection') heeft met het Verenigd Koninkrijk. Van dit laatste is sprake in het geval van een Britse staatsburger, inwoner of een rechtspersoon opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.

Uit artikel 7 van de Act volgt aansprakelijkheid voor ondernemingen indien zij geen of onvoldoende maatregelen nemen ter voorkoming van omkoping. Voor de vervolging van de onderneming is het niet noodzakelijk dat de persoon die zich schuldig heeft gemaakt aan omkoping veroordeeld is. Echter zal de officier van justitie bewijsmateriaal nodig hebben dat de aan de onderneming verbonden persoon zich schuldig heeft gemaakt aan omkoping ter verkrijging of behouden van een zaak of zakelijk voordeel.

Het mislukken van de voorkoming van corruptie van artikel 7 is een risicoaansprakelijkheidsmisdrijf. Het is niet belangrijk dat de organisatie de betaling heeft aangenomen, ermee heeft toegestemd of er wetenschap van had.¹³² Het maakt ook niet uit waar ter wereld de omkoping heeft plaatsgevonden of dat er een nauwe band is met het Verenigd Koninkrijk, want elke onderneming die onder de definitie van RCO valt is aansprakelijk voor daden verricht door verbonden personen overal ter wereld. De enige voorwaarde voor vervolging is dat de RCO (een deel van) haar bedrijfsvoering uitoefent in het Verenigd Koninkrijk, waarbij de omkoping niet verbonden hoeft te zijn aan die bedrijfsvoering. Dit heeft een enorme territoriale reikwijdte tot gevolg, want slechts enige bedrijfsactiviteit in Verenigd Koninkrijk kan leiden tot aansprakelijkheid.¹³³ Het vereiste dat een rechtspersoon zijn bedrijf of een deel daarvan in het Verenigd Koninkrijk moet voeren is niet verder gespecificeerd in de wet. De rechtspraak zal moeten vaststellen wanneer hiervan sprake is. Het Ministerie van Justitie heeft echter wel in de Guidance aangegeven wat haar intenties zijn waarbij een onderscheid wordt gemaakt in rechtspersonen die binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk zijn opgericht.

'Senior officers' van een onderneming kunnen ook aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 14 indien een overtreding van art. 1, 2 of 6 is bewezen door de onderneming met toestemming of medeweten van de 'senior officer'. Hoewel beide termen verder niet zijn gedefinieerd, is het

¹³² Barker 2011, p. 11.

¹³³ Zo kan een Nederlandse rechtspersoon met een beperkte bedrijfsactiviteit in het Verenigd Koninkrijk worden vervolgd en aansprakelijk worden gesteld in het geval haar Poolse wetgever in Afrika een Japanner omkoopt met het oog op het verkrijgen van enig voordeel voor de Nederlandse rechtspersoon.

denkbaar dat er sprake is van toestemming of medeweten indien een 'senior officer' zich realiseert dat omkoping plaatsvindt en niets doet om het te voorkomen.¹³⁴

'Senior officers' kunnen persoonlijk strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden indien zij hebben toegestemd of toegezien bij overtreding van de algemene omkopingsbepalingen of bij omkoping van een Foreign Public Official. Voordat zij aansprakelijk kunnen worden gehouden, dient allereerst de verbonden onderneming strafbaar te zijn. Deze eis vormt dan ook het grootste obstakel voor veroordeling van de senior officers.

De rechtspersoon zelf kan ook aansprakelijk worden gesteld voor de algemene delicten die zijn begaan door een aan de onderneming verbonden persoon. Echter is het zeer moeilijk om ondernemingen te vervolgen op deze basis en er is nog nooit een succesvolle vervolging in Engeland van een bedrijf geweest voor omkoping.¹³⁵

II.3.2 Boekhoudbepalingen in de Bribery Act

De Bribery Act voorziet niet in boekhoudbepalingen zoals deze zijn opgenomen in de FCPA. De Companies Act 2006 geeft echter wel vergelijkbare vereisten. In artikel 386 (1) van de Companies Act wordt vereist dat alle rechtspersonen, ongeacht of ze een actieve bedrijfsvoering uitoefenen, zijn gehouden tot het voeren van een adequate boekhouding. Indien zij hier niet in slagen, is elke 'company officer' in verzuim en kan hen een straf worden opgelegd van maximaal twee jaar gevangenisstraf, een onbeperkte geldboete of een combinatie van beide op grond van artikel 387. Een ieder kan zich hiertegen verweren door te bewijzen dat zijn handelen in alle eerlijkheid is gedaan en dat het gebrek verschoonbaar is.

II.3.3 Sancties

Voor de hoogte van de sancties die aan de overtreders van artikelen 1, 2 en 6 kunnen worden opgelegd dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen kleine overtredingen en misdrijven. Indien er sprake is van een kleine overtreding komt de zaak voor de lagere rechter zonder jury en kan er aan een individu een maximale sanctie worden opgelegd van 12 maanden gevangenisstraf en/of een geldboete. Is er sprake van een misdrijf, met als gevolg dat de hoogste rechter in eerste aanleg over de zaak zal beslissen, kan er een maximale sanctie op worden gelegd van 10 jaar gevangenisstraf en/of in combinatie met een ongelimiteerde geldboete.¹³⁶ Voor bedrijven geldt een

¹³⁴ Smith & Sabin, *Practice note from PLC Corporate*, p. 5.

¹³⁵ Een van de kritiekpunten van de OESO Werkgroep in het eerder genoemde OESO-rapport dat de omkoping door ondernemingen niet effectief was strafbaar gesteld in het Verenigd Koninkrijk.

¹³⁶ Art. 11 (1) U.K. Bribery Act 2010.

beperkte geldboete voor kleine overtredingen en voor misdrijven een ongelimiteerde geldboete.¹³⁷ Overtreding van artikel 7 van de Act wordt gekwalificeerd als een misdrijf en een boete zal worden vastgelegd door de Serious Fraud Office gebeuren.¹³⁸ Hoe hoog deze boetes zullen zijn is nog maar afwachten.¹³⁹ Een eerste fraudezaak is in september jongstleden voor de SFO gekomen, waarbij drie zakenlieden van Sustainable AgroEnergy Plc. verdacht worden van frauduleuze handelingen oplopend tot 23 miljoen pond in strijd met artikel 1(1) en 2(1) van de Bribery Act 2010.¹⁴⁰ De uitkomst van de zaak is nog niet bekend. Bedrijven kunnen voor overtreding van een van de bepalingen van de Bribery Act een geldboete verwachten van 10% van hun omzet.¹⁴¹ Andere sancties die opgelegd kunnen worden zijn het openbaar maken van veroordelingen ('naming and shaming') en het langdurig uitsluiten van deelname aan overheidsaanbestedingen.

II.3.4 *Toezicht en handhaving*

De SFO is het belangrijkste handhavingsorgaan alsmede aanklager en kan zowel civiel al strafrechtelijk vervolgen.¹⁴² Bewezen dient te worden dat er een verband bestaat tussen het financieel of ander aangeboden voordeel en de intentie de ander te bewegen tot een onbehoorlijke taakvervulling over de uitvoering van een relevante functie (artikel 1) of het beïnvloeden en verzekeren van een zakelijk voordeel (artikel 2). Voordat daadwerkelijk zal worden overgegaan tot vervolging zullen de vervolgers eerst dienen te beoordelen of vervolging zinvol is. Deze beoordeling wordt gedaan naar aanleiding van de zogenaamde 'Full Code Test' en bestaat uit twee fases: de bewijsfase en de openbaar belang fase.¹⁴³ Slechts indien er voldoende bewijs is om een vervolging te rechtvaardigen, dient er te worden beoordeeld of de vervolging nodig is in het openbaar belang. Vervolging zal dan plaatsvinden, tenzij er factoren in het openbaar belang zwaarder wegen tegen de vervolging dan factoren in het voordeel van vervolging.

II.3.5 *Deferred Prosecution Agreements*

Momenteel kent de SFO twee mogelijkheden om corruptie aan te pakken, namelijk strafrechtelijke vervolging of, indien dit niet passend is, een civiele terugvordering tegen de RCO. In beide gevallen is

¹³⁷ Art. 11 (2) U.K. Bribery Act 2010.

¹³⁸ Art. 11 (3) U.K. Bribery Act 2010. Hierna: SFO.

¹³⁹ Yeoh 2012, p. 45. Gebaseerd op bestaande vervolgingszaken kunnen deze boetes naar verwachting oplopen tot in de miljoenen.

¹⁴⁰ De aanklacht is gericht tegen individuen, dus het valt nog te bezien welke aanpak de SFO zal nemen tegen rechtspersonen.

¹⁴¹ Yeoh 2012, p. 45.

¹⁴² Art. 10 (1) U.K. Bribery Act 2010.

¹⁴³ Joint Prosecution Guidance, p. 4.

er sprake van langdurig onderzoek, waarbij een strafrechtelijke vervolging langdurige gerechtelijke procedures kent om tot een conclusie te komen. Terwijl strafrechtelijke vervolging een onderneming effectief kan straffen door het gebruik van de bestaande strafrechtelijke sancties, erkent ook het Verenigd Koninkrijk de nadelige gevolgen voor onschuldige derden zoals werknemers, klanten of zelfs de Britse economie aangezien de vervolging een ernstige impact op de aandelenkoers kan hebben.¹⁴⁴ Hoewel civiele terugvordering effectief kan worden gebruikt om ervoor te zorgen dat opbrengsten van corruptie kunnen worden hersteld, kan dit middel niet worden gebruikt voor het straffen van de dader of het direct schadeloos stellen van slachtoffers.

Extra hulpmiddelen voor de SFO, zoals de DPA, zijn dan ook handig om criminele misdaad aan te pakken. Op 17 mei 2012 werd de discussie nota met betrekking tot DPAs door het Ministerie van Justitie gepubliceerd, hetgeen een belangrijke ontwikkeling is voor ondernemingen die zijn onderworpen aan de Bribery Act.¹⁴⁵ Verwachte implementatie van de DPA zal februari dit jaar zijn en zal worden neergelegd in de Crime and Courts Act 2013. De Britse DPA is gebaseerd op de Amerikaanse voorganger en toont vele overeenkomsten. Een aanklager zal de onderneming aanklagen, maar zal niet overgaan tot strafrechtelijke vervolging als de onderneming voldoet aan de voorwaarden van de DPA binnen een afgesproken tijdsbestek.¹⁴⁶ De voorwaarden daarbij kunnen zijn: betaling van een dwangsom; restitutie voor de slachtoffers; verbeurdverklaring van de winst van het wangedrag; maatregelen om toekomstig crimineel (een toezichts-of meldingsplicht) te voorkomen.¹⁴⁷ Echter zijn er ook verschillen tussen beide overeenkomsten, vooral ten aanzien van de inschakeling van rechterlijke instanties. De Britse rechtbanken spelen een meer prominente toezichthoudende rol dan in de Verenigde Staten. De afgesproken voorwaarden tussen de partijen dienen te worden goedgekeurd door de rechtbank alvorens een DPA in werking treedt. Of een DPA geschikt is in een dergelijk geval dient te worden beoordeeld door de aanklager op grond van de 'twee-fasentest': (1) het bewijs moet een realistisch vooruitzicht geven om de overtreding te bewijzen; (2) de DPA moet in openbaar belang zijn.¹⁴⁸ Indien er sprake is van een ernstige schending van de overeenkomst, zal er worden overgegaan tot vervolging van de onderneming.

¹⁴⁴ Ministry of Justice, 'Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements', Consultation Paper CP9/2012. Te downloaden via <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/deferred-prosecution-agreements>. Hierna: Consultation Paper CP9/2012.

¹⁴⁵ Consultation Paper CP9/2012.

¹⁴⁶ Verwacht wordt dat de termijn van de DPA tussen de 1 en 3 jaar zal zijn.

¹⁴⁷ Consultation Paper CP9/2012, p. 23.

¹⁴⁸ Lim 2014, p. 10.

Het doel van de invoering van de DPA is dat de overheid meer mogelijkheden heeft om opsporing en bestraffing van economische criminaliteit te verbeteren, betere resultaten voor slachtoffers kan waarborgen en dat criminaliteit die in meerdere jurisdicties plaatsvindt effectiever wordt aangepakt.¹⁴⁹ Dit nieuwe instrument zou moeten helpen om ervoor te zorgen dat degenen die betrokken zijn bij dit soort misdrijven daadwerkelijk worden gestraft, terwijl de slachtoffers effectief worden gecompenseerd. Het moet ook zorgen voor evenredige sancties en zorgen voor flexibiliteit en innovatie in resultaten, zoals de compensatie voor slachtoffers, bescherming van de werknemers, klanten en leveranciers, of compliance audits. Een DPA kan ervoor zorgen dat voldoende toezicht en compliance-eisen worden ingezet om verdere inbreukmaking te voorkomen.

Algemene gedachte in de samenleving is dat DPAs niet streng genoeg zijn en dat ondernemingen er 'gemakkelijk mee weg komen' indien zij schuldig zijn aan corruptie.¹⁵⁰ Het is inderdaad zo dat te zware straffen bij DPAs ondernemingen zullen demotiveren bij zelf rapportage, zeker gezien in samenhang met tactische concessies in het proces. Toch zijn er voordelen te noemen van deze DPAs voor een onderneming, grotendeels gezien op het feit dat het een betere mogelijkheid is dan het alternatief strafrechtelijke vervolging. Er is geen formele veroordeling en er zal meer zekerheid zijn in combinatie met een lagere geldboete. In de praktijk zal de inhoud van de DPA goed moeten worden afgewogen zodat enerzijds het zelfmelden wordt gemotiveerd en anderzijds niet te arbitrair zijn.

Een rechter wordt in kennis gesteld van de voorlopige beslissing om een DPA aan te gaan met een onderneming die een aanklager voornemens is te maken. Op basis van verkregen informatie zal de rechter beoordelen of een DPA in het belang van gerechtigheid zal zijn. De test die daarbij wordt gehandhaafd is of de DPA en de gestelde voorwaarden eerlijk, redelijk, adequaat en ten gunste van het openbaar belang zijn. De rechterlijke controle en bijbehorende test zorgen voor een goede balans tussen beide partijen en een vertrouwensniveau dat de DPA voorwaarden redelijk zijn en de opgelegde geldboete proportioneel is. Hierdoor wordt de eerder genoemde kritiek van de Amerikaanse DPA ondermijnd.¹⁵¹

II.3.6 *Uitzonderingen en verweren*

Voor een geslaagd verweer dient een onderneming te bewijzen dat zij adequate maatregelen of procedures heeft getroffen en ontwikkeld ter voorkoming van omkoping. Wanneer er sprake is van

¹⁴⁹ Consultation Paper CP9/2012, p.6

¹⁵⁰ Briefing Deferred Prosecution Agreements of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Juli 2012, p.3. Te downloaden via

<http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Deferred%20prosecution%20agreements.pdf>

¹⁵¹ McClelland & Sutton 2013, p. 31.

adequate maatregelen of procedures volgt niet uit de wet zelf en zal aan de beoordeling van de rechter worden overgelaten. De wet geeft louter in artikel 9 van de Act de verplichting aan de Minister van Justitie tot het publiceren van beleidsregels op dit gebied.¹⁵² Aan de hand van zes beginselen wordt in de Bribery Act Guidance uitgelegd hoe bedrijven corruptie kunnen en moeten voorkomen, waarbij het neerkomt op het vaststellen van een compliance programma.¹⁵³ Deze beginselen dienen door de aanklagers in acht te worden genomen bij de beoordeling of er sprake is van een adequaat anti-omkoop beleid.¹⁵⁴ Implementatie van procedures en maatregelen is niet verplicht. De Bribery Act Guidance pleit voor een op risico gebaseerde aanpak voor het implementeren van zulk beleid en procedures waardoor een onderneming in de praktijk wel degelijk een anti-omkopingsbeleid nodig zal hebben.¹⁵⁵

Facilitation payments

De Bribery Act gaat verder dan de Amerikaanse FCPA wat betreft de facilitation payments. In tegenstelling tot in de Verenigde Staten zijn deze betalingen, net als in de oude Britse regelgeving, verboden onder de Bribery Act.¹⁵⁶ De OESO erkent de corrosieve werking van smeergelden en vraagt aangesloten landen om bedrijven te ontmoedigen tot het maken van dergelijke betalingen.¹⁵⁷

De overheid ziet de problemen waarmee RCO's kunnen worden geconfronteerd in sommige delen van de wereld en in sommige sectoren waar het doen van dergelijke betalingen wel toegestaan of gebruikelijk zijn.¹⁵⁸ De uitroeiing van smeergelden wordt erkend op zowel nationaal als internationaal niveau als een doelstelling op lange termijn dat economische en sociale vooruitgang zal vereisen.

Daarnaast zullen er voor het realiseren van deze doelstelling ook internationale instanties en overheden moeten samenwerken.

Indien een dergelijke betaling noodgedwongen door een individu wordt gemaakt ter persoonlijke bescherming en er zijn geen alternatieven beschikbaar, dan kan hij zich verdedigen met dwang voortvloeiende uit de common law en zal er hoogstwaarschijnlijk niet worden overgegaan tot vervolging.¹⁵⁹ Het geven van entertainment, diners, cadeaus of andere vormen van giften is slechts

¹⁵² Art. 9 (1) U.K. Bribery Act 2010.

¹⁵³ Bribery Act Guidance, p. 21-30.

¹⁵⁴ Joint Prosecution Guidance, p. 11.

¹⁵⁵ Bell 2011, p. 108.

¹⁵⁶ Net als de Bribery Act Guidance, benadrukt ook de Joint Prosecution Guidance nogmaals dat er geen uitzonderingen worden gemaakt in het licht van facilitation payments. Echter worden er wel factoren genoemd die aangeven wanneer een dergelijke betaling wel of niet tot vervolging kan leiden.

¹⁵⁷ OECD, 'Recommendation of the Council for further combating bribery of Foreign Public Officials in international business transactions', 2009.

Te downloaden via www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44176910.pdf

¹⁵⁸ Bribery Act Guidance, par. 46, p. 18.

¹⁵⁹ Bribery Act Guidance, par. 48, p. 19. Vervolging van facilitation payments wordt uitgelegd in de Joint Prosecution Guidance.

toegestaan indien dit redelijk en proportioneel is. Er zal moeten worden vertrouwd op het opportuniteitsbeginsel.¹⁶⁰

Promotionele uitgaven

Ook voor wat betreft uitgaven die worden gemaakt ter promotie van goederen of diensten is geen uitzondering gemaakt in de Bribery Act. Het Ministerie van Justitie heeft echter wel in de Bribery Act Guidance aangegeven dat het aanbieden van gastvrijheid en promotionele uitgaven een belangrijk onderdeel is van het zakendoen en dat het niet de intentie van de Bribery Act is om het te bestraffen.¹⁶¹ Verder wordt de opmerking gemaakt dat de intentie vereisten voor de strafbare feiten, wanneer nader worden onderzocht, in feite dikwijls niet worden bereikt. Echter, des te uitbundiger de gastvrijheid is, hoe groter de kans dat de promotionele uitgaven worden gekwalificeerd als omkoping.¹⁶² Er dient echter ook naar andere factoren te worden gekeken en alle omstandigheden dienen in overweging te worden genomen. Een nuttige test kan zijn of de gift of gastvrijheid iets is waarvan de ontvanger zelf in staat zou zijn om of bereid zou zijn om te kopen.¹⁶³

II.4 Samenvattende vergelijking

In de bovenstaande paragrafen zijn de FCPA en Bribery Act uitgebreid uiteengezet en behandeld. Over het algemeen tonen beide wetten een aantal overeenkomsten, echter zijn er ook essentiële verschillen tussen beide op te merken. In de samenvattende paragraaf zal ik op schematische wijze de belangrijkste elementen uit beide wetten naast elkaar op een rijtje zetten.

	FCPA 1997	Bribery Act 2010
Strafbaarstelling	Ambtelijke omkoping is strafbaar: <ul style="list-style-type: none">• Het geven, aanbieden of beloven (direct & indirect)• Geld of iets van waarde <p><i>Alleen van toepassing op 'Foreign Officials'</i></p>	Ambtelijke omkoping is strafbaar: <ul style="list-style-type: none">• Het geven, aanbieden of beloven (direct & indirect)• Een financieel of ander voordeel <p><i>Private omkoping is ook gedekt</i></p>

¹⁶⁰ Parker & Forman 2011, p. 24.

¹⁶¹ Bribery Act Guidance.

¹⁶² De vraag of de SFO over zal gaan tot vervolging van een promotionele uitgave, zal worden beoordeeld aan de hand van de eerdergenoemde 'Full Code Test'.

¹⁶³ Maton 2010, p. 42.

Vormen van ambtelijke omkoping	<ul style="list-style-type: none"> Actieve omkoping <p><i>Ziet niet op passieve omkoping</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> Actieve omkoping Passieve omkoping
Buitenlandse ambtenaar	'Foreign Official'	'Foreign Public Official'
Vereisten	<p><u>Handelen of nalaten</u></p> <ul style="list-style-type: none"> De buitenlandse ambtenaren bewegen om iets te doen of beloven te doen, in strijd met zijn wettelijke plicht Veiligstellen van een ongepast voordeel om te helpen bij het verkrijgen of behouden van zaken Beïnvloeden buitenlandse ambtenaar in zijn hoedanigheid <p><u>Intentie</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Bewijs van intentie is vereist; 'firm belief' voldoende Betaling moet de intentie hebben om de ontvanger te bewegen om zijn officiële hoedanigheid te misbruiken Niet vereist is dat de handeling van de omkoper slaagt in het beoogde doel Betaling aan een tussenpersoon terwijl hij weet of redelijk kan vermoeden dat een deel daarvan aan een 'foreign official' wordt gegeven voor een oneigenlijk doel. 	<p><u>Handelen of nalaten</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Onbehoorlijke taakvervulling van een 'relevant function or activity' in ruil voor een financieel of ander voordeel Schenden: verwachting van de goede trouw, onpartijdigheid, vertrouwenspositie Beïnvloeden buitenlandse ambtenaar in zijn hoedanigheid <p><u>Intentie</u></p> <ul style="list-style-type: none"> Bewijs van intentie ter beïnvloeding van een 'foreign public official' met het oog op het verkrijgen op behouden van zaken is vereist Geen vereiste voor een corrupte of oneerlijke intentie
Jurisdictie	<u>Anti-omkoop bepalingen</u>	<u>Algemeen</u>
	<ul style="list-style-type: none"> 'Domestic concerns': 	<ul style="list-style-type: none"> Handeling binnen VK – geen

	<p>Amerikaanse burgers en rechtspersonen</p> <ul style="list-style-type: none"> • 'Issuers' • Elke directeur, werknemer of agent van een 'issuer' • Buitenlandse individuen en rechtspersonen als de corrupte betaling plaatsvindt binnen het grondgebied van de VS, zowel direct of indirect via agenten. <p><u>Boekhoudbepalingen</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • 'Issuers', inclusief buitenlandse issuers <p><u>'Derden aansprakelijkheid'</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Betalingen aan tussenpersonen zoals joint-ventures of agenten die (een deel van) de betaling doorsluizen naar een 'foreign official' 	<p>verband met VK vereist</p> <ul style="list-style-type: none"> • Handeling buiten VK – inwoner of Britse nationaliteit en rechtspersoon opgericht naar Brits recht. <p><u>Senior officer</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • 'close connection' met VK <p><u>Falen in de voorkoming van omkoping:</u> Buitenlandse rechtspersonen indien zij in het VK een vestiging hebben of zaken via of in het VK doen: 'relevant commercial organisation'</p> <p><u>'Associated persons'</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Aan de onderneming verbonden personen die voor of namens de onderneming handelen
Accounting bepalingen	Accountingbepalingen opgenomen	Geen accounting bepalingen opgenomen
		<i>Overeenkomstige bepalingen in Companies Act 2006</i>
Sancties	<p><u>Anti-omkoop bepalingen</u></p> <p><i>Strafrechtelijk:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Individuen: max. 5 jaren gevangenisstraf en een geldboete van \$ 250.000 • Rechtspersonen: max. \$ 2 miljoen <p><i>Civiel:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Individuen en rechtspersonen max. \$ 16,000 • Verhoging door rechtbank 	<ul style="list-style-type: none"> • Individuen: max. 10 jaren gevangenisstraf en/of een ongelimiteerde boete • Rechtspersonen: ongelimiteerde boete

	mogelijk	
	<u>Boekhoudbepalingen</u>	
	<i>Strafrechtelijk:</i>	
	<ul style="list-style-type: none"> • Individuen: max. 20 jaren gevangenisstraf en een geldboete van max. \$ 5 miljoen • Rechtspersonen: max. \$ 25 miljoen 	
	<i>Civiel</i>	
	<ul style="list-style-type: none"> • Individuen: max. \$ 150.000 • Rechtspersonen: max. \$ 725.000 	
Handhaving	Zowel strafrechtelijk als civiel	Zowel strafrechtelijk als civiel
	<u>Anti-omkoop bepalingen</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Strafrechtelijk tegen individuen en rechtspersonen door SFO
	<ul style="list-style-type: none"> • DOJ: strafrechtelijke handhaving en civiele handhaving bij 'domestic concerns' en buitenlandse rechtspersonen • SEC: civiele handhaving tegen 'issuers' 	
	<u>Boekhoudbepalingen</u>	
	<ul style="list-style-type: none"> • DOJ: strafrechtelijke vervolging bij 'wilfull' overtredingen • SEC: civiele handhaving tegen overtreders 	
Facilitation Payments	Uitzondering voor 'routine governmental actions'	Geen uitzondering

II.5

Gevolgen voor Nederlandse personen en ondernemingen

Nederlandse personen en ondernemingen kunnen onderhevig zijn aan zowel de Amerikaanse FCPA als de Britse Bribery Act. In deze paragraaf wordt beschreven in welke situaties Nederlandse personen en ondernemingen onder deze wetten vallen.

II.5.1 Invloed van de FCPA

Tot op heden zijn er in de Verenigde Staten vier Nederlandse ondernemingen strafrechtelijk veroordeeld onder de FCPA.¹⁶⁴ Op welke wijze Nederlandse ondernemingen onder het bereik van de FCPA kunnen vallen wordt in deze paragraaf duidelijk gemaakt.

Allereerst kunnen Nederlandse ondernemingen onder het bereik van de FCPA vallen indien zij genoteerde effecten uitgeven in de Verenigde Staten en dus worden gekwalificeerd als 'issuers'.¹⁶⁵ Aan het eind van 2012 vielen 19 Nederlandse ondernemingen onder dit begrip.¹⁶⁶ Een voorbeeld van een dergelijke Nederlandse onderneming is Philips, genoteerd aan de New York Stock Exchange. Dit Nederlandse concern trof in april 2013 een schikking met de Amerikaanse autoriteiten wegens een omkooptschandaal in Polen.¹⁶⁷ Het kan echter ook voorkomen dat de Nederlandse onderneming zelf geen 'issuer' is, maar dat zij onderdeel uitmaakt van een concern die 'issuer' is onder de FCPA.¹⁶⁸ Dit heeft tot gevolg dat ook de Nederlandse onderneming die onderdeel van dat concern is, onderhevig is aan de bepalingen van de FCPA.

Eerder is besproken dat een moedermaatschappij aansprakelijk kan zijn voor haar dochters. Er is al een Nederlandse zaak waarbij aansprakelijkheid voortvloeide van de FCPA in de relatie van moeder-dochteronderneming. Het betrof hier Akzo Nobel N.V. dat aansprakelijk werd gehouden voor het achterhouden van informatie over de gang van zaken bij haar dochterondernemingen.¹⁶⁹ Een andere bekende zaak laat zien dat Nederlandse ondernemingen ook aansprakelijk kunnen worden gehouden in het geval van overnamepraktijken. Dit is de Snamprogetti zaak waarbij een onderneming vervolgd werd voor het feit dat een samenzweerder kon worden geplaatst in een omkopingszaak van

¹⁶⁴ De Groot 2013, p. 4.

¹⁶⁵ 15 USC § 78dd-1.

¹⁶⁶ Te raadplegen via <http://www.sec.gov/divisions/corpfin/internatl/foreigngeographic2012.pdf>.

¹⁶⁷ In 2009 werden door werknemers van Philips corrupte betalingen gedaan aan bestuurders van een Pools ziekenhuis. De boete bedraagt 4,5 miljoen euro.

¹⁶⁸ Een voorbeeld van een Nederlandse onderneming die dankzij het concern onder het bereik van de FCPA valt is Delta Lloyd; zij valt onder Britse 'issuer' Aviva.

¹⁶⁹ United States District Court for the District of Columbia, 20 december 2007, No. 07-cv-02293 (*SEC. v. Akzo Nobel*). Akzo Nobel kwam met de DOJ een DPA overeen waarin op een slimme manier Amerikaanse jurisdictie over een dochteronderneming werd vermeden door een voorwaarde op te nemen dat de Nederlandse overheid transigeert met deze dochteronderneming.

Nigeriaanse ambtenaren.¹⁷⁰ Deze omkoping kwam aan het licht na de overname van Snamprogetti waarbij een due diligence onderzoek plaats vond bij het bedrijf.

Daarnaast kunnen ook Nederlandse ondernemingen, haar directeuren, bestuurders, werknemers, agenten of aandeelhouders in verband worden gebracht met de FCPA indien zij handelen voor of namens een 'domestic concern' of een 'issuer'.¹⁷¹ Een Nederlandse onderneming valt ook onder de territoriale reikwijdte van de wet indien een Amerikaanse bestuurder van de Nederlandse onderneming een bepaling van de FCPA overtreedt.

Tot slot kan elk Nederlands bedrijf of individu onderhevig zijn aan de regels van de FCPA indien zij een handeling verricht op het grondgebied van de Verenigde Staten.¹⁷² Hiervan is niet alleen sprake indien de corrupte betaling zelf binnen de Verenigde Staten plaatsvindt, maar ook indien er een handeling plaatsvindt ter voorbereiding of ter bevordering van die betaling. De FCPA Guidance geeft voorbeelden om duidelijkheid te verschaffen in het toestaan van de ruime toepassing van de reikwijdte van de wet. Een van die voorbeelden is indien er in de Verenigde Staten een vergadering wordt gehouden door een Nederlands bedrijf of persoon in het licht van een corrupte betaling.¹⁷³ Tevens zijn de Nederlandse personen die niet bij deze vergadering fysiek aanwezig zijn, maar wel bij de corrupte betaling zijn betrokken vervolgbaar voor de FCPA.

In de literatuur worden echter vraagtekens gezet of de territoriale bepaling in de FCPA ook in de praktijk zo gemakkelijk zal werken.¹⁷⁴ Recent zijn er een aantal FCPA handavingsacties gebaseerd op deze FCPA bepaling, echter worden deze acties in de meeste gevallen buitengerechtelijk afgedaan. Dit heeft tot gevolg dat er nog maar weinig jurisprudentie bestaat over de toepassing van de bepaling in de praktijk en blijft het afwachten hoe rechters de bepaling zullen interpreteren.¹⁷⁵

II.5.2 *Invloed van de U.K. Bribery Act*

De nieuwe Bribery Act van het Verenigd Koninkrijk en de daarmee samenhangende verzwarende van het anti-corruptieregime heeft ook voor Nederlandse personen en bedrijven grote gevolgen.

¹⁷⁰ United States District Court for the Southern District of Texas, 8 oktober 2010, no. 4:10-cr-00460 (*Snamprogetti*). Deze zaak werd ook geschikt door middel van een DPA waarbij een voorwaarde werd gesteld tot het betalen van een boete; een van de hoogste boetes ooit opgelegd.

¹⁷¹ Een bekend voorbeeld is de Nederlandse ex-bestuurder van het Nederlandse bedrijf Saybolt (onderdeel van het Amerikaanse Saybolt) die zich schuldig maakte aan frauduleuze zaken in 1996. Hij is echter niet vervolgd en wordt nog steeds gezocht voor deze FCPA overtredingen, aangezien toentertijd de FCPA nog niet zo uitgebreid was als de huidige regelgeving en buitenlandse corruptie in Nederland nog niet strafbaar was gesteld. In 2003 heeft de Hoge Raad (HR 8 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE5288.) wel uitlevering van deze ex-bestuurder toegestaan aan de Verenigde Staten, echter is er tot op heden geen actie ondernomen.

¹⁷² De territoriale jurisdictie is geregeld in 15 U.S.C. § 78dd-3.

¹⁷³ FCPA Guidance, p. 12.

¹⁷⁴ Shearman & Sterling 2013, p. 11-12.

¹⁷⁵ Boswijk 2013, p. 65.

Nederlandse ondernemingen kunnen in het Verenigd Koninkrijk strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld op verschillende gronden voortvloeiende uit de wet. Deze gronden zullen hieronder nader besproken worden.

Nederlandse ondernemingen kunnen worden vervolgd voor actieve omkoping onder artikel 1, passieve omkoping onder artikel 2 en ambtelijke omkoping onder artikel 6 van de Act indien deze is gepleegd binnen het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk.

Het grootste gevaar voor een Nederlandse onderneming die een (deel) van haar bedrijfsvoering in het Verenigd Koninkrijk uitoefent ligt echter in de ruime territoriale reikwijdte van artikel 7 van de Bribery Act indien zij niet zijn geslaagd in de voorkoming van omkoping. Het maakt voor de strafbaarstelling van dit artikel niet uit of de betaling binnen of buiten het Verenigd Koninkrijk plaatsvindt, het kan overal ter wereld geschieden.¹⁷⁶ Nederlandse ondernemingen dienen er rekening mee te houden dat zij kunnen worden onderzocht en vervolgd door de Britse autoriteiten indien zij niet zijn geslaagd in de voorkoming van omkoping binnen de organisatie. Een Nederlandse onderneming kan, indien beschouwd als RCO, strafbaar worden gesteld voor deze 'failure to prevent bribery' indien een verbonden persoon ('associated person') een corrupte betaling doet met als doel daarmee een voordeel voor de onderneming behalen. De verbonden persoon hoeft, in tegenstelling tot de omkoopvormen van artikel 1,2 en 6, geen 'close connection' met het Verenigd Koninkrijk te hebben.¹⁷⁷ Voldoende is dat de onderneming een band heeft met het Verenigd Koninkrijk in de vorm van het uitvoeren van een (deel) van de bedrijfsvoering van de RCO, waarbij de omkoping niet eens aan deze bedrijfsvoering gerelateerd hoeft te zijn. Het gevolg hiervan is een verstrekkende rechtsmacht van het Verenigd Koninkrijk, waarbij aansprakelijkheid van Nederlandse ondernemingen al kan volgen als er sprake is van een summiere bedrijfsvoering in het Verenigd Koninkrijk, voor omkoping waar ook ter wereld. Een voorbeeld ter verduidelijking: een Nederlandse moedermaatschappij heeft een dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk. Voor handelszaken in Zuid Afrika schakelt de moedermaatschappij een agent in, die vervolgens een lokale Zuid Afrikaanse ambtenaar omkoopt. De Nederlandse moedermaatschappij kan daarvoor in het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 7 van de Bribery Act. De dochteronderneming gevestigd in het Verenigd Koninkrijk kan aansprakelijk worden gesteld indien er bij de omkoping een met haar verbonden persoon betrokken is geweest.

¹⁷⁶ Neem bijvoorbeeld een in Nederland opgerichte gevestigde onderneming met een kantoor in Engeland. De Nederlandse werknemer die werkzaam is in Nederland reist naar Frankrijk en koopt de overheidsfunctionaris om ter verkrijging van een zakelijk voordeel voor de onderneming in Nederland. Hoewel de handeling niet plaats vindt in het Verengd Koninkrijk en het zakelijk voordeel niet voor het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde kantoor is, is er sprake van schending van de Bribery Act omdat de onderneming een kantoor in het Verenigd Koninkrijk heeft.

¹⁷⁷ Art. 7 (3)(b) U.K. Bribery Act 2010.

Naast de grote territoriale reikwijdte van de Bribery Act waar Nederlandse ondernemingen onderhevig aan kunnen zijn, bevat de Act nog een aantal andere belangrijke en onzekere aspecten die de Nederlandse ondernemingen in acht dienen te nemen. Allereerst geeft de Bribery Act een ruime uitleg aan het begrip 'omkoping' en ziet op elke vorm van aanbieden, beloven of geven van een financieel of ander voordeel. Eerder in deze scriptie is al geschreven dat er geen verdere uitleg wordt gegeven over wat onder een 'financieel of ander voordeel' valt om als corrupt te worden beschouwd. Dit zal door de rechter moeten worden beoordeeld. Nederlandse ondernemingen dienen dus voorzichtig om te gaan met het aanbieden, beloven of geven van dergelijke voordelen, aangezien het onduidelijk is wanneer een dergelijk voordeel onder de toepassing van de Act zal vallen en wanneer niet.

Zoals hierboven al besproken, valt een Nederlandse onderneming onder het bereik van artikel 7 van de Act indien zij als RCO kan worden aangemerkt. Aan de kwalificatie van een dergelijke organisatie wordt door de Act een buitengewoon brede uitleg gegeven, met als gevolg dat elk type onderneming gekwalificeerd kan worden als RCO. Dus elke Nederlandse onderneming, in welke hoedanigheid dan ook, valt onder dit begrip en automatisch onder de reikwijdte van artikel 7. Een ander belangrijk vereiste voor dit artikel is de aanwezigheid van 'het uitvoeren van een (deel) van de bedrijfsvoering' in het Verenigd Koninkrijk. Er wordt echter geen uitleg gegeven wanneer er aan dit vereiste is voldaan en zal in de praktijk door de rechter worden beoordeeld. Het is dus voor Nederlandse ondernemingen gissen wanneer zij voldoen aan dit vereiste en dus onder het bereik van de Bribery Act vallen. Advies bij deze onzekerheid is om in elk geval de regelgeving te allen tijde strak na te leven zodat aansprakelijkheid voorkomen wordt.

Een ander aspect dat Nederlandse ondernemingen in het achterhoofd dienen te houden is het feit dat de Bribery Act geen rekening houdt met lokale culturele gebruiken indien deze niet in de regelgeving van dat land zijn opgenomen. Dus als een Nederlandse onderneming in een land in financiële voordelen voorziet waar dat gebruikelijk is, kan dit alsnog aansprakelijkheidsgevolgen hebben onder de Act.

De onderneming kan aan aansprakelijkheid ontkomen indien zij kan aantonen dat er adequate maatregelen en procedures zijn getroffen ter voorkoming van omkoping. Nederlandse ondernemingen zijn dus gehouden tot het opstellen van procedures en dienaangaande uitvoeren van een adequaat beleid, waar alle verbonden personen van de onderneming aan gehouden zijn. Voor het opstellen van dergelijke procedures heeft de Britse regering een aantal richtlijnen opgesteld. Het is voor Nederlandse ondernemingen niet verplicht om zich aan deze richtlijnen te houden, echter wordt dit wel aanbevolen om zo het risico van mogelijke aansprakelijkheid te verkleinen.

II.5.3 *Conclusie*

Zowel de Amerikaanse FCPA als de Britse Bribery Act heeft een brede territoriale werking, met als gevolg dat deze wetten in verschillende situaties van toepassing kunnen zijn op Nederlandse ondernemingen en individuen. Het is dan ook van groot belang dat Nederlandse ondernemingen zorg dragen voor een goed controlesysteem waarbij voorkomen dient te worden dat er corrupte betalingen zouden kunnen plaatsvinden.

Nederlandse ondernemingen zullen hun gedragscodes en procedures moeten aanscherpen om te blijven voldoen aan de vereisten van de Bribery Act en de FCPA. Van belang is ook het in acht nemen van de verschillen tussen de beide wetten. Indien een onderneming voldoet aan de bepalingen van de FCPA geeft dit geen garantie voor vrijstelling onder de Bribery Act.

De Bribery Act bevat een zeer ruime territoriale reikwijdte in artikel 7 en kan van toepassing zijn op Nederlandse ondernemingen.

Dit samen gezien in het licht van de zeer brede definitie en soms nog onduidelijke begrippen in de Act, heeft tot gevolg dat Nederlandse ondernemingen zich strikt aan de eisen van Act dienen te houden om het risico op aansprakelijkheid zoveel mogelijk te beperken. Daarnaast dienen zij hun interne beleid en procedures te herschrijven in het kader van de Britse richtlijnen om zich te beschermen tegen inbreuken op de Act.

Corruptiebestrijding in Nederland

III.1 Inleiding

Sinds de invoering van de Wet herziening corruptiewetgeving in 2001 is de wetgeving met betrekking tot ambtelijke corruptie ingrijpend herzien. Onder andere is de strafbaarstelling van Nederlandse rechtspersonen ingevoerd die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping van buitenlandse ambtenaren, ook wanneer dit in het buitenland geschied. Noodzaak van deze wetswijziging is de groeiende aandacht op internationaal niveau voor de bestrijding van corruptie en de daarmee samenhangende verdragen die door Nederland zijn geratificeerd. Allereerst zal in paragraaf III.2 de huidige Nederlandse regelgeving, neergelegd in het Wetboek van Strafrecht, worden uiteengezet. Er zal worden ingegaan op de elementen die aanwezig dienen te zijn wil er sprake zijn van een strafbare ambtelijke omkoping, zowel in actieve als passieve vorm. Tevens worden de opsporings- en vervolgingsmogelijkheden die Nederland kent onder de loep genomen. In paragraaf III.3 zullen vervolgens kort en bondig de internationale ontwikkelingen worden besproken die mede aanleiding hebben gegeven tot de Wet herziening corruptiewetgeving in 2001. De inhoud van deze wet komt in de daaropvolgende paragraaf aan de orde. Er zal alleen worden ingegaan op de belangrijkste wijzigingen die slechts relevant zijn voor het onderwerp van deze scriptie. De wijzigingen, die naar aanleiding van de internationale verdragen in de wet zijn opgenomen, gaan echter soms verder dan wat er in de verdragen van de lidstaten wordt verlangd. De kritiek die hierop is geuit in de literatuur zal tevens aan de orde komen. Ook op internationaal niveau heerst nog altijd ontevredenheid over de huidige regelgeving van Nederland. Nederland wordt hard aan de tand gevoeld en de conclusies en aanbevelingen daaruit zijn recentelijk gepresenteerd in het derde fase rapport van de OESO. De beantwoording van Nederland op dit rapport heeft geleid tot het aanhangige Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'¹⁷⁸. Het OESO-rapport evenals het Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit' zal worden besproken in paragraaf III.5. Slechts de voorgestelde verhoging van de strafmaxima van ambtelijke corruptie en het flexibel boetep plafond voor rechtspersonen is relevant voor deze scriptie

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 2.*

en zal worden besproken. Naast de inhoudelijke analyse van de voorgestelde maatregelen zal de kritiek vanuit de literatuur worden meegenomen bij de wenselijkheid van de invoering van de maatregelen. In het vorige hoofdstuk is een uitgebreide analyse gegeven over de Amerikaanse FCPA en de Britse Bribery Act. Deze wetten zijn ver ontwikkeld en hebben een grote (grens)overschrijdende invloed op rechtspersonen. Als gevolg hiervan zal in de slotparagraaf het aanhangige Wetsvoorstel met deze twee wetten worden vergeleken.

III.2 Wettelijk kader

III.2.1 Vormen van omkoping

Het Nederlandse recht kent een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht waarbij verschillende vormen van omkoping strafbaar zijn gesteld. De verbodsbepalingen hebben betrekking op publieke en private corruptie. Binnen de categorie ambtelijke corruptie wordt er een onderscheid gemaakt aan de hand van het 'handelingsperspectief' van de betrokken partijen, te weten actieve en passieve omkoping van ambtenaren. Onder actief omkopen wordt verstaan; het aanbieden, beloven of geven van een gift of dienst ('omkopingsmiddelen') aan een ambtenaar, neergelegd in de artikelen 177 en 177a Sr.

Art 177 Sr luidt als volgt:

1. *Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft:*
 - 1° *hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening, in strijd met zijn plicht, iets te doen of na te laten;*
 - 2° *hij die een ambtenaar een gift of belofte doet dan wel een dienst verleent of aanbiedt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door deze in zijn huidige of vroegere bediening, in strijd met zijn plicht, is gedaan of nagelaten.*
2. *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die een feit als in het eerste lid, onder 1°, omschreven, begaat jegens een persoon in het vooruitzicht van een aanstelling als ambtenaar, indien de aanstelling als ambtenaar is gevolgd.*
3. *Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.*

In artikel 177a Sr is 'in strijd met zijn plicht' vervangen door 'zonder daardoor in strijd met zijn plicht'.

Bij passieve omkoping, neergelegd in artikelen 362 en 363 Sr, staan de handelingen van de ambtenaar centraal waarbij de ambtenaar strafbaar handelt bij het aannemen of vragen van een gift, belofte of dienst ('tegenprestatie'). Het kan gaan om een Nederlandse ambtenaar, een buitenlandse ambtenaar of een ambtenaar in dienst van een volkenrechtelijke organisatie.

Bovendien is niet alleen het aannemen van een gift, belofte of dienst strafbaar gesteld, maar ook het *vragen* naar een dergelijk gift, belofte of dienst.¹⁷⁹ Het aannemen of vragen door een ambtenaar kan zowel vooraf aan zijn tegenprestatie plaatsvinden (omkoping vooraf), maar ook indien de tegenprestatie al heeft plaatsgevonden (omkoping achteraf).¹⁸⁰ Ten tweede kan passieve omkoping betrekking hebben op een tegenprestatie die de ambtenaar verricht in zijn huidige ambtelijke functie, dan wel ter zake van zijn toekomstige ambtelijke functie.

Samenvattend kent passieve omkoping 24 varianten, die tevens ook gelden voor actieve omkoping. Dit heeft als resultaat dat er in totaal 48 vormen van omkoping strafbaar zijn onder de Nederlandse strafwetgeving.

III.2.2 *Elementen van de strafbepalingen*

Omkopingsmiddelen

De omkopingsmiddelen die centraal staan binnen de strafbaarstelling van de Nederlandse wet zijn een gift, belofte of dienst die aan de ambtenaar worden gedaan door de omkopende partij. Een gift kent de algemene uitleg van 'iets dat voor de ontvanger waarde heeft'. De gift dient daadwerkelijk door de ontvanger te zijn verkregen, terwijl een belofte slechts inhoudt dat de omkopende partij toezegt een gift in de toekomst te zullen verstrekken.¹⁸¹ Een dienst wordt gezien als het verrichten van een handeling ten behoeve van het nut van een ander, te denken valt aan reisesjes en accommodaties tegen vriendenprijzjes.

Waarde van het voordeel & de uitzondering van 'facilitation payments'

Elke transactie met enige waarde is voldoende om aangemerkt te worden als een gift en hoeft slechts waarde te hebben voor de persoon aan wie deze wordt gedaan of verleend.¹⁸² De wet geeft dus geen expliciet minimum voor giften, waardoor de hoogte van een gift, puur materieelrechtelijk

¹⁷⁹ Art.362 lid 1 sub 3 & 4 jo. 363 lid 1 sub 3 & 4 Sr; Sikkema 2005a. Onbegrip van Sikkema, die van mening is dat het vragen van een gift niet onder omkoping kan vallen, aangezien bij omkoping de intentie van de omkoper om de ambtenaar ergens toe te bewegen centraal staat.

¹⁸⁰ Omkoping achteraf is strafbaar gesteld met een wetwijziging in 2001. Gedachte hierachter is dat omkoping achteraf makkelijker te bewijzen is dan de belofte die vooraf aan de tegenprestatie wordt gedaan.

¹⁸¹ Sikkema 2005b, p. 15; Het aanbieden van een geldsom door de omkopende partij aan de ambtenaar wordt dan ook gezien als een belofte, aangezien de omkopende partij daarmee belooft de geldsom daadwerkelijk in de toekomst te zullen verstrekken.

¹⁸² Sikkema 2005b, p. 217. Daarbij kan het zowel gaan om materiële als immateriële waarde.

gezien, niet van belang is voor de strafbaarstelling. De uitzondering van de eerdergenoemde 'facilitation payments' wordt in het Nederlandse recht dan ook niet gemaakt.¹⁸³ Dit heeft echter niet tot gevolg dat elke gift, belofte of dienst automatisch als corrupt dient te worden beschouwd. Er moet sprake zijn van het doel (*oogmerk*) om de ambtenaar te bewegen tot een bepaald handelen of nalaten.¹⁸⁴ Zo kan er dus een onderscheid worden gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde gunsten, waarbij een relatiegeschenk zoals een fles wijn niet direct als steekpenning hoeft te worden gekwalificeerd.¹⁸⁵ Zeker op internationaal niveau is het van belang om contacten en relaties in stand te houden, wat vaak samen gaat met giften, beloften of diensten. Dit hoeft echter niet altijd een negatieve ondertoon te hebben, hetgeen terecht door Roording wordt geconstateerd.¹⁸⁶ Tegenovergesteld kan worden geconcludeerd dat indien er een onverschuldigde gift, belofte of dienst wordt gedaan, ongeacht de hoogte of waarde, met als doel het verkrijgen van een ongeoorloofd voordeel strafbaar is. Vrijwel alle giften, beloften of diensten zijn dan ongeoorloofd en strafbaar, echter met uitzondering op 'facilitation payments'. Onduidelijk is echter wanneer er sprake is van een 'facilitation payment' of een 'corrupte betaling' aangezien er geen scheidingsgrens wordt aangegeven in het OESO-verdrag of de Nederlandse wet.

Hoewel deze betalingen wel strafbaar zijn gesteld, volgt uit een aanwijzing van het Openbaar Ministerie¹⁸⁷ dat er echter niet tot vervolging zal worden overgegaan. De reden hierachter strookt met de FCPA en het OESO-verdrag waarbij bij de overweging van eventuele vervolging in acht dient te worden genomen of het door de omkoper te bereiken doel groot dan wel structureel genoeg is om vervolging te rechtvaardigen. In de praktijk leidt dit er dus toe dat 'facilitation payments' niet vervolgd zullen worden.

¹⁸³ Deze betalingen worden in onderdeel 9 van het officiële commentaar op het OESO-verdrag uitgezonderd van de strafbare betalingen van artikel 1 van het OESO-verdrag: "*Small 'facilitation' payments do not constitute payments made 'to obtain or to retain business or other improper advantage' within the meaning of paragraph 1 and, accordingly, also are not an offence.*" De achterliggende gedachte van de OESO is dat de eigen autoriteiten van de betreffende lidstaten dergelijke betalingen zelf dienen te handhaven.

¹⁸⁴ Van Zijl & Veldhuis 2009 p. 50; Roording 2002 p. 121. Roording is van mening dat het niet goed mogelijk is om een grens in de wet op te nemen voor dergelijke betalingen en dient in elk concreet geval te worden beoordeeld naar het oogmerk van de omkoper en de wetenschap of het vermoeden van de ambtenaar. De subjectieve waarde (waardering) van het gift speelt dus een rol; niet belangrijk is de absolute waarde.

¹⁸⁵ Sikkema 2005b, p. 219. Strikt genomen vallen dergelijke kleine geschenken onder de strafbepalingen, maar in de praktijk zal zelden tot nooit het oogmerk bij de omkoper aanwezig zijn om een ambtenaar te bewegen iets te doen of na te laten. De geschenken zullen evenmin door de ambtenaar worden aangenomen met de wetenschap of redelijk vermoeden dat er een tegenprestatie wordt verwacht.

¹⁸⁶ Roording 2002, p. 135. In sommige landen zullen dergelijke betalingen niet als corrupte worden ervaren, maar als een gewone betaling of geschenk. Het zou dan voor Nederland onmogelijk zijn om met deze landen zaken te doen als dergelijke betalingen in Nederland strafbaar zijn.

¹⁸⁷ Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland', 26 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 13 660.

Lange tijd ontstond onduidelijkheid over de benadering van 'facilitation payments' in Nederland, waarover de Werkgroep destijds opheldering heeft gevraagd.¹⁸⁸ Een bevredigend antwoord werd daarop gegeven aan de hand van een aantal factoren voor de beoordeling van eventuele vervolging¹⁸⁹:

- Handelingen of nalatigheden die de ambtenaar in kwestie reeds verplicht was om te maken op grond van de wet;
- Kleine bedragen betreft, in absolute of relatieve termen;
- Betalingen worden aan lagere ambtenaren;
- De betalingen dienen deugdelijk en transparant te worden geadmistreerd.

De OESO geeft in haar aanbeveling aan Nederland het advies om de 'facilitation payments' op te nemen in de jaarrekening. Kritiek echter vanuit de literatuur luidt dat OESO zich niet met de Nederlandse verslaggevingsregels heeft te bemoeien. Indien Nederlandse ondernemingen verplicht zijn kan dit echter tot gevolg hebben dat ze vervolgd worden in het buitenland waar deze betalingen verboden zijn.¹⁹⁰

Tegenprestatie

De beoogde tegenprestatie van de ambtenaar bestaat uit een doen of nalaten in zijn hoedanigheid, al dan niet in strijd met zijn ambtsplicht. Een ambtenaar die een omkopingsmiddel aanneemt is op grond van de wet slechts strafbaar indien hij 'weet of redelijkerwijs vermoedt' dat de gift, belofte of dienst verband houdt met een bepaalde tegenprestatie.¹⁹¹ Volgens Roording kan de ambtenaar die zich dus niet bewust was dat de aan hem gegeven gift, belofte of dienst werd gedaan met het oogmerk op het verkrijgen van een bepaalde tegenprestatie, en zich daarvan ook niet bewust *hoefde* te zijn, niet aansprakelijk worden gesteld voor passieve omkoping.¹⁹²

Voor strafbaarstelling is het vereist dat er een verband aanwezig is tussen de omkopingsmiddelen en het doen of nalaten van de ambtenaar. Anders geformuleerd is er sprake van een overeenkomst waarbij de ambtenaar zich verplicht tot het doen van een tegenprestatie in ruil voor een

¹⁸⁸ OECD, 'OECD Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, The Netherlands: Phase 2', 2006, aanbeveling 4. Volgens de Werkgroep moest aan het begrip 'facilitation payments' een minder uitgebreide definitie te worden toegepast.

¹⁸⁹ OECD, 'OECD Follow-up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations, The Netherlands', 2008, par. 5. Deze instructie werd in december 2012 herzien; echter is de tekst van de 'facilitation payments' niet gewijzigd.

¹⁹⁰ Dekker 2013, p. 34.

¹⁹¹ Art.362 jo. 363 lid 1 onderdelen 1° en 2° Sr.

¹⁹² Roording 2002, p. 127.

omkopingsmiddel.¹⁹³ In eerste instantie is het enkel aannemen van een corrupte betaling zonder dat daar een tegenprestatie van verwacht wordt, niet strafbaar gesteld. Dat wil echter niet zeggen dat er pas strafbaar kan worden gesteld indien het doen of het aannemen van de steekpenningen *daadwerkelijk* heeft plaatsgevonden.

Uit de rechtspraak volgt dat strafbaarstelling dan zal volgen op grond van de artikelen 362 en 363 Sr waarbij het voldoende is dat ambtenaar weet of redelijkerwijs geacht wordt te weten dat de omkoping is gedaan met het oog om hem te bewegen tot een bepaalde handeling of het daarvan nalaten.¹⁹⁴ Voor artikel 177 Sr is niet langer vereist dat er een direct verband dient te zijn tussen de omkoping en een *concrete* tegenprestatie. Het artikel ziet ook op het doen van corrupte betalingen aan een ambtenaar met het oog op het verkrijgen of behouden van een relatie met die ambtenaar en daarmee een voorkeursbehandeling te verkrijgen.¹⁹⁵

Naast het vereiste dat er een verband dient te bestaan tussen de omkopingsmiddelen en de tegenprestatie van de ambtenaar is eveneens de aard van die tegenprestatie van belang voor de strafbaarstelling. De wet maakt daarin een onderscheid naar omstandigheden waarbij de beoogde tegenprestatie geoorloofd is en omstandigheden waar de tegenprestatie ongeoorloofd is. Het onderscheid is zodanig van belang aangezien er verschillende sancties aan kleven; indien de tegenprestatie van de ambtenaar als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd, kan de maximale gevangenisstraf oplopen tot vier jaar of geldboete van de vijfde categorie.¹⁹⁶ Dit in tegenstelling tot maximaal twee jaar gevangenisstraf of geldboete van de vijfde categorie bij een geoorloofde tegenprestatie.¹⁹⁷ Het gegeven dat de ambtenaar weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de gift hem wordt gedaan om hem te bewegen tot verrichten van een handeling al dan niet in strijd met zijn plicht, is de doorslaggevende factor in de beoordeling van de aard van de tegenprestatie.¹⁹⁸

Algemeen kan worden gesteld dat er slechts sprake is van strijdigheid met de ambtsplicht uit art. 363 Sr indien de ambtshandeling van de ambtenaar *op zichzelf* onrechtmatig is, waarbij de tegenprestatie en de gift los van elkaar moeten worden beoordeeld. Volgens Roording handelt een ambtenaar in strijd met zijn plicht indien hij door de omkoping partijdig handelt, aangezien een ambtelijke plicht

¹⁹³ Gezien het feit dat er sprake is van een wederzijdse transactie is het logisch dat zowel de omkoper als de ambtenaar strafbaar is.

¹⁹⁴ HR 22 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4894.

¹⁹⁵ HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8318.; HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3584.

¹⁹⁶ Art. 363 lid 1 Sr.

¹⁹⁷ Art. 362 lid 1 Sr.

¹⁹⁸ Roomen & Sikkema 2012, p. 792. Strijdigheid met de ambtelijke plicht van art. 177 jo. 363 Sr is slechts aanwezig indien de handeling op zichzelf onrechtmatig is, los van het feit dat er een gift tegenover stond. Daarbij is de ongeoorloofdheid van hetgeen van de ambtenaar in ruil voor een gift wordt verlangd van belang en niet de voor de ambtenaar geldende plicht om van niemand giften aan te nemen.

onpartijdigheid met zich mee brengt.¹⁹⁹ Het verschil in de praktijk tussen beide omstandigheden is echter moeilijk te onderscheiden, aangezien onduidelijkheid bestaat over de uitleg van de woorden 'in strijd met de plicht'.²⁰⁰ Ook in de rechtspraak wordt er geen strikte scheiding gemaakt tussen handelen in strijd met de ambtelijke plicht en handelen niet in strijd met de ambtelijke plicht, waarbij tevens het uitgangspunt van een strikte scheiding in de beoordeling van de tegenprestatie en de gift wordt verlaten. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 177 Sr ook van toepassing is op die situaties waarbij giften aan ambtenaren worden gedaan met het oog op het verkrijgen van een voorkeursbehandeling.²⁰¹ Door de ruime uitleg die de Hoge Raad geeft aan de betekenis van 'in strijd met zijn plicht' heeft tot gevolg dat een tegenprestatie dikwijls hieronder zal vallen en er weinig tot geen gevallen overblijven dat er sprake is 'zonder daardoor in strijd met de ambtsplicht te handelen'.²⁰²

Gezien de grote onduidelijkheid in de praktijk door de vervaagde scheidingslijn tussen beide omstandigheden is er algemeen grote vraag in de literatuur naar afschaffing van dit onderscheid. Sikkema gooit naast het onduidelijkheidargument nog extra kolen op het vuur door te stellen dat, - geheel terecht mijn inziens - de onrechtmatigheid van de ambtshandeling niet het enige en voornaamste element is ter beoordeling van de ernst van de omkoping en daarmee samenhangende strafwaardigheid. Andere omstandigheden, zoals de omvang van de omkopingsmiddelen, positie van de ambtenaar en mate van benadeling spelen een grote rol.²⁰³

Naar aanleiding van de onduidelijkheid die in de praktijk heerst over dit onderscheid, wordt in het conceptwetsvoorstel voorgesteld dit onderscheid te laten vervallen. Uit de memorie van toelichting volgt dat het onderscheid in de rechtspraak aanzienlijk van belang heeft verloren aangezien schending van de ambtsplicht al gauw aanwezig is. Volgens de minister staat centraal dat ieder handelen van de ambtenaar vrij dient te zijn van elke mogelijke beïnvloeding daarop.²⁰⁴ Dit heeft als gevolg dat de artikelen 177a en 362 Sr zullen komen te vervallen. Nadere toelichting over dit voorstel volgt in paragraaf III.5

¹⁹⁹ Roording 2002, p. 124; Sikkema 2005b, p.265. Volgens Sikkema is deze visie zeer bekrompen, zeker daar waar de ambtenaar een discretionaire bevoegdheid heeft: *"in dat geval kan moeilijk worden gezegd dat hij - zich eenmaal op ongeoorloofde wijze met de omkoper ingelaten hebbend - deze bevoegdheid nog op onpartijdige wijze kan uitoefenen"*.

²⁰⁰ Sikkema 2005b, p. 263.

²⁰¹ HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3584.; HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8318.

²⁰² Van der Lugt 2003, p. 80-81.

²⁰³ Sikkema 2000, p. 907; Sikkema 2005b, p. 267. Een ambtenaar die zich schuldig maakt aan het aannemen van een zeer groot bedrag aan omkopingsmiddelen voor een op zichzelf staande rechtmatige handeling zou zwaarder gestraft moeten worden dan een ambtenaar die een doosje bonbons ontvangt voor het uitvoeren van een prestatie in strijd met zijn ambtsplicht.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 685, nr. 3, p. 6-7 (MvT).

III.2.3 Opsporing en vervolging van buitenlandse corruptie

Opsporing

Opsporing van corruptiezaken wordt gedaan door de Rijksrecherche en haar rol hierin wordt verder toegelicht in de Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland.²⁰⁵

Moeilijkheidsgraad van de opsporing is gelegen in het feit dat corruptie vaak in besloten kring plaats vindt en in zekere zin 'slachtofferloos' is, waardoor aangifte vaak uitblijft.²⁰⁶ Opsporingsorganen zijn daardoor vaak toegewezen aan externe bronnen.²⁰⁷ Bijkomende factoren die nadelig zijn voor de bestrijding van corruptie is de ontkenning van het probleem, de complexiteit, onkunde en onwil.²⁰⁸

Gerealiseerd dient te worden dat bij grensoverschrijdende corruptiezaken de omgekochte buitenlandse ambtenaar niet zal kunnen worden vervolgd in Nederland, tenzij het een ambtenaar in dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie betreft. Nederland dient haar pijlen te richten op de omkoper: dankzij de Wet herziening corruptiewetgeving kunnen alle Nederlandse individuen en rechtspersonen vervolgd worden indien zij zijn betrokken bij grensoverschrijdende corruptie. Voor het verzamelen van voldoende bewijsmateriaal is een samenwerking tussen opsporingsdiensten onmisbaar, waartoe een aanvraag tot rechtshulp zal moeten worden gedaan.²⁰⁹ De Rijksrecherche en het OM zijn dus afhankelijk van de actieve houding van de buitenlandse organen.

Vervolging

Voor de vervolging van buitenlandse corruptie is de Landelijk Corruptieofficier van justitie in 2000 in het leven geroepen.²¹⁰ Over alle meldingen die aan hem worden gedaan door de Rijksrecherche of het OM, geeft hij een advies aan de Coördinatiecommissie Rijksrecherche (CCR) betreffende de

²⁰⁵ De Rijksrecherche houdt zich voornamelijk bezig met opsporingsonderzoeken tegen ambtenaren en valt onder de verantwoordelijkheid van het College van procureurs-generaal van het Openbaar Ministerie. Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland', 13 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 939. Deze Aanwijzing voorziet in beleidsregels welke inzicht bieden in de aanpak en vervolging van ambtelijke corruptie.

²⁰⁶ Roording 2002, p. 136.

²⁰⁷ Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland', 13 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 939. De Aanwijzing geeft voorbeelden van dergelijke bronnen, zoals internationale pers en internet en meldingen van klokkenluiders.

²⁰⁸ Maat 2005, p. 73.

²⁰⁹ Maat 2005, p. 74.

²¹⁰ *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 469, nr. 5, p.12; Nelen 2005, p. 43. Dit landelijk instituut binnen het Openbaar Ministerie is beoogd te functioneren als een baken van aandacht en mogelijke kanalisering van corruptieonderzoeken. De Corruptieofficier vindt zijn specialisme op het gebied van opsporing en vervolging van corruptiezaken waarin hij het OM bijstand verleent.

wenselijkheid en haalbaarheid van een eventueel onderzoek.²¹¹ Indien de CCR van mening is dat er afdoende aanknopingspunten zijn voor verder onderzoek in de desbetreffende corruptiezaak, kan de corruptieofficier zelf leiding geven aan het opsporingsonderzoek.²¹² De discretionaire bevoegdheid om te beoordelen om in een opsporingsonderzoek over te gaan tot vervolging is toegewezen aan het OM²¹³ en zij kan daarbij gebruik maken van de elementen uit de Aanwijzing.²¹⁴

Het grootste negatieve commentaar op de Corruptieofficier is dat er sinds het bestaan van deze functie nog geen enkel onderzoek van een buitenlandse corruptiezaak tot op heden heeft geleid tot een tenlastelegging. Het is onbedenklijk dat er in meer dan 10 jaar tijd geen enkele zaak voor de rechter is verschenen in Nederland, ondanks de mogelijkheden die de wet biedt en het bestaan van een opsporingsapparaat met een degelijk opsporingsbeleid. Dit probleem wordt voornamelijk toegeschreven aan het feit dat omkoping moeilijk te traceren is, aangezien het doorgaans onzichtbaar is en bewijs is moeilijk te leveren.

III.3 Internationale invloeden op het Nederlandse rechtsstelsel

De huidige Nederlandse strafwetgeving met betrekking tot omkoping van (buitenlandse) ambtenaren heeft zich de afgelopen jaren gevormd door invloeden van internationale ontwikkelingen. Enkele internationale overeenkomsten inzake de bestrijding van fraude en corruptie die door Nederland zijn goedgekeurd²¹⁵ en noemenswaardig voor deze scriptie zijn kortweg: het Fraudeverdrag²¹⁶, het Corruptieprotocol²¹⁷ en het belangrijke OESO-verdrag. Met het OESO-verdrag wordt elke ondertekende lidstaat gehouden tot het nemen van maatregelen die noodzakelijk zijn om de omkoping van buitenlandse ambtenaren in de wetgeving strafbaar te stellen. Het OESO-verdrag ziet niet op corruptiebestrijding in het algemeen, maar richt zich louter op omkoping door multinationals van buitenlandse ambtenaren. Meer specifiek ziet dit OESO-verdrag alleen op de strafbaarstelling

²¹¹ Van Zijl & Veldhuis 2009, p. 53.

²¹² Van Zijl & Veldhuis 2009, p. 53.

²¹³ Art. 167 Sr. De beoordeling dient te worden gemaakt in het algemeen belang.

²¹⁴ Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland', 13 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 939. Het gaat om de volgende elementen: hoogte van smeergeld; mate van betrokkenheid van de omgekochte ambtenaar; opsporings- en vervolgingshandelingen van het betrokken land; de mogelijke reputatieschade voor Nederland indien er bij een redelijk vermoeden niet wordt overgegaan tot onderzoek en vervolging; mate van aanwezigheid van concurrentievervalsing; kans op succesvolle vervolging.

²¹⁵ Bij Rijkswet van 13 december 2000, *Stb.* 2000, 615. Hierna: Goedkeuringswet.

²¹⁶ De Overeenkomst, opgesteld op grond van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie 26 juli 1995, *Trb.* 1995, 289. Hierna: het Fraudeverdrag.

²¹⁷ Het eerste Protocol bij het Fraudeverdrag, 27 september 1996, *Trb.* 1996, 330. Hierna: het Corruptieprotocol. Het Fraudeverdrag en het bijbehorende Corruptieprotocol zijn slechts van toepassing op gedragingen die de financiële belangen van de Europese Gemeenschap schaden of kunnen schaden. Verplicht is om omkoping van ambtenaren, zowel in actieve als passieve vorm, strafbaar te stellen.

van actieve omkoping van ambtenaren, neergelegd in artikel 1 inhoudende 'het [verkrijgen of behouden] van zakelijk of enig ander ongeoorloofd voordeel uit internationale zakelijke transacties'.²¹⁸ Reacties van lidstaten waren niet onmiddellijk, maar de laatste jaren is er een toenemende trend in het opstellen van nationale anti-corruptie wetten.

De goedkeuring door Nederland van de bovengenoemde drie overeenkomsten leidde tot herziening van de bestaande Nederlandse wetgeving aangezien deze niet meer voldeed aan de internationale verplichtingen voortvloeiende uit deze overeenkomsten. Essentiële wijzigingen betroffen de uitbreiding van het ambtenarenbegrip tot het niveau van buitenlandse ambtenaren en uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht in het geval van in het buitenland gepleegde corruptie. Deze noodzaak leidde tot een ingrijpende wetswijziging per 1 februari 2001 die hieronder nader besproken zal worden.

Tot slot verdient het Verdrag van de Verenigde Naties betreffende de strafrechtelijke bestrijding van corruptie, dat tevens ziet om omkoping van buitenlandse ambtenaren, een korte vermelding in deze scriptie, aangezien haar mondiale werking een groter bereik heeft dan bovengenoemde verdragen.²¹⁹

De Verenigde Naties streven er met behulp van dit Verdrag naar om de voorkoming en bestrijding van internationale corruptie op een doelmatige en doeltreffende wijze te realiseren met als uitgangspunt een zo volledig mogelijk systeem van maatregelen waarin alle aspecten van corruptiebestrijding zijn geregeld en overal ter wereld geldt.²²⁰

Tevens zijn er ook organisaties die toezicht houden op de lidstaten. Een grote rol hierin speelt Transparency International die ziet op de naleving van corruptieverdragen en bestrijding nationale en internationale corruptie. De organisatie doet onderzoek en geeft inzicht in de aard en omvang van corruptie en publiceert haar resultaten onder andere in het jaarlijkse Corruption Perceptions Index.²²¹ Daarnaast heeft de OESO in verschillende rapporten verslag gedaan op ontwikkelingen in de

²¹⁸ Lid 2 van hetzelfde artikel ziet op de strafbaarstelling van dergelijke actieve omkoping van buitenlandse ambtenaren. Deze strafbaarstelling dient volgens artikel 3 op dezelfde wijze te gebeuren als de strafbaarstelling buitenlandse ambtenaren, welke is neergelegd in art. 178a Sr

²¹⁹ Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie, 31 oktober 2003, *Trb.* 2004, 11. Eind 2006 is het Verdrag geratificeerd door Nederland.

²²⁰ De Doelder & Smid 2006, p. 834; Roording 2002, p. 112. Roording voegt hier aan toe: "voor een effectieve bestrijding van corruptie, in het bijzonder gevallen van corruptie met grensoverschrijdende aspecten, is vereist dat de wetgevingen van landen in zekere mate worden geharmoniseerd, althans beter op elkaar worden afgestemd, en dat obstakels voor een goede samenwerking bij de opsporing worden weggenomen."

²²¹ In deze index wordt de ervaring en perceptie vanuit het zakenleven over de mate van corruptie onder ambtenaren weergegeven, onderzocht in 180 landen. Het geeft niet het werkelijke niveau van corruptie weer. Sinds de eerste uitgave in 1995 staat Nederland meestal in de top tien van minst corruptie landen. Beschikbaar op <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>

verwezenlijking van de verplichtingen uit het OESO-verdrag. In beide rapporten komt Nederland er niet heel goed vanaf; alhoewel de wetgeving voldoende is, blijft de handhaving op een laag pitje.²²²

Buitenlandse ambtenaar

Onder buitenlandse ambtenaar wordt volgens de OESO verstaan:

“iedere persoon die een wetgevend, bestuurlijk of rechterlijk ambt van een ander land bekleedt, hetzij door benoeming dan wel verkiezing; iedere persoon die een openbare functie voor een ander land uitoefent, met inbegrip van een overheidsinstelling of overheidsbedrijf; en iedere ambtenaar of tussenpersoon van een internationale publiekrechtelijke organisatie.”²²³

Uit artikel 4 van het OESO-verdrag vloeit de verplichting voort voor lidstaten ter vestiging van een territoriale rechtsmacht ten behoeve van deze buitenlandse ambtenaren. Lid 2 geeft een uitbreiding aan deze rechtsmacht en ziet tevens om omkoping van buitenlandse ambtenaren gepleegd in het buitenland door onderdanen, voor zover de lidstaat waarin de omkoping heeft plaatsgevonden dergelijk misdad strafbaar stelt. Geen verplichting voor lidstaten indien deze omkoping is gedaan door niet-onderdanen aan de ambtenaar die werkzaam is bij een internationale organisatie, gevestigd op haar grondgebied.

III.4 De Wet herziening corruptiewetgeving 2001

De ontwikkelingen op internationaal vlak de afgelopen jaren, besproken in de vorige paragraaf, hebben in Nederland geleid tot een ingrijpende verandering in de strafbaarstelling van corruptie door invoering van de Wet herziening corruptiewetgeving²²⁴ in 2001.²²⁵ Het doel van de vernieuwde strafbaarstellingen is gericht op een effectiever strafrechtelijk optreden tegen corruptie.²²⁶ Op een aantal punten heeft de wetgever er zelfs bewust voor gekozen de wet zodanig aan te passen dat deze verder gaat dan de eisen voortvloeiende uit de verdragsverplichtingen, hetgeen in de literatuur tot kritiek heeft geleid.²²⁷ De belangrijkste gevolgen van de invoering van de Whc voor deze scriptie zijn de aanzienlijke uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid van ambtelijke corruptie en de invoering van de strafbaarstelling van buitenlandse ambtenaren en de daarmee samenhangende uitbreiding van de territoriale rechtsmacht van Nederland. Slechts deze wijzigingen zullen uitgebreider worden besproken in deze scriptie.

²²² Smid 2009, p. 65.

²²³ Art. 1 lid 4 OESO-verdrag.

²²⁴ Wet van 13 december 2000, *Stb.* 616, in werking getreden op 1 februari 2001. Hierna: Whc.

²²⁵ *Kamerstukken II* 1998-99, 26 469, nr. 3, p.13 (MvT). Zie ook de eerdergenoemde Goedkeuringswet

²²⁶ *Kamerstukken II* 1998-99, 26 469, nr. 3, p. 1-3 (MvT).

²²⁷ Van Zijl & Veldhuis 2009, p. 49 e.v.

III.4.1 *Uitbreiding strafbare vormen van omkoping*

De vormen van omkoping die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van strafrecht zijn in paragraaf III.2 al ter sprake gekomen. Het totaal aan strafbare vormen is momenteel 48, wat mede het gevolg is van een aantal nieuwe maatregelen met de invoering van de Whc. Wat betreft de passieve vorm van omkoping is sinds de invoering van de Whc niet alleen het aannemen van steekpenningen, maar ook het vragen ernaar verboden. Daarnaast is sindsdien ook passieve omkoping achteraf ten aanzien van niet handelen in strijd met de ambtelijke plicht strafbaar gesteld. Ook strafbaarstelling van passieve omkoping bij toekomstige ambtenaren is met deze wetswijziging ingevoerd. Voorwaarde is wel dat de aanstelling als ambtenaar ook daadwerkelijk is gevolgd.²²⁸

III.4.2 *Uitbreiding begrip ambtenaren en buitenlandse ambtenaren*

Met de invoering van de Whc is ook het ambtenarenbegrip verder uitgebreid: voor de strafbepalingen van ambtelijke omkoping is met ‘ambtenaar’ gelijkgesteld ‘een ieder in openbare dienst van een vreemde staat of van een volkenrechtelijke organisatie’, eenvoudigweg buitenlandse en internationale ambtenaren.²²⁹ Uit de memorie van toelichting volgt dat bij de uitleg van het begrip ‘buitenlandse ambtenaar’ gekeken dient te worden naar de uitleg die het OESO-Verdrag hier aan geeft.²³⁰ De betekenis die de OESO hieraan geeft is in paragraaf III.3 al uitgelegd.

III.4.3 *Uitbreiding territoriale rechtsmacht*

De corruptiebepalingen opgenomen in de Nederlandse wetgeving zijn van toepassing op een individu of rechtspersoon die in het buitenland een Nederlander of een ambtenaar in dienst van de Nederlandse staat omkoopt.²³¹ De uitbreiding van de mogelijkheid tot vervolging is te wijten aan de verruiming van het ambtenarenbegrip van art. 178a en 364 a Sr. Strafbaar zijn zij op grond van artikel 2 Sr indien zij zich in Nederland schuldig maken aan omkoping van een buitenlandse ambtenaar. Vervolgens geeft artikel 5 Sr de mogelijkheid tot strafbaarstelling van deze (rechts)personen indien zij buiten Nederland een ambtenaar omkopen. Voorwaarde is wel dat de omkoping in het land waar deze is gepleegd ook strafbaar is gesteld. Dit is de zogeheten ‘dubbele strafbaarheids eis’.

²²⁸ Roording 2002, p. 130.

²²⁹ Voor actieve omkoping is dit neergelegd in art. 178a lid 1 Sr en voor passieve omkoping art. 364a lid 1 Sr.

²³⁰ *Kamerstukken II* 1998-99, 26 469, nr. 3, p.13 (MvT).

²³¹ Art. 4 sub 9 en 10 Sr en Van Zijl & Veldhuis 2009, p. 49.

Actieve omkoping

De Whc geeft een uitbreiding aan deze rechtsmacht, te vinden in art. 4 sub 11 Sr en richt zich op strafbaarstelling van eenieder die een Nederlander heeft omgekocht.²³² Daarbij gaat het dus om Nederlandse personen en Nederlandse rechtspersonen die een ambtenaar in dienst van de Nederlandse Staat omkoopt, maar ook om een Nederlander in openbare dienst van een vreemde staat of volkenrechtelijke organisatie. Ten tweede voorziet sub 12 van hetzelfde artikel in strafbaarstelling van ambtenaar in dienst van de Nederlandse overheid of in openbare dienst van een in Nederlandse gevestigde volkenrechtelijke organisatie die buiten Nederland actieve omkoping heeft gepleegd, en dus een ambtenaar in dienst van de Nederlandse staat of persoon in dienst van een vreemde staat of volkenrechtelijke organisatie omkoopt.²³³ Wederom geldt voor zowel sub 10 als 11 de dubbele strafbaarheidsis; het land waar de Nederlander iemand heeft omgekocht moet ook dergelijke omkoping strafbaar hebben gesteld.

Passieve omkoping

De territoriale rechtsmacht voor de strafbaarstelling van de passieve omkopingsvormen is neergelegd in art. 6 Sr, waarbij een Nederlandse ambtenaar strafbaar kan worden gesteld indien hij zich buiten Nederland schuldig maakt aan het aannemen of vragen van steekpenningen.²³⁴ Lid 2 breidt de werking daarbij uit naar personen in openbare dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie.²³⁵ Het enige verschil met de territoriale rechtsmacht over actieve omkoping is dat dubbele strafbaarheid hier geen rol speelt.

III.4.4 *Kritiek*

De Nederlandse wetgever gaat op een aantal punten verder dan de verplichtingen die voortvloeien uit de internationale verdragen. Allereerst is de omkoping waarbij de tegenprestatie van de ambtenaar niet in strijd is met zijn ambtelijke plicht niet strafbaar gesteld in een van de verdragen. Over het onderscheid handelen in strijd met de ambtsplicht en handelen niet in strijd met de ambtsplicht is al eerder uitgebreid behandeld. In de praktijk blijkt het onderscheid tussen handelen in strijd met de ambtelijke plicht en handelen niet in strijd met de ambtelijke plicht maar moeilijk hanteerbaar, waardoor de Hoge Raad al snel aanneemt dat er sprake is van strijdigheid met de

²³² Deze strafbaarstelling berust op art. 6 lid 1 onder c van het Corruptieprotocol.

²³³ Deze strafbaarstelling is slechts van belang indien de betrokken ambtenaar geen Nederlandse nationaliteit heeft. Is dit wel het geval, dan zal er vervolging plaatsvinden op grond van art. 5 Sr.

²³⁴ Het gaat niet om het hebben van de Nederlandse nationaliteit, maar dat de persoon werkt in dienst van de Nederlandse overheid.

²³⁵ De uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht is dus gelegen in de buitenlander die in het buitenland een buitenlander in dienst van de Nederlandse staat omkoopt.

ambtelijke plicht indien er een omkoping heeft plaatsgevonden. Naast het feit dat handelen niet in strijd met de ambtsplicht niet strafbaar is gesteld op internationaal niveau en het onderscheid tussen beide handelen in de praktijk aanzienlijk aan belang heeft verloren, is het advies van zowel Roording als Sikkema dan ook vanuit praktisch en principiële oogpunt om dit wettelijke onderscheid te beëindigen.²³⁶

Een tweede kritiekpunt zijn de vele vormen van omkoping die zijn strafbaar gesteld met de invoering van de Whc in 2001: zowel actief en passief, alsmede in strijd met de ambtelijke plicht en zonder strijd met de ambtelijke plicht. Door de invoering zijn momenteel 48 vormen van omkoping strafbaar. Voor de invoering van de WHC waren dit nog slechts vijf vormen.²³⁷ Zo is ook omkoping strafbaar indien deze achteraf plaatsvindt, maar geen strafbare grond kent in een van de corruptieverdragen. Ook hier is de wetgever dus verder gegaan dan de internationale verplichtingen. Dit is eveneens het geval bij strafbaarstelling van toekomstige ambtenaren.

Ook kleven er nadelen aan de enorme uitbreiding van de territoriale rechtsmacht van Nederland voor vervolging van ambtelijke corruptie. De uitbreiding van de grote aantallen wettelijk omkopingsvarianten heeft als gevolg een grote complexiteit en onduidelijkheid, ook in de handhaving.²³⁸ Oproepen vanuit de literatuur om de nieuwe wettelijke regeling aanzienlijk te vereenvoudigen.

Tot slot stelt de wetgever alle vormen van giften, beloften of diensten strafbaar, ongeacht de waarde van een dergelijk omkopingsmiddel. Dit heeft tot gevolg dat ook de zogenoemde 'facilitation payments' onder de strafbepalingen vallen, welke wel van strafbaarheid zijn uitgezonderd onder het OESO-verdrag. Hier gaat de wetgever dus ook een stap verder dan noodzakelijk.

Samenvattend heeft de Whc van 2001 geleid tot een verruiming van de reikwijdte van de Nederlandse strafwetgeving op het gebied van de bestrijding van ambtelijke corruptie. Deze verruiming is gebaseerd op de internationale verplichtingen voortvloeiende uit verschillende verdragen waar Nederland partij van is. Echter heeft de Nederlandse wetgever er bewust voor gekozen om in sommige opzichten verder te gaan dan noodzakelijk was, zoals ten aanzien van de strafbaar gestelde vormen van omkoping, evenals de vervolgingsdrempel van de waarde van de omkopingsmiddelen. Deze huidige en verdergaande strafbepalingen in de Nederlandse wet hebben veel stof doen opwaaien in de literatuur. Hoewel er algemeen kan worden gesteld dat er voldoende regelgeving bestaat op gebied van bestrijding van ambtelijke corruptie, los van de bovenstaande kritiekpunten, heeft dit er tot op heden nog niet toe geleid tot een daadwerkelijke stevige aanpak en

²³⁶ Roording 2002, p.124; Sikkema 2000, p. 908.

²³⁷ Roording 2002, p. 116.

²³⁸ Sikkema 2005a, p 35.

vervolgving van corruptiezaken. Internationaal is Nederland daarvoor ook streng op haar vingers getikt. De kritiek is opgenomen in het derde fase rapport van de OESO. Gevolg van het negatieve commentaar op Nederland heeft aanleiding gegeven tot een wetsvoorstel met nieuwe maatregelen ter bestrijding van onder andere de omkoping van (buitenlandse) ambtenaren. Zowel de kritiek van het OESO-rapport als het Wetsvoorstel zal uitvoerig worden besproken in de volgende paragraaf.

III.5 Het Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'

De Werkgroep heeft in december 2012 haar derde fase rapport gepresenteerd over de implementatie en handhaving van het OESO-verdrag tegen omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale handelstransacties in Nederland.²³⁹ De twee voorafgaande rapporten gingen respectievelijk over een onderzoek naar de Nederlandse wetgeving ter bestrijding van corruptie en vervolgens de implementatie en uitvoering daarvan in de praktijk. Het derde rapport richt zich op de praktijk waarbij de resultaten van de wetgeving onderzocht worden. De Werkgroep neemt een kritische houding aan en stelt de negatieve punten van Nederland ter bestrijding van corruptie aan de kaak. De Werkgroep maakt zich ernstige zorgen over de lage aantallen gerechtelijke onderzoeken naar en vervolging van buitenlandse omkoping in Nederland²⁴⁰, zeker gezien de grootte van de economie en de belangrijke externe commerciële activiteiten.²⁴¹ Tot op heden zijn er beperkte resultaten en is er nog geen enkele individu of onderneming gesanctioneerd voor buitenlandse corruptie. In totaal werden er in Nederland 22 zaken verdacht van buitenlandse corruptie, waar (vaak grote) Nederlandse ondernemingen bij betrokken waren. Van deze 22 corruptiezaken zijn er 14 niet verder opgepakt, maar acht onderzocht en twee voor de rechter verschenen. Het motief van dergelijk teleurstellend resultaat is een gebrek aan bewijs en waarbij er al onderzoek liep in het betrokken buitenland. Met deze motivering lijkt Nederland gemakkelijk deze zaken van zich af te

²³⁹ OECD, Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in The Netherlands, December 2012. Hierna: OESO-rapport. De rapporten die door de Werkgroep worden uitgegeven zijn slechts adviserend van aard; het heeft geen bindend karakter voor de desbetreffende lidstaat. In principe kan een lidstaat een rapport dan ook gemakkelijk naast zich neerleggen. Echter ligt er een behoorlijke druk op een lidstaat gezien de groeiende aandacht voor corruptie en de bestrijding ervan.

²⁴⁰ OESO-rapport, p.5: "*The Working Group on Bribery has serious concerns that the overall results of foreign bribery investigations and prosecutions to date are too low.*"

²⁴¹ OESO-rapport, p.12.

schuiven en kritiek wordt dan ook gegeven op het feit dat er door Nederland niet nader wordt geïnformeerd naar de stand van zaken.²⁴²

Gezien de grootte van de Nederlandse economie is dit resultaat zeer zorgwekkend. Volgens het Progress Report van Transparency International zit Nederlands zelfs in de laagste categorie genaamd 'little or no enforcement'.²⁴³ De geringe pakkans wordt dan ook gezien als een van de factoren waarom het aanlokkelijk is om dergelijke misdrijven te plegen. Om de pakkans van deze misdrijven te vergroten is een intensivering van het preventieve effect van de strafbedreigingen noodzakelijk volgens de Raad van State.²⁴⁴ Het gebrek van onderzoek en handhaving is mede gelegen in mankracht die in Nederland hiervoor beschikbaar is. Tevens dienen er voldoende middelen voor de opsporingsorganen beschikbaar te zijn waardoor effectieve opsporing en vervolging gerealiseerd kan worden en er lijkt in sommige gevallen sprake te zijn van gemakzucht.²⁴⁵ Naast dit kritiekpunt, geeft de Werkgroep ook advies ter verbetering van de huidige regelgeving. Verbeterpunten worden gegeven onder andere op het gebied van hogere maximale sancties voor rechtspersonen en op het gebied van detectie en rapportage van buitenlandse omkoping. De huidige geldboetes zijn volgens de Werkgroep te laag en daarmee onvoldoende effectief. Het advies aan Nederland is zorgen voor een hardere aanpak in de bestrijding van corruptie, tevens met het oog op de enorme sommen geld die daarmee binnenkomen door de hoge boetes.²⁴⁶

Naar aanleiding van het bovengenoemd commentaar van de OESO heeft de minister daarop een antwoord proberen te geven in de vorm van een wetsvoorstel waarbij de huidige strafbepalingen ten aanzien van corruptie aangepast zullen worden.

Het Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'²⁴⁷ beoogt de bestrijding financieel-economische criminaliteit te verbeteren door middel van adequate straffen en verdergaande mogelijkheden voor vervolging. De Memorie van Toelichting zegt daarover het volgende:

²⁴² OESO-rapport, p.31. Advies van de OESO aan Nederland is dat ook al is een zaak al in onderzoek in het buitenland, dit Nederland niet belet om zelf een onderzoek te starten dan wel gezamenlijk met het andere land. Roording 2002, p. 136. Roording constateerde al in 2002 dat actieve vervolging van buitenlandse corruptie dikwijls zal stuklopen vanwege het feit dat bewijsstukken moeilijk te verkrijgen zijn, zeker in het geval wanneer collaboratie van landen met andere politieke opvattingen over integriteit van het overheidsapparaat vereist is.

²⁴³ Transparency International, 'Exporting corruption. Progress Report 2013: assessing enforcement of the OECD convention on combating foreign bribery', 2013, p. 6-7.

Beschikbaar via: http://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_exportingcorruption_oecdprogre.

²⁴⁴ Advies Raad van State inzake het voorstel van wet inzake verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, *Stcrt.* 2013, nr.18 873, 11 juli 2013, p. 7.

²⁴⁵ Boswijk 2013, p. 61.

²⁴⁶ Dekker 2013, p.34.

²⁴⁷ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 685, nr. 2. Hierna: het Wetsvoorstel. Het Wetsvoorstel is op 18 juni jongstleden ingediend bij de Tweede Kamer.

*'Fraude, omkoping en witwassen oefenen daarom een aantrekkingskracht uit op daders die niet alleen afkomstig zijn uit het criminele milieu, maar ook uit de reguliere economische sector. De belangrijkste reden waarom het aantrekkelijk is om deze misdrijven te plegen ligt in de combinatie van hoge winsten, een geringe pakkans en verhoudingsgewijs lage straffen waarmee het plegen ervan wordt bedreigd. Het kabinet wil dat deze situatie tot een einde gaat behoren.'*²⁴⁸

Van groot belang is een krachtige en effectieve aanpak in bestrijding van financieel-economische criminaliteit, aangezien dit negatieve gevolgen kan hebben voor het functioneren van de Nederlandse markt. Het OM wil dergelijke criminaliteit bestrijden.

Ten eerste voorziet het Wetsvoorstel in een verruiming en actualisatie van een aantal financieel-economische delicten, waaronder de strafbaarstelling inzake misbruik van gemeenschapsgeld, witwassen, ambtelijke corruptie en niet-ambtelijke corruptie. Ten tweede introduceert het Wetsvoorstel een flexibel boeteplafond voor rechtspersonen waarbij ze kunnen worden beboet tot maximaal 10% van hun omzet zodat rekening kan worden gehouden met de draagkracht van deze rechtspersonen. Tot slot voorziet het Wetvoorstel in een wijziging ten aanzien van de termijnen voor een beroep op het verschoningsrecht en geeft een beperking in de aftrek van kosten bij ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Ik zal slechts ingaan op de voorgestelde wijzigingen in het Wetsvoorstel die van belang zijn voor deze scriptie, te weten de verhoging van de strafbaarstelling van ambtelijke corruptie en de introductie van het flexibel boeteplafond.

III.5.1 *Strafverhogingen ambtelijke corruptie*

Indien er wordt gehandeld in strijd met de ambtsplicht kan hiervoor een maximale gevangenisstraf worden opgelegd van vier jaren, voor handelen niet in strijd met de ambtsplicht is dit maximaal twee jaren.²⁴⁹ De huidige maximale geldboetes zijn volgens de Werkgroep te laag en daardoor nauwelijks doeltreffend.²⁵⁰ Ook GRECO stelt in haar derde evaluatie rapport vast dat Nederland in vergelijking met andere Europese landen lagere straffen handhaaft ten opzichte van de omkopingsdelicten.²⁵¹

²⁴⁸ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 685, nr. 3, par. 1.1, p.1 (MvT).

²⁴⁹ Respectievelijk art. 363 en 362 Sr.

²⁵⁰ OESO rapport, p. 5 en 22.

²⁵¹ GRECO, 'Third Evaluation Round: Evaluation Report on the Netherlands on Incriminations', 2008, p. 26

Te downloaden via:

[www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2010\)5_Netherlands_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2010)5_Netherlands_EN.pdf) . Het advies van GRECO is om in ieder geval de strafmaxima van art. 177a jo. 362 Sr te verhogen.

In het Wetsvoorstel wordt het onderscheid geschrapt en kan een ambtenaar strafbaar worden gesteld ongeacht of er sprake is van handelen in strijd met zijn ambtsplicht.²⁵² Daarbij wordt de maximale straf verhoogd naar zes jaren en een geldboete van de vijfde categorie.²⁵³ Dit heeft tot gevolg dat de strafbaarstelling van handelen niet in strijd met de ambtsplicht verhoogd wordt van twee jaren naar zes jaren, let wel een verhoging van 300%.²⁵⁴

De Raad van State geeft als aanbeveling om nader onderzoek te verrichten naar de aard en omvang van de problemen die bij de bestrijding van corruptie ontstaan en vraagt naar het nut en noodzaak van de verhoging van de strafmaxima.²⁵⁵ Gewoonlijk heeft de bestrijding van misdrijven slechts nut indien de pakkans daarop wordt verhoogd. De regering handhaaft echter een verhoging van de strafmaxima. Achterliggende gedachte van de verhoging van de strafmaxima is gelegen aan de waarde die het kabinet hecht aan de signalen die dergelijke straffen geeft. Aangenomen wordt dat de huidige strafbepalingen onvoldoende afschrikkende werking zouden hebben, waardoor met behulp van hogere straffen wordt beoogd een ontmoedigend effect op potentiële daders teweeg te brengen.²⁵⁶ In het verlengde daarvan wil de minister laten zien dat ambtelijke corruptie niet alleen ontoelaatbaar is, maar ook breder de integriteit en legitimiteit van de overheid kan bedreigen. Ik vraag me echter af in hoeverre een dergelijke verhoging van de strafmaxima daadwerkelijk leidt tot het beoogde afschrikkende effect in de praktijk. Het argument wordt namelijk niet verder onderbouwd door wetenschappelijke resultaten of praktijkvoorbeelden in de Memorie van Toelichting²⁵⁷ en lijkt slechts te zien op symboolpolitiek.²⁵⁸ Ook de Nederlandse Vereniging voor

²⁵² *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3, par. 3.3, p. 6 (MvT): "niet het ambtsstrijdig handelen staat centraal, maar ieder ambtelijk handelen dient vrij te blijven van welke geldelijke beïnvloeding dan ook".*

²⁵³ Art. 177 lid 1 en art. 363 lid 1 Sr. Volgens lid 3 kan bij omkoping van een ambtenaar met een hoge functie de gevangenisstraf zelfs oplopen tot maximaal acht jaren.

²⁵⁴ Preadvis van de Adviescommissie Strafrecht, Nederlandse Orde van Advocaten, p. 2. Dit advies is als bijlage opgenomen in *Kamerstukken II 2012/13, 33 685, nr. 3 (MvT)*. Een verhoging van 300% lijkt buitenproportioneel en volgens de Adviescommissie Strafrecht valt er veel voor te zeggen om een onderscheid te behouden tussen handelen wel en niet in strijd met de ambtsplicht.

²⁵⁵ Advies Raad van State inzake het voorstel van wet inzake verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, *Stcrt.* 2013, nr.18 873, 11 juli 2013, p. 7.

²⁵⁶ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3, par. 7, p. 13 (MvT)*.

²⁵⁷ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3, p. 7 (MvT)*.

²⁵⁸ Preadvis van de Adviescommissie Strafrecht, Nederlandse Orde van Advocaten, p. 1 -2. Bijlage bij *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3 (MvT)*. De schijn wordt gewekt dat met behulp van de verhoging van de strafmaxima de criminaliteit beter bestreden kan worden. Algemeen bekend is echter dat voorkoming van criminaliteit beter gerealiseerd kan worden door middel van het verhogen van de pakkans in plaats van het verhogen van de strafmaxima. Aldus ook Roomen & Sikkema 2012, p. 793. Roomen en Sikkema zijn van mening dat de strafbaarstelling van ambtelijke corrupte slechts verhoogd kan worden indien daar zwaarwegende argumenten voor kunnen worden gegeven.

Rechtspraak (NVvR) is van mening dat naar dit verband een grondige en zorgvuldige bestudering op zijn plaats is.²⁵⁹

Wetenschappers beweren zelfs dat een strafverhoging geen bijdrage levert aan het verminderen van criminaliteit in het algemeen.²⁶⁰

Verder komt het in de praktijk zelden voor dat een rechter de maximale straf of boete oplegt gekeken naar de omstandigheden bij financieel-economische criminaliteit aangezien de bewijslast veel moeilijker te bepalen is.²⁶¹ Ik vraag me dan ook af wat het nut is van de verhoging van de strafmaxima als een rechter daar vandaag de dag geen gebruik van maakt waarbij eveneens geen noodzaak van de verhoging uit de toelichting van het Wetsvoorstel blijkt.

Onderscheid handelen in strijd met de ambtsplicht versus handelen niet in strijd met de ambtsplicht

Zoals in paragraaf III.2.2 al is beschreven, is het wettelijke onderscheid tussen handelen in strijd met de ambtsplicht en handelen niet in strijd met de ambtsplicht in de praktijk lastig te bepalen. Dikwijls worden in de rechtspraak tegenprestaties bestempeld als een handelen in strijd met de ambtsplicht, waardoor het verschil in strafbedreiging vrij willekeurig lijkt te zijn geworden. Het gevolg is dat handelen niet in strijd met de ambtsplicht aanzienlijk aan belang heeft verloren en nog nauwelijks een zelfstandige functie heeft.²⁶² De ruime uitleg van de ene variant brengt het bestaansrecht van de ander in gevaar. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om dit onderscheid te laten vervallen²⁶³, waarbij de artikelen 177a en 362 Sr zullen worden geschrapt. Rosing stelt daarbij dat de voorgestelde maatregel slechts een codificatie van de rechtspraak bevat en niet zozeer een materiele aanpassing.²⁶⁴

Een bijkomend voordeel voor de afschaffing van dit onderscheid is het bestaan van een groot aantal strafbare omkopingsvormen, hetgeen sterk bekritiseerd wordt in de literatuur.²⁶⁵ De grote hoeveelheid varianten van ambtelijke omkoping heeft tot gevolg dat de uitwerking van de wettelijke

²⁵⁹ Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, 29 juni 2012. Bijlage bij *Kamerstukken II 2012-13*, 33 685, nr. 3 (MvT).

²⁶⁰ Zie ook Elffers 2008. Volgens Elffers speelt het verhogen van strafmaxima nauwelijks een rol bij de bestrijding van criminaliteit en heeft het amper afschrikkende werking.

²⁶¹ Rosing 2012, p. 319. Als de maximale grens van de boete nog hoger komt te liggen, wordt het verschil tussen de grens en de opgelegde boete alleen maar groter en zal de voorgestelde verhoging slechts averechts werken.

²⁶² Roomen & Sikkema 2012, p. 793. Inhoudelijk gezien dient volgens hen het onderscheid te worden geschrapt aangezien er onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer er sprake is van geoorloofde of ongeoorloofde tegenprestaties.

²⁶³ *Kamerstukken II 2012-13*, 33 685, nr. 3, p. 4-5 (MvT). Volgens de minister staat niet het 'ambtsstrijdig handelen' centraal, maar iedere ambtelijke prestatie dient vrij te blijven van iedere vorm van geldelijke beïnvloeding.

²⁶⁴ Rosing 2012, p. 318.

²⁶⁵ Zie voor de besproken kritiek paragraaf III.2.2.

strafbepalingen in de praktijk zeer gecompliceerd en onduidelijk is.²⁶⁶ Door de voorgestelde schrapping van artikelen 177a en 362 Sr wordt het aantal omkopingsvormen aanzienlijk verminderd, waardoor de bestaande regeling sterk wordt vereenvoudigd, hetgeen door Roording²⁶⁷, Roomen en Sikkema wordt toegejuicht in het licht van rechtszekerheid en effectieve wetshandhaving.²⁶⁸

Een ander belangrijk argument is dat de scheiding voor problemen kan zorgen bij de tenlastelegging. Indien een ambtenaar 'handelen in strijd met zijn ambtsplicht' wordt opgelegd, maar niet kan worden bewezen dat hij wist of vermoedde dat het omkopingsmiddel verband houdt met de tegenprestatie, heeft dit tot gevolg dat er vrijspraak dient te volgen gezien niet voldaan is aan de vereisten van art. 363 Sr. Er kan dan niet automatisch worden teruggevallen op art. 362 Sr, aangezien dit artikel juist ziet op de ambtenaar die wist of vermoedde dat de verrichte tegenprestatie *niet* ongeoorloofd was. Omgekeerd geldt dit ook voor art. 362 Sr. Dit is een onwenselijke situatie aangezien de tegenprestatie hoe dan ook strafwaardig is, zij het op grond van de andere variant. Een dergelijk gat tussen de beide bepalingen kan dan ook worden vermeden door het onderscheid te verwijderen en de bepalingen samen te voegen, wat tot een verbetering leidt in het tot stand houden van de tenlastelegging.²⁶⁹

Tot slot dient in het achterhoofd te worden gehouden dat er ook nog andere factoren een rol spelen bij de beoordeling van de strafwaardigheid, zoals de omvang van de omkopingsmiddelen of de functie van de omgekochte ambtenaar.

III.5.2 *Het flexibele boeteplafond*

De huidige geldboete die een rechtspersoon kan worden opgelegd bij het schuldig maken aan enige vorm van corruptie bedraagt € 780.000, een geldboete van de zesde categorie. In het Wetsvoorstel wordt een nieuwe maatregel geïntroduceerd waarbij een geldboete aan rechtspersonen kan worden opgelegd ten hoogste van tien procent van de omzet.²⁷⁰ De toegevoegde zin aan art. 23 lid 7 Sr luidt als volgt:

²⁶⁶ Sikkema 2005, p. 340-341 en p. 576-578. Vereenvoudiging en verheldering van het aantal strafbepalingen is niet alleen belangrijk voor de individuele rechtszekerheid, maar tevens een belangrijk handvat voor opsporende, vervolgende en berechtende organen.

²⁶⁷ Roording 2002, p. 125.

²⁶⁸ Roomen & Sikkema 2012, p. 793. Sikkema pleitte al eerder voor de afschaffing van het onderscheid: Sikkema 2000, p. 908.

²⁶⁹ Sikkema 2005b, p. 268-269. Sikkema is voorstander van de samenvoeging van de artikelen, waarbij weer wordt vastgehouden aan het vereiste van een op zichzelf onrechtmatige tegenprestatie.

²⁷⁰ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 685, nr. 3, p. 1 (MVT). De achterliggende gedachte van de minister is gelegen in het feit dat de huidige maximale geldboete weinig daadkrachtig is bij kapitaalkrachtige rechtspersonen en daardoor nauwelijks afschrikwekkende werking heeft.

“Indien voor het feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, kan een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste het bedrag dat gelijk is aan tien procent van de jaaromzet van de rechtspersoon.”

Met behulp van een flexibel boeteplafond kan rekening worden gehouden met de draagkracht van elke rechtspersoon. De maatregel wordt gemotiveerd door te stellen dat de hoogte van een boete aan de rechtspersoon, naast de ernst van het delict, ook factoren als het profijt dat het de rechtspersoon heeft opgeleverd en draagkracht van belang zijn.²⁷¹ Toegejuicht wordt deze maatregel door het College van Procureurs-Generaal aangezien financieel-economische criminaliteit een grote maatschappelijke impact heeft en vaak samen gaat met het verkrijgen van gigantische financiële voordelen die in geen verhouding staan met de huidige maximale geldboete.²⁷² Edoch stelde het College van Procureurs-Generaal verschillende vragen betreffende de introductie van het flexibel boeteplafond in het conceptwetsvoorstel, in het bijzonder gericht op de periode waarover omzet is behaald en de aard van deze omzet.²⁷³ In het wetsvoorstel wordt dienaangaande verheldering gegeven over de technische uitwerking van de maatregel.²⁷⁴ Over de periode waarover de omzet dient te worden berekend, moet gekeken worden naar de jaaromzet van het boekjaar voorafgaand aan het tijdstip van berechting, wat in lijn ligt met art. 57 Mededingingswet.²⁷⁵ Vervolgens leert lid 2 van dit artikel ons dat de berekening van de omzet wordt berekend aan de hand van de netto-omzet van de onderneming, zoals geformuleerd in artikel 2:377 lid 2 BW. Zowel de tekst van art. 23 lid 7 Sr als de minister spreekt echter niet over deze netto-omzet waardoor geconcludeerd kan worden dat bij de berekening van de jaaromzet in deze context dient te worden uitgegaan van de bruto-omzet.²⁷⁶ De minister geeft echter geen expliciet antwoord of hij daadwerkelijk wil afwijken van de procedure neergelegd in de Mededingingswet, dus deze vraag is nog steeds onbeantwoord. Een tweede belangrijk aspect is het begrip onderneming, waarbij de minister wederom dezelfde uitleg volgt als die in de Mededingingswet gebruikt is. Daarin wordt een dochteronderneming en een

²⁷¹ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3, p. 9-10 (MvT).*

²⁷² Advies College van Procureurs-Generaal inzake conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, PaG, B&S, 23 augustus 2012. Bijlage bij *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3 (MvT)*, p. 2-3. Door de hoogte van de geldboete te koppelen aan de omzet van de rechtspersoon kan het boetesysteem beter worden toegespitst op de bestrijding van financieel-economische criminaliteit.

²⁷³ Advies College van Procureurs-Generaal inzake conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, PaG, B&S, 23 augustus 2012. Bijlage bij *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3 (MvT)*, p. 3. Aldus ook Kooijmans & Borgers 2012.

²⁷⁴ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3, p. 9-10 en 13-14 (MvT).*

²⁷⁵ *Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3, p. 13-14 (MvT).* In elk geval zal onderzoek plaatsvinden naar de exacte jaaromzet.

²⁷⁶ Borgers & Kooijmans 2013, p. 597. De achterliggende gedachte van de minister voor het gebruik van de bruto-omzet zou volgens Borgers en Kooijmans kunnen zijn dat in het geval de netto-omzet wordt gehandhaafd, dit uitermate geschikt is om deze omzet kunstmatig te verlagen door middel van boekhoudkundige besluiten.

moedermaatschappij gezamenlijk als onderneming beschouwd indien de moeder het beleid van de dochter bepaald.²⁷⁷ Bij het berekenen van de boete dient dan de omzet van de moedermaatschappij en van de dochteronderneming bij elkaar opgeteld te worden. Strafrechtelijk gezien heeft dit desondanks niet tot gevolg dat de moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld voor de overtreding van de dochter. De omzet van de moedermaatschappij wordt slechts opgeteld bij de omzet van de dochteronderneming zodat de rechter een hogere boete aan de overtredende dochter kan opleggen.²⁷⁸

Niet alle vragen zijn echter beantwoord in het wetsvoorstel. Onbeantwoord blijft de vraag naar de berekening van de omzet en draagkracht waar het gaat om gevallen waarbij buitenlandse rechtspersonen zijn betrokken. Onduidelijk is op welke wijze het OM de omzet van deze rechtspersonen kan bepalen en bewijsbaar aan de rechter voorleggen.²⁷⁹ De Raad van State onderschrijft de vereenvoudiging van de huidige regelgeving, echter worden er wel kanttekeningen geplaatst bij de verhoging van de gevangenisstraf aangezien er in de Memorie van Toelichting niet wordt uitgelegd waarom de huidige straffen in de praktijk niet zouden voldoen.²⁸⁰

Concluderend heeft de flexibilisering van het boeteplafond naar mijn mening, op dit moment geen toegevoegde waarde. Als antwoord op de kritiek wordt er wel een technische uitleg gegeven door de minister, echter is er niet met allerlei bijkomende aspecten, zoals buitenlandse omzet, rekening gehouden. Ook heeft de minister zich niet uitgesproken of er van de bruto – of netto omzet mag worden uitgegaan. De berekening van de omzet waarover de boete dient te worden berekend zal in de praktijk nog een hoop problemen tegen komen. De minister dient eerst in een volledige uitwerking te voorzien voordat de maatregel in de praktijk zal kunnen werken.

Naast de bestaande onduidelijkheden, kan ook bij deze maatregel afgevraagd worden of het beoogde afschrikeffect zal werken in de praktijk. De Raad voor de rechtspraak stelt dat het voorgestelde flexibele boeteplafond een inbreuk is op de huidige systematiek van de boetemaxima in de Nederlandse wetgeving, waarbij een grondige onderbouwing gewenst is en gekeken dient te

²⁷⁷ Borgers & Kooijmans 2013, p. 598. De minister laat zich niet uit over de vraag wanneer er sprake is van beleidsbepaling van de moedermaatschappij in de dochteronderneming. Een nadere uitleg hieromtrent is echter wel wenselijk mocht deze lijn worden uitgezet in de praktijk.

²⁷⁸ Borgers & Kooijmans 2013, p. 598.

²⁷⁹ Advies College van Procureurs-Generaal inzake conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, PaG, B&S, 23 augustus 2012. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012-13, 33 685, nr. 3 (MvT), p. 3 De uitwerking van dergelijke factoren is van belang voor de toepassing van de maatregel in de praktijk.

²⁸⁰ Advies Raad van State inzake het voorstel van wet inzake verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, *Stcrt.* 2013, nr.18 873, 11 juli 2013, p. 8. Advies van de Raad van State is om de voorgestelde verhoging van de gevangenisstraffen nader te motiveren en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

worden naar alternatieven om het beoogde doel te kunnen bereiken.²⁸¹ Ook hier lijkt de maatregel wederom als pure symboolwetgeving te fungeren waarmee de minister wil laten zien dat rechtspersonen onderhevig zijn aan hogere geldboetes.²⁸² Daarbij lijkt het er op dat de minister mogelijke alternatieven die effectiever kunnen werken, links heeft laten liggen.²⁸³

III.5.3 Conclusie

Zowel uit de literatuur als uit de ontvangen adviezen van verschillende organisaties is er kritiek op de inhoud en wenselijkheid van het Wetsvoorstel. De algemene lijn in deze kritiek is de vraag of de voorstellen in het Wetsvoorstel daadwerkelijk zullen leiden tot een effectievere bestrijding van financieel-economische criminaliteit. Het is namelijk maar zeer de vraag of de handhaving van corruptiebestrijding in de praktijk is gebaad met de nieuwe maatregelen zoals deze zijn voorgesteld in het Wetsvoorstel. De meerwaarde van de voorgestelde maatregelen wordt zeer in twijfel getrokken gezien de maatregelen in verschillende opzichten onduidelijk en onaannemelijk blijken. Daarbij is de verwachting dat een aantal aspecten van deze maatregelen in de praktijk tot ongewenste of averechtse resultaten zal leiden.²⁸⁴ Onder andere de Raad voor de Rechtspraak evenals de Nederlandse Orde van Advocaten zetten hier vraagtekens bij.²⁸⁵ Tevens heerst er teleurstelling in de literatuur aangezien de meeste kritiek die werd gegeven op het conceptwetsvoorstel nog steeds van toepassing is op het huidige Wetsvoorstel.²⁸⁶

III.6 Evaluatie: het Wetsvoorstel in vergelijking met de FCPA en Bribery Act

In de vorige paragraaf zijn de belangrijkste wijzigingen van het Wetsvoorstel besproken en is er tevens aandacht besteed aan de pijlen die hierop vanuit de literatuur zijn geschoten. Tot slot van dit hoofdstuk zal de huidige Nederlandse wetgeving en het aanhangige Wetsvoorstel tegen het licht

²⁸¹ Advies Raad voor de rechtspraak inzake conceptwetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit. Bijlage bij *Kamerstukken II 2012-13*, 33 685, nr. 3 (MvT), p. 2 en 7. Tevens dient er door de minister aandacht te worden geschonken aan de veronderstelde afschrikkende werking en de pakkans.

²⁸² Borgers & Kooijmans 2013, p. 598.

²⁸³ Van Erp 2008, p. 15. Van Erp stelt dat bestuursrechtelijke sancties zoals het intrekken/niet verlengen van een vergunning of het tijdelijk sluiten van een onderneming waarschijnlijk afschrikwekkender werkt dan een geldboete.

²⁸⁴ Kooijmans & Borgers 2012, p. 701. Het gebruik van de bruto-omzet zal leiden tot torenhoge boetes in de praktijk en is daardoor geen aanmoediging voor een onderneming om een zo hoog mogelijke omzet te krijgen.

²⁸⁵ *Kamerstukken II 2012-13*, 33 685, nr. 3 p. 2 (MvT).

²⁸⁶ Borgers & Kooijmans 2013, p. 599. Borgers en Kooijmans vragen zich ten eerste af of de voorgestelde maatregel ter verhoging van het boeteplafond zal kunnen werken in de praktijk.

worden gehouden van de Amerikaanse FCPA en de Britse Bribery Act. De overeenkomsten en gebreken zullen uitvoerig worden besproken en wordt er een aanbeveling naar de wenselijkheid gedaan.

III.6.1 *Strafbepalingen*

Vormen van omkoping

De huidige wetgeving kent 48 verschillende mogelijke vormen van omkoping die strafbaar zijn gesteld in de wet. Door middel van het verwijderen van het onderscheid in het Wetsvoorstel tussen handelen in strijd met de plicht en niet handelen in strijd met de plicht, wordt het aantal strafbare vormen aanzienlijk verminderd. Zowel de Verenigde Staten als het Verenigd Koninkrijk kennen een dergelijk onderscheid niet, dus met afschaffing daarvan zal Nederland met deze twee landen op dezelfde lijn zitten. Deze voorgestelde maatregel tot verwijdering kan dus positief worden ontvangen, mede gezien in het licht van eenvoud. Bovendien kent de Verenigde Staten geen strafbaarstelling in de FCPA met betrekking tot passieve omkoping. De Britse Bribery Act voorziet wel in een verbod op passieve omkoping in artikel 2 en toont daarmee een overkomst met de Nederlandse strafwetgeving. Dit artikel voorziet in vier gevallen van passieve omkoping. In drie van de vier gevallen is het niet vereist dat de desbetreffende ambtenaar die de gift aannam wist dat er sprake was van omkoping, aangezien het de SFO in een zeer lastige bewijspositie zou brengen in gevallen waarbij het uiterst onwaarschijnlijk is dat de ambtenaar van niets wist. Door deze lage drempel van strafbaarheid dient er dus voorzichtig te worden omgegaan bij het accepteren van giften of diensten.

Rechtsmacht & aansprakelijkheid

De rechtsmacht van de Amerikaanse overheid strekt veel verder dan die van Nederland. De FCPA geldt voor 'domestic concerns', 'issuers' en buitenlandse rechtspersonen die een (een deel van de) bedrijfsvoering uitoefenen binnen het grondgebied van de Verenigde Staten hebben. De uitgebreide reikwijdte heeft tot gevolg dat slechts een beperkte verbondenheid met het land voldoende is om onderhevig te zijn aan de Amerikaanse regelgeving. Dit heeft ook tot gevolg dat elke persoon of onderneming die voor of namens een dergelijke rechtspersoon handelt aansprakelijk kan worden gesteld. Hieronder vallen ook dochterondernemingen in het buitenland en onafhankelijke consultants ('derden aansprakelijkheid'). Naast het grote risico dat een persoon of rechtspersoon loopt op aansprakelijkheid, wordt deze ook vrij eenvoudig geacht aanwezig te zijn. Er ontbreekt namelijk het vereiste dat er kennis van of opzet van de corrupte handeling aanwezig dient te zijn.

Voldoende is dat de moedermaatschappij bekend ('firm belief')²⁸⁷ was met de aanwezige kans (*high probability*) van de handeling van rechtspersonen waarin zij zeggenschap heeft of controle over uitoefent. De intentie van de betaling in Nederland is enigszins vergelijkbaar met de Verenigde Staten, want Nederland hanteert de eis van voorwaardelijke opzet: 'het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans'.

De Bribery Act heeft ook een uitgebreide reikwijdte en is onder andere van toepassing op buitenlandse rechtspersonen indien zij een vestiging in het Verenigd Koninkrijk hebben of zaken doen binnen of via het Verenigd Koninkrijk. Tevens is de wet van toepassing op personen die handelen voor of namens de onderneming, waarvoor de onderneming aansprakelijk kan worden gesteld. De Bribery Act heeft een zeer lage drempel voor het aanwezig achten van buitenlandse corruptie van artikel 6 aangezien er geen onbehoorlijke taakvervulling is en aansprakelijkheid snel kan volgen. De Bribery Act kent tot slot ook een strafbepaling in artikel 7 waarbij een onderneming aansprakelijk is indien deze er niet in is geslaagd omkoping te voorkomen onder werknemers, agenten, dochterondernemingen of joint-ventures. Zowel de Verenigde Staten als Nederland kennen een dergelijke aansprakelijkheidsgrond niet.

De rechtsmacht van Nederland geldt, sinds de invoering van de Whc, in het buitenland louter voor rechtspersonen die statutair gevestigd zijn in Nederland of naar Nederlands recht zijn opgericht.²⁸⁸ Er moet dus meer zijn dan alleen 'verbondenheid' met Nederland. Zowel de FCPA als de Bribery Act kent een grotere territoriale reikwijdte en een strikter aansprakelijkheidsregime. De rechtsmacht van Nederland en de aansprakelijkheidsgronden worden niet verder uitgebreid in het Wetsvoorstel, hetgeen naar mijn mening ook niet nodig is. Mijn standpunt is dat Nederland er goed aan doet om zich eerst te concentreren op de huidige rechtsmacht die zij heeft in het buitenland. Zodra zij deze rechtsmacht onder controle heeft in de praktijk kan er gekeken worden naar eventuele uitbreiding indien dat nodig is. Het is namelijk zo dat momenteel veel landen bezig zijn om een sterk anti-corruptiebeleid te ontwikkelen. Mocht Nederland haar rechtsmacht extra territoriaal gaan uitbreiden zoals de Verenigde Staten dat heeft, dan is er kans dat een onderneming dubbel aansprakelijk wordt gesteld. In overleg tussen landen zal dan een oplossing moeten worden gezocht, waarbij Nederland misschien de zaak laat vallen als zij het land is met de 'minste verbondenheid' met de corruptiezaak.²⁸⁹ Een te lage drempel voor aansprakelijkheid heeft bovendien een negatief effect in het licht van de gastvrijheid van het land voor potentiële buitenlandse rechtspersonen om actief te

²⁸⁷ 15 U.S.C. §78 dd-1(f)(2)(B) jo. §78 dd-2(h)(3)(B): "When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offence, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist."

²⁸⁸ Van Zijl & Veldhuis 2009, p. 48.

²⁸⁹ Hinchey 2001, p. 427. Dit is ook in de Verenigde Staten met de handhaving van de FCPA die langzamer zal stijgen dan eerder het geval was indien meer landen strenge corruptiewetten ontwikkelen.

zijn op de Nederlandse markt. Indien er sprake zou zijn van een grote potentiële risicoaansprakelijkheid in de Nederlandse wetgeving, is een buitenlandse onderneming wellicht minder snel geneigd om handel in of via Nederland te voeren.

III.6.2 Sancties

De huidige boetes die in Nederland kunnen worden opgelegd aan personen en rechtspersonen zijn niet vergelijkbaar met de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. De gevangenisstraf van het Verenigd Koninkrijk kan oplopen tot 10 jaren. In de Verenigde Staten geldt een maximale gevangenisstraf vijf jaren in het geval van schending van de anti-omkoopbepalingen en bij de boekhoudbepalingen kan dit zelfs oplopen tot maximaal 20 jaren. De maximale gevangenisstraf wordt in het Wetsvoorstel verhoogd naar zes jaren en in geval van omkoping van een hogere ambtenaar in functie naar acht jaren.²⁹⁰ Met de voorgestelde verhoging schuift Nederland wel een stuk op in de richting van beide landen, echter is dit nog steeds onder hun niveau.

Wat betreft de boetebedragen in de Verenigde Staten loopt een rechtspersoon het risico van een geldboete van twee miljoen dollar per overtreding van een anti-omkoopbepaling en 25 miljoen dollar waar het de boekhoudbepalingen betreft.²⁹¹ In het Verenigd Koninkrijk kan er een onbeperkte geldboete worden opgelegd. Tot op heden is er nog geen geldboete opgelegd aan een rechtspersoon dus is het afwachten hoe hoog een dergelijke boete zal zijn. In het Wetsvoorstel wordt een flexibel boeteplafond geïntroduceerd voor rechtspersonen, oplopend tot maximaal 10% van de omzet van de desbetreffende rechtspersoon. Bij de hoogte van de boete dient altijd gekeken te worden naar de omstandigheden van het geval. In de Verenigde Staten speelt vrijwillige zelfmelding van een schuldige onderneming ook een belangrijke rol bij de hoogte van de boete. Dit is een motiverende factor voor ondernemingen om zich vrijwillig te melden in ruil voor een lagere boete. Nederland zou dit ook een rol kunnen laten spelen bij de haar anti-corruptiebeleid. De kritiek die in de Verenigde Staten echter wordt gegeven is dat de hoogte van de boete nog steeds zeer hoog is na vrijwillige melding en er sprake is van een inconsistente behandeling.²⁹² Dit stuit ondernemingen tegen de borst. Nederland zou dus goed moeten kijken naar de proportionele verhouding tussen vrijwillig melden en de bijbehorende sanctie. Sancties die constant en voorspelbaar zijn geven een duidelijk signaal naar ondernemingen.

²⁹⁰ Art. 177 jo. 363 Sr.

²⁹¹ 15 U.S.C. §78 dd-2, §78 dd-3 en §78 ff.

²⁹² Hinchey 2001, p. 415-417. Handhaving van de FCPA zouden kunnen profiteren van de nadruk op leggen meer doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, in plaats van boetes sancties die een meer bestraffend karakter lijken te hebben.

Het Verenigd Koninkrijk spant dus de kroon met betrekking tot de strenge en ongelimiteerde geldboetes. Met de verhoging van de strafmaxima van ambtelijke omkoping en de introductie van een flexibel boeteplafond, sluit Nederland beter aan op internationaal niveau met de FCPA en de Bribery Act. Toch is er veel kritiek vanuit de literatuur op de voorgestelde wijzigingen in het Wetsvoorstel. Ik ben ook van mening dat er teveel haken en ogen kleven aan het flexibel boeteplafond zoals deze regeling nu wordt weergegeven. Dit zal in de praktijk tot veel problemen leiden. Echter ben ik wel voorstander van verhoging van de huidige wettelijke strafmaxima indien de minister de regeling zal uitwerken tot een in de praktijk werkende maatregel. Ook al zal een strafverhoging wellicht niet het beoogde afschrik-effect van de minister realiseren, toch zal Nederland enigszins mee moeten gaan met het internationaal niveau om rechtspersonen te kunnen beboeten. Voorwaarde daarvoor is wel een verbetering in de werking van de huidige opsporing, vervolging en handhaving van de Nederlandse autoriteiten. Tot slot zijn de jaarlijkse inkomsten van de Verenigde Staten aan boetes van corruptieovertredingen ook zeer aantrekkelijk.

III.6.3 Opsporing en vervolging

In paragraaf III.2.3 is de opsporing en vervolging in Nederland van omkoping van buitenlandse ambtenaren aan de orde gekomen. De grootste kritiek is dat er sinds de invoering van de functie van de Landelijk Corruptieofficier in 2000 nog geen enkele corruptiezaak door de rechter veroordeeld is. Oorzaken die daar voor worden gegeven zijn de hoge moeilijkheidsgraad van opsporing, weinig bewijsmateriaal en de daardoor ontstane afhankelijkheid van externe bronnen.

De problemen hieromtrent en mogelijke oplossingen worden in het Wetsvoorstel niet gegeven. Toch zal ik in deze scriptie ook dit probleem vergelijken met de regelgeving in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, waarna een aanbeveling op zijn plaats is.

Melden

Opsporing van buitenlandse omkoping kan worden verbeterd door het vergroten van de informatiebronnen die zorgen dat omkoping aan het licht komt. Een van die informatiebronnen, die ook wordt genoemd in de Aanwijzing, is de informatiebron van klokkenluiders.²⁹³ In de praktijk komt het maar zelden voor dat werknemers omkopingsrituelen binnen de onderneming melden, aangezien hun gevolgspositie zeer onzeker is en de Nederlandse wetgeving op dit punt vrij weinig bescherming biedt. Trekken we een vergelijking met het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, dan loopt Nederland klaarblijkelijk achter op dit gebied. Het Verenigd Koninkrijk kent de zogenoemde

²⁹³ Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland', 26 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 13 660.

‘Public Interest Disclosure Act 1998’ ter bescherming van klokkenluiders. In de Verenigde Staten wordt deze bescherming gegeven met behulp van de ‘Dodd Frank Act’ sinds 2010.²⁹⁴ Naast de Dodd-Frank Act is er ook de ‘False Claims Act’, die voorziet in een beloningsbeleid voor personen die weet hebben van corruptieprocedures en aan de bel trekken door middel van het aanspannen van een rechtszaak.²⁹⁵ Een beloning van 15 à 30% van de opgelegde boete is een sterke motivering voor personen om zaken aan de kaak te stellen.

Op dit moment is het initiatiefwetsvoorstel ‘Huis voor klokkenluiders’²⁹⁶ aanhangig in Nederland waarin wordt gepleit voor meer en betere bescherming voor klokkenluiders en hulp op financieel gebied. De behandeling van dit wetsvoorstel valt echter buiten deze bespreking. Ik volsta hier met de vergelijking van de huidige regelgeving met de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk en het advies dat Nederland een vergelijkbaar systeem zal moeten volgen. Het is immers ook een stuk eenvoudiger voor de overheid indien klokkenluiders actief zijn en zaken aan het licht komen.

Accountants

Een andere informatiebron is de accountant, waar veelvuldig gebruik van wordt gemaakt in de Verenigde Staten. Dit komt doordat de Amerikaanse FCPA naast de anti-omkoopbepalingen ook boekhoudbepalingen heeft. Dergelijke boekhoudbepalingen stellen de verbloeming van omkoping door onjuiste of onvolledige boekhouding van ondernemingen strafbaar. Verplicht is het gedetailleerd bijhouden van alle gedane transacties door en met de onderneming, dus ook aan buitenlandse ambtenaren. De boekhoudbepalingen verkleinen de mogelijkheid om omkopingspraktijken te verduisteren en geven de overheid inzicht in de financiële gang van zaken van de onderneming. Meer inzicht vergemakkelijkt de opsporing en vergroot de pakkans op omkopingspraktijken. Daarbij levert schending van de boekhoudbepalingen een enorme boete op, zowel in geld als een gevangenisstraf. Een onderneming wil dergelijke hoge boetes graag vermijden en vaak worden er accountants ingeschakeld die beschikken over de benodigde kennis over potentiële omkoping in het buitenland.²⁹⁷

Ook in de Nederlandse literatuur is het belang van de rol van accountants in strijd tegen omkoping al uitvoerig besproken.²⁹⁸ Tegenwoordig kent de wet iets soortgelijks, waarbij in de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme²⁹⁹ financiële dienstverleners en beroepsgroepen, zoals accountants, verplicht zijn tot het doen van een cliëntenonderzoek in het geval van potentiële

²⁹⁴ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, Pub. L. 111-203, H.R. 4173.

²⁹⁵ False Claims Act, 31 U.S.C. §§ 3729–3733.

²⁹⁶ *Kamerstukken II* 2012-13, 33 258, nr. 2.

²⁹⁷ Zij kunnen vaak beoordelen of bepaalde kosten al dan niet zijn gemaakt met het oog op omkoping.

²⁹⁸ Aldus ook Jansman 1995, p. 29 – 36.

²⁹⁹ Stb. 2008, 304.

witwas - of terrorisme praktijken.³⁰⁰ De plichten voortvloeiende uit deze wet zouden ook gebruikt kunnen worden in het licht van de omkoping van buitenlandse ambtenaren waardoor meer informatiebronnen beschikbaar zullen zijn. Dit zal de opsporing en vervolging van omkopingszaken ten goede komen.

Deferred Prosecution Agreements

Bij de aanpak van omkoping maakt de Verenigde Staten, naast strafrechtelijke vervolging van ondernemingen, ook gebruik van alternatieve methoden. Een methode die in deze scriptie aan bod is gekomen, is het gebruik van DPAs. De populaire DPA is recentelijk ook naar het Verenigd Koninkrijk overgevoerd en wordt naar verwachting februari dit jaar geïmplementeerd in de wet. Het doel van de DPA is dat aanklagers zijn toegestaan om overtredende ondernemingen ter verantwoording te roepen voor hun misdaden op een gerichte manier, zonder de onzekerheid, kosten, complexiteit of lengte van een strafproces. Dit instrument is een goede tussenweg tussen strafrechtelijk vervolgen of niks doen en zou ook zeker in Nederland ter discussie moeten komen. Om omkoping bij ondernemingen aan te pakken in Nederland op een meer effectieve en efficiënte manier zijn er nieuwe instrumenten nodig. Deze instrumenten moeten sneller en meer kosteneffectief zijn en bieden flexibiliteit en innovatie in resultaten, zoals herstel voor slachtoffers, bescherming van de werknemers, klanten en leveranciers, en compliance programma's. Het gebruik van DPAs is daarvoor een handig instrument. Tevens kan de Nederlandse overheid een toename verwachten van boeteopbrengsten als gevolg van invoering van de DPA.³⁰¹ Met het gebruik van DPAs zullen er meer zaken per jaar voltooid kunnen worden aangezien een DPAproces sneller is dan volledige strafrechtelijke vervolging. Daarnaast is een DPA-proces vaak korter en goedkoper dan de meeste strafrechtelijke vervolgingsprocedures. Ook voor de maatschappij is er een positief punt als men ziet dat meer ondernemingen meer effectief aangepakt worden voor hun daden en slachtoffers op een effectievere wijzen worden gecompenseerd. Voor Nederland kan dit zorgen voor een betere reputatie als gevolg van een meer doeltreffende aanpak van dergelijke misdaad. DPAs zijn niet alleen voordelig voor de Nederlandse overheid, maar ook voor Nederlandse ondernemingen. Allereerst zullen de geldboetes die bij een DPA worden lager uitvallen dan de geldboetes die opgelegd kunnen worden bij strafrechtelijke vervolging.³⁰² Daarnaast zullen

³⁰⁰ Art. 3 Wwft.

³⁰¹ Deze verwachting is gebaseerd op de hoge inkomsten uit DPAs die in de Verenigde Staten worden gegenereerd. In 2012 verzamelde de DOJ 140,2 miljoen dollar aan strafrechtelijke geldboetes door middel van 9 overeengekomen DPAs. Voor een overzicht van deze zaken verwijs ik naar Koehler 2013, p. 317-391.

³⁰² In het Verenigd Koninkrijk is een berekening gemaakt waarbij de uitkomst van de geldboetes bij DPAs naar verwachting 33% lager zal uitvallen dan geldboetes bij strafrechtelijke vervolging. Zie de Equality Impact Assessment bijbehorend bij de Consultation Paper CP9/2012. via <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/deferred-prosecution-agreements>

bijvoorbeeld juridische kosten waarschijnlijk lager uitvallen gezien het DPA-proces korter en eenvoudiger zal zijn. Naast het financiële effect van DPAs kunnen ondernemingen ook voordeel genieten van andere voorwaarden die zijn opgelegd tijdens het sluiten van de DPA. Als het bijvoorbeeld een voorwaarde is dat een onderneming haar hoogste management dient te herstructureren of verwijderen, kan dit een positief effect hebben op de beurskoers en reputatie van de onderneming. Vaak wordt van de onderneming ook geëist dat er compliance programma's bestaan en gezorgd wordt voor een betere monitoring. Ook dit kan de onderneming ten goede komen. Een dergelijke voorwaarde kan noodzakelijke bedrijfsveranderingen beïnvloeden door de uitvoering van adequate procedures ter verbetering van het ondernemingsproces en de daarmee gepaard gaande prestaties.

Een tot slot zeer belangrijk voordeel is dat een onderneming bij het sluiten van een DPA vaak nog de mogelijkheid heeft om haar bedrijfsvoering voort te kunnen blijven zetten, terwijl bij strafrechtelijke vervolging een onderneming vaak ten onder gaat. Niet alleen is dat cruciaal voor de onderneming, ook de economie zelf profiteert als productieve ondernemingen zaken kunnen blijven doen.

Door de invoering van een nieuw instrument om economische criminaliteit aan te pakken, is het te hopen dat er meer commerciële organisaties zullen deelnemen aan het proces en de verantwoordelijkheid voor hun daden accepteren. Zowel de Verenigde Staten als het Verenigd Koninkrijk spreken over voorwaarden met betrekking tot compensatie aan slachtoffers, een sterk punt van DPAs. De omvang van de schadeloosstelling van slachtoffers zal afhangen van de grootte van de criminele misdaad, maar de verwachting is dat meer slachtoffers financieel zullen worden gecompenseerd voor de wandaden van commerciële organisaties.

In een geglobaliseerd en gespecialiseerd ondernemingsklimaat, kunnen delicten plaatsvinden in meerdere jurisdicties en in complexe technische gebieden. Opsporing en vervolging kan vaak vele jaren duren en de kosten kunnen in de miljoenen oplopen. Door het aanmoedigen van zelfrapportage kan de overheid eerder op de hoogte zijn van deze economische criminaliteit en zal dit tevens zorgen voor meer bewijsmateriaal, waardoor aanklagers meer zaken kunnen berechten. Het bevorderen van zelfrapportage is dus ook voor de Nederlandse overheid erg welkom, gezien de Nederlandse vervolgings- en opsporingsautoriteiten vaak spaak lopen bij het verkrijgen van voldoende bewijsmateriaal zoals eerder in deze scriptie is gebleken.

Kritiek werd er in de Verenigde Staten geuit op het feit dat de meeste DPAs betrekking hebben op grote en nationale ondernemingen en nauwelijks op kleine ondernemingen en multinationals.³⁰³

Nederland kan hier een les van leren en zal bij het gebruik van DPAs moeten zorgen voor een gelijke behandeling van alle ondernemingen, ongeacht financiële positie of afkomst. Voor waarborging van de keuze voor een DPA in een bepaalde situatie kan Nederland een normensysteem ontwikkelen, waaruit onafhankelijkheid van financiële positie of afkomst zal blijken.

Daarnaast is er al in het Verenigd Koninkrijk kritiek gegeven op de afwezigheid van rechterlijke controle in de Verenigde Staten en de daaraan klevende nadelen. Ook dit is voor Nederland een belangrijke aanwijzing en zal het Verenigd Koninkrijk mijn inziens hierin moeten volgen aangezien rechterlijke controle de belangen van de partijen bij de DPA zal waarborgen en zo wordt voorkomen dat oneerlijke voorwaarden worden afgesproken.

Aangenomen wordt dat zodra de DPAs beschikbaar zullen zijn voor de officier van justitie, dat deze ook meteen worden gebruikt. In de werkelijkheid zal er echter waarschijnlijk sprake zijn van een overgangperiode en zal het enige tijd duren voordat van DPAs gebruik gemaakt kan worden als effectief middel. In de Verenigde Staten is bijvoorbeeld in de vijf jaren na de invoering slechts een handvol DPAs tot stand gekomen.³⁰⁴ Dus naar verwachting zal dit in Nederland niet anders zijn. Tevens zal de introductie van dit nieuwe instrument naar verwachting geen invloed hebben op het niveau van economische criminaliteit gepleegd door commerciële organisaties. Vooraleerst heeft het een impact op de wijze waarop deze criminaliteit aangepakt wordt. Er is echter potentieel dat als er meer gevallen effectiever worden aangepakt, er een culturele verandering zou kunnen komen die leidt tot verhogingen van zelfrapportage, compliance en controlemaatregelen bij ondernemingen. Dit zou kunnen leiden tot een vermindering van overtredingen en recidive, resulterend in een daling van de economische criminaliteit gepleegd door commerciële organisaties en dus een aanrader voor Nederland. Mijn advies is dat een dergelijke DPA in de Nederlandse wetgeving zou moeten worden opgenomen om via deze weg vervolging van een verdachte onderneming te versnellen en te komen tot een gestandaardiseerd proces tot schikken. Daarbij is het zeker een effectief middel om het vervolgingsniveau in Nederland op peil te brengen. Natuurlijk zal in sommige gevallen een volledige strafprocedure de enige rechtvaardige manier van handelen zijn en vervolging moet prioriteit blijven indien een DPA niet in het algemeen belang zou zijn of het vermeende wangedrag van de organisatie blijkt zeer ernstig zou zijn.

³⁰³ Garrett 2007.

³⁰⁴ Gibson Dunn, '2013 Year-End FCPA Update Report', 2014. Te downloaden via: www.gibsondunn.com/publications/pages/2013-Year-End-FCPA-Update.aspx. Opgemerkt dient te worden dat het rapport geen onderscheid maakt in DPAs en NPAs, maar dat zij samen worden genomen.

III.6.4 Handhaving

Personen en rechtspersonen zijn onder de Amerikaanse FCPA onderhevig aan zwaardere eisen aangezien deze omkopingsbepalingen een ruimer bereik hebben en een strikter aansprakelijkheidsregime kennen. Tevens kennen de boekhoudbepalingen omvangrijke rapportage- en controleverplichtingen. Een goede regelgeving op papier kent geen enkele waarde zonder een daadwerkelijke aanpak van corruptiezaken in de praktijk. Ook daarin zijn de Verenigde Staten veel beter georganiseerd in vergelijking met Nederland, waarbij een behoorlijke bestraffing centraal staat met hoge geldboetes. Dus ook al zal de Nederlandse wetgeving naar aanleiding van het Wetsvoorstel een verbetering tonen in de strafbaarstelling van ambtelijke corruptie, dan nog is de handhaving in de praktijk daarvan des te belangrijker. Mijn advies is dan ook om de focus te leggen op een daadwerkelijke en actieve aanpak van corruptiebestrijding. Mede gezien het feit dat er nog geen enkele zaak voor de rechter is verschenen, heeft de theoretische strafbaarstelling een weinig afschrikwekkende werking. Bestrijding en voorkoming kan pas werken als er in de praktijk een duidelijk dreigend signaal wordt afgegeven, hetgeen slechts een kwestie van is van 'de bal moet rollen'.³⁰⁵ Nu is de Nederlandse strafwetgeving bestempeld als symboolwetgeving in de literatuur en daar dient verandering in te komen.

Voor een actievere aanpak in de vervolging zal Nederland de aankomende jaren meer financiële en persoonlijke middelen beschikbaar moeten stellen om dit daadwerkelijk te kunnen realiseren. Het is echter maar zeer de vraag of het beschikbaar stellen daarvan mogelijk is in de huidige economische situatie. Ook vanuit het oogpunt van rechtspersonen is de terughoudendheid van Nederland in de vervolging niet gewenst. Nederlandse rechtspersonen zijn overgelaten aan buitenlandse wetgeving, zoals de FCPA, aangezien deze zaken dan juist daar worden opgepakt. Als Nederland wel actief zal vervolgen kunnen voor rechtspersonen passende sancties worden gegeven in plaats van dat zij onderhevig zijn aan de hevige boetes van de FCPA.

De Britse SFO en Amerikaanse DOJ hebben een nauwe samenwerkingsband in grensoverschrijdende zaken waarbij ze gezamenlijke onderzoeken uitvoeren en elkaars bevindingen delen.³⁰⁶ Eerder is er in paragraaf III.5 geconcludeerd dat Nederland te snel de handdoek in de ring gooit indien een zaak al aanhangig is in het buitenland. Gezien het advies van de OESO om meer samen te werken en het succes van samenwerking tussen de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, is mijn oproep aan de Nederlandse instanties om zich ook op dit punt te verbeteren.

³⁰⁵ Van Zijl & Veldhuis 2009, p. 56.

³⁰⁶ In 2010 werden de eerste globale overeenstemmingen bereikt in de zaken BAE en Innospec waarbij gecoördineerde acties door beide overheden in beide jurisdicties werden uitgevoerd.

III.6.5 *Facilitation payments*

In het Verenigd Koninkrijk wordt er geen uitzondering gemaakt voor ‘facilitation payments’ en zijn dergelijke betalingen strafbaar onder de Bribery Act. De FCPA maakt wel een uitzondering voor mits ze deugdelijk geadministreerd zijn. Deze betalingen zijn in Nederland strafbaar gesteld, maar uit een aanwijzing van het Openbaar Ministerie³⁰⁷ blijkt dat er niet tot vervolging zal worden overgegaan. Het Wetsvoorstel schenkt hier verder geen aandacht aan. Tussen ‘facilitation payments’ en corrupte betalingen ligt een groot grijs gebied waarbij deze overgang tussen beiden niet duidelijk is. Of een gift in een specifiek geval gekwalificeerd kan worden als ‘facilitation payment’ of corrupt is niet zwart-wit, zeker omdat het in de meerderheid van de gevallen gaat om andere vormen dan contante betalingen. Gezien de voorbeeldlanden het op dit punt ook niet met elkaar eens zijn, is het lastig te bepalen hoe Nederland met dergelijke betalingen om dient te gaan.

Afgevraagd kan worden of de huidige wijze van de uitzondering in Nederland in de praktijk zal werken.³⁰⁸ In de praktijk blijkt namelijk dat ‘facilitation payments’ nauwelijks in boekhoudingen worden opgenomen, ondanks de eis dat deze betalingen geadministreerd dienen te worden. Het lijkt mij onbegonnen werk voor een wetgever om vooraf het grijze gebied in te vullen. Ook de invulling daarvan achteraf door een rechter is niet optimaal, zeker in het licht van rechtszekerheid voor ondernemingen. In ieder geval wordt het gebruik van dergelijke betalingen door Nederlandse ondernemingen ten zeerste afgeraden. In het geval waarbij er niet tot vervolging zal worden overgegaan in Nederland, kunnen dergelijke betalingen wel onder het brede bereik van de Bribery Act vallen. Het advies aan Nederland is dan ook dat zij periodiek haar beleid en benadering van ‘facilitation payments’ dient te herzien en tevens Nederlandse bedrijven moet aansporen tot het verbieden of ontmoedigen van dergelijke betalingen. Mijn inziens moeten de betalingen in de toekomst ook in Nederland verboden worden, met dezelfde gedachte die daarover in de Verenigde Staten wordt gedeeld: ondernemingen verbieden de betalingen in de praktijk dikwijls aangezien de betalingen in andere landen, zoals het Verenigd Koninkrijk, wel verboden zijn.³⁰⁹ Als ze toch ontweken worden, kan worden verwacht dat Nederland deze dus ook zal verbieden.³¹⁰

³⁰⁷ Openbaar Ministerie, ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland’, 26 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 13 660.

³⁰⁸ OESO-rapport, par. 27, p. 15.

³⁰⁹ Hinchey 2001, p. 429.

³¹⁰ OECD, *Recommendation of the Council for further combating bribery of Foreign Public Officials in international business transactions*, 26 november 2009; Somsen & van Staden ten Brink 2013, p. 29. Somsen en Staden ten Brink verwachten dat deze betalingen in de nabije toekomst ook onder het bereik van de Nederlandse strafwetgeving zullen vallen, aangezien de OESO al eerder heeft laten blijken dat lidstaten daartegen moeten optreden.

III.6.6 *Conclusie*

Het Amerikaanse systeem toont een combinatie van repressieve, preventieve en aansprekende maatregelen waardoor de bestrijding van corruptie effectief en efficiënt kan worden aangepakt. Dankzij een goede beschermingsregeling en een financieel beloningsbeleid worden betrokkenen gemotiveerd om corrupte zaken bij de overheidsinstanties te melden. Daarmee wordt de kans vergroot dat ondernemingen gestraft kunnen worden indien zij zich schuldig maken aan corruptie. Zij zullen, zeker met het oog op de hoge boetes, op hun tellen moeten passen. Ook het Verenigde Koninkrijk heeft een goed georganiseerd systeem met een grote territoriale reikwijdte, hoge boetes en een wettelijke bescherming voor klokkenluiders. Internationaal gezien loopt Nederland, zoals hierboven is gebleken, achter de feiten aan en wordt het de hoogste tijd om actie te ondernemen. Nederland kent enige wetgeving op het gebied van bestrijding van buitenlandse ambtelijke corruptie, maar laat in de praktijk zeer te wensen over. De voorgestelde maatregelen van het Wetsvoorstel kunnen mijn inziens daarin een bijdrage leveren. Echter kleven daar op dit moment teveel haken en ogen aan. De minister heeft gezegd dat de kritiek van het OESO-rapport serieus genomen wordt en er maatregelen getroffen zullen worden om de bestrijding van corruptie aan te pakken, maar hij zal echter de daad bij het woord moeten voegen. De voorgestelde maatregelen dient hij grondig te herbezien zodat deze werkbaar kunnen zijn in de praktijk. Nederland zal haar algemene aanpak in de bestrijding van internationale omkoping moeten herzien en een proactieve houding moeten aannemen. De bestrijding dient op een adequate wijze ingericht te worden met het oog op de internationale verdragen evenals de morele verplichting. Opgevangen signalen dienen serieus te worden onderzocht en indien er daadwerkelijk sprake is van een corrupte betaling dient vervolging de volgende stap in het proces te zijn. Zo zal het ook noodzakelijk zijn om opsporing en vervolging van rechtspersonen te activeren en te investeren in de mankracht en financiële middelen die op dit moment onvoldoende blijken te zijn. Een belangrijk instrument dat in de Verenigde Staten wordt gebruikt en in het Verenigd Koninkrijk dit jaar zal worden geïmplementeerd, is de DPA. De DPA is een goede tussenweg tussen wel en niet strafrechtelijk vervolgen en biedt vele voordelen voor zowel de overheid als de betrokken onderneming. Het is een effectief instrument om Nederland te helpen in haar opsporing en handhaving van corruptie. Dit in combinatie met de groeiende ontwikkeling en aandacht op internationaal niveau voor dergelijke grensoverschrijdende ambtelijk corruptie, is het slechts een kwestie van tijd dat de eerste corruptiezaak in Nederland een feit zal zijn.

Conclusie

Omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen is een fenomeen dat wereldwijd bekend is. Het komt steeds vaker en op grotere schaal voor, mede als gevolg door de toenemende internationale handel en samenwerking. Het kan zeer ernstige consequenties hebben, zowel voor burger als maatschappij. Omkopers genereren vaak zeer hoge winsten zonder daarvoor beboet te worden.

Goed georganiseerde anti-corruptiewetten zijn vooral te vinden in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. De Amerikaanse FCPA en de Britse Bribery Act zijn onder de loep genomen waarbij de extra territoriale reikwijdte en de gevolgen daarvan voor Nederlandse ondernemingen uiteen zijn gezet. Nederlandse ondernemingen dienen zodoende voortdurend te voldoen aan de strenge eisen gezien de risico's en vergaande aansprakelijkheid in combinatie met hoge sancties.

Echter is de Nederlandse wetgeving zeer gebrekkig als het gaat om corruptiebestrijding en loopt hierin ontzettend achter internationaal gezien. Het gaat daarbij niet alleen om de regelgeving, maar tevens om het gebrek aan opsporing en handhaving van corruptiezaken. Tot op heden is er nog geen enkele corruptiezaak voor de Nederlandse rechter verschenen en dat baart zorgen. Als reactie op de voortdurende nationale en internationale kritiek, die kort en bondig wordt weergegeven, komt het kabinet met het Wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'. Uitvoerig worden de nieuwe voorgestelde maatregelen besproken en wordt de werkzaamheid geanalyseerd, mede aan de hand van de FCPA en de Bribery Act. Tevens wordt er gekeken naar andere potentiële mogelijkheden die Nederland zouden kunnen helpen in haar doel om corruptie te bestrijden en worden aan de hand daarvan enkele aanbevelingen gedaan. De Nederlandse overheid zou zich mijn inziens er verstandig aan doen nogmaals te buigen over het Wetsvoorstel zoals dit nu is gepresenteerd. De verhoging van de gevangenisstraf van ambtenaren en de verhoging van de geldboete voor rechtspersonen tot 10% van de omzet zijn maatregelen die welkom zijn. Echter dienen deze verder uitgewerkt te worden zodat een en ander ook werkt in de praktijk. Hoe het Wetsvoorstel er uiteindelijk uit zal zien en of het vervolgens zal slagen in haar doel, is nog maar afwachten. Ik ben zeer benieuwd naar de verdere ontwikkeling op dit gebied.

Literatuurlijst

V.1 Literatuur

Baker 2010

R. C. Baker, 'Foreign Corrupt Practices Act', *American Criminal Law Review* (47) 2010, p. 647-679.

Barker 2011

E.F. Barker, 'The UK Bribery Act 2010 and its Relevance for Dutch Corporates', *V&O* 2011- 1

Bell 2011

A. Bell, 'The Bribery Act: What's all the Fuss About?', *Legal Information Management* (11) 2011, p. 104-108.

Borgers & Kooijmans 2013

M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Het Wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit', *DD* 2013, nr.8, p. 589-604.

Boswijk 2013

R.-J. Boswijk, 'Buitenlandse corruptie: Nederland, de FCPA en compliance in strafrechtelijke context', *Tijdschrift voor Compliance* 2013, p. 60-67.

Bree 2013

R. de Bree, 'Anti-corruptie compliance: middel tegen vervolging?', *Tijdschrift voor sanctierecht en compliance* 2013.

Connor 2011

M. Connor 2011, 'New UK bribery law could have international impact', *Business Ethics*, 6 Januari 2011.

Te downloaden via: <http://business-ethics.com/2011/01/06/1525-new-uk-bribery-law-could-have-international-impact>

Couden 2005

C. Couden, 'The Thompson Memorandum: A Revised Solution or Just a Problem?', *The Journal of Corporation Law*, 2005, p. 405-423.

Dekker 2013

G. Dekker, 'Omkoping: zero-tolerance rukt op', *Accountant* 2013, nr. 3, p. 32-35.

Delany 2009

R. Delaney, 'Congressional legislation: the next step for corporate deferred prosecution agreements', *Marquette Law Review* (93) 2009, p. 875-905.

Deming 2010

S.H. Deming, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, Chicago: American Bar Association Publishing, 2010.

Doelder & Smit 2006

H. de Doelder & G. Smid, 'Het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie: waardevol voor Nederland?', *DD* 2006, nr.8, p. 833-854.

Elffers 2008

H. Elffers, 'Afschrikken en het aanleren van normen. De theorie Kelman toegepast op het strafrecht', *Justitiële Verkenningen* 2008, nr.2.

Erp 2008

J.G. van Erp, 'Lessen voor toezicht in de 21e eeuw: Actuele inzichten van Braithwaite en Sparrow', *Justitiële verkenningen* 2008, nr. 6, p. 9-21.

Garret 2007

B. L. Garrett, 'Structural Reform Prosecution', *Virginia Law Review* (93) 2007, p. 853-957

Georgis 2012

P.J. Georgis, 'Settling with your hands tied: why judicial intervention is needed to curb an expanding interpretation of the Foreign Corrupt Practices Act', *Golden Gate University Law Review* (42) 2012, p. 243 – 282.

Groot 2013

R.M.D. de Groot, 'De impact van de Amerikaanse anti-corruptie wet Foreign Corrupt Practices Act op Nederlandse natuurlijke en rechtspersonen', *Bedrijfsjuridische Berichten* 2013-37, p. 1-5.

Hinchey 2001

B. Hinchey, 'Recent Enforcements of the Federal Corrupt Practices Act', *Public Contract Law Journal* (40) 2001.

Huberts & Lasthuizen 2005

L.W.J.C. Huberts & K. Lasthuizen, 'Tussen corruptie en corruptieparadox: over de omvang van corruptie in Nederland', *Justitiële verkenningen* 2005, nr. 7, p. 9-25.

Van 't Hullenaar 2012

R. van 't Hullenaar: *Bedrijfsjuridische berichten*, De Britse Bribery Act 2010: relevant(ie) voor Nederlandse ondernemingen, BB 2012-9.

Jansman 1995

A.J.E. Jansman, 'De bijdrage van de accountant aan het voorkomen en bestrijden van corruptie', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 1995, nr. 1, p. 29-36.

Koehler 2013

M. Koehler, 'An examination of Foreign Corrupt Practices Act issues', *Richmond Journal Of Global Law & Business* (12) 2013, p. 317-391.

Kooijmans & Borgers 2012

T. Kooijmans & M.J. Borgers, 'Doorpakken bij het afpakken? Over de aftrek van kosten, de flexibilisering van het boeteplafond en de verhoging van de strafmaxima van de witwasdelicten, ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit', *DD* 2012, nr. 8, p. 683-701

Lim 2014

R-E Lim, 'Legislative Comment: Parting the fog of the UK Bribery Act 2010: a critical discussion of what we do know about the Act and why it is in the company's interests to comply with its provisions', *International Company and Commercial Law Review*, 2014, p. 1-31.

Loughman & Sibery

B.P. Loughman & R.A. Sibery, *Bribery and Corruption: Navigating the Global Risks*, Hoboken: John Wiley & Sons 2012.

Van der Lugt 2003

B.W.M. van der Lugt, 'Actieve en passieve ambtelijke omkoping', *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2003, nr. 3, p. 76-84.

Maat 2005

J.H. Maat, 'Buitenlandse corruptie en de aanpak door de Rijksrecherche.' *Justitiële verkenningen* 2005, nr. 7, p. 64-75.

Marceau 2007

J.F. Marceau, 'A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating And Forecasting The Trend Of More Frequent And Severe Prosecutions Under The Foreign Corrupt Practices Act', *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* (12) 2007.

Maryanov 2010

D.C. Maryanov, 'Sweatshop Liability: Corporate Codes Of Conduct And The Governance Of Labor Standards In The International Supply Chain', *Lewis & Clark Law Review* (14) 2010.

Maton 2010

J. Maton, 'The UK Bribery Act 2010', *Employee Relations Law Journal* (36) 2010, p. 37-45.

McClelland & Sutton 2013

J. McClelland & S. Sutton, 'The UK's Deferred Prosecution Agreements: will they be used?', *Lawyer Monthly* 2013, p. 30-31.

Te downloaden via: www.lawyer-monthly.com

Nelen 2005

J.M. Nelen, 'De strafrechtelijke afdoening van ambtelijke corruptie', *Justitiële verkenningen* 2005, nr. 7, p. 37-48.

Parker & Forman 2011

R. Parker & P. Forman, 'Bribery Act 2010: What does it mean for your company?', *Practical Law Company*, June 2011, p. 23-32.

Roomen & Sikkema 2012

T.R. Roomen & E. Sikkema, 'De strafbaarstelling van publieke en private corruptie: wat mag wel en wat mag niet?', *DD* 2012, nr. 9, p. 792-804.

Roording 2002

J.F.L. Roording, 'Corruptie in het Nederlandse strafrecht', *DD* 2002, nr. 2, p. 106-161.

Rose 2012

C. Rose, 'The UK Bribery Act 2010 and accompanying guidance: belated implementation of the OECD anti-bribery convention', *International and Comparative Law Quarterly* (61) 2012, p. 485-499.

Rosing 2012

M.E. Rosing, 'Witteboordencriminelen harder aanpakken? Over nut en noodzaak van het concept-wetsvoorstel 'Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit'', *Strafblad* 2012, nr.4, p. 317-320.

Senko 2009

M. Senko, 'Prosecutorial overreaching in deferred prosecution agreements', *Southern California Interdisciplinary Law Journal* (19) 2009, p. 163-193.

Sikkema 2000

E. Sikkema, 'Over ambtelijke omkoping, Het wetsvoorstel herziening corruptiewetgeving', *DD* 2000, p. 891-911.

Sikkema 2005a

E. Sikkema, 'Ambtelijke corruptie in de strafwetgeving', *Justitiële verkenningen* 2005, nr. 7, p. 26-36.

Sikkema 2005b

E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Smid 2009

G. Smid, 'Toezicht op de (uit)werking en naleving op nationaal niveau van internationale verdragen op het gebied van corruptiebestrijding', *Strafblad* 2009, nr.1, p.57-65.

Somsen & van Staden ten Brink 2013

M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, 'Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?', *Ondernemingsrecht* 2013/4, nr. 1, p.22-29.

Spivack & Raman 2008

P. Spivack & S. Raman, 'Regulating The 'New Regulators': Current Trends In Deferred Prosecution Agreements', *American Criminal Law Review* (45) 2008, p. 159-193

Uhlmann 2013

D.M. Uhlmann, 'Deferred prosecution and non-prosecution agreements and the erosion of corporate criminal liability', *Maryland Law Review* (72) 2013, p. 1295-1344.

Vermeij & Perez 2011

M. Vermeij & E. Perez, 'Britse Bribery Act: het einde van de 'facilitation payments'?', *Nederlands Juristenblad* 2006, nr. 6, p. 363-367.

Vinegrad 2003

A. Vinegrad, 'Deferred Prosecution of Corporations', *New York Law Journal* (230) 2003, p. 1-3.

Wray & Hur 2006

C.A. Wray & R.K. Hur, 'Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice', *American Criminal Law Review* (43) 2006, p. 1095-1188.

Wray & Hur 2007

C. A. Wray & R. K. Hur, 'The Power of the Corporate Charging Decision over Corporate Conduct', *Yale Law Journal Pocket Part* (116) 2007, p. 306-311

Yeoh 2012

P. Yeoh, 'The UK Bribery Act 2010: contents and implications', *Journal of Financial Crime* (19) 2012, p. 37-53.

Van Zijl & Veldhuis 2009

J. van Zijl & W.J. Veldhuis, 'Buitenlandse corruptie: een binnenlandse zaak', *Strafblad* 2009, nr. 1, p. 47-56.

V.2 Jurisprudentie

V.2.1 Nederlandse rechtspraak

HR 22 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4894.

HR 8 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE5288.

HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8318.

HR 20 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3584.

V.2.2 Amerikaanse rechtspraak

United States Supreme Court, 23 februari 1909, 29 S.Ct. 309, 53 L.Ed. 624 (*New York Central R. Co. v. United States*)

United States Court of Appeals, Eighth Circuit, 15 januari 1991, 923 F.2d 1308 (*United States v. Liebo*)

United States District Court for the District of Massachusetts, 14 december 1999, No. 1:99CV12566 (*United States v. Metcalf & Eddy, Inc.*)

United States District Court for the District of Columbia, 6 januari 2005, No. 05-cv-14 (*SEC v. Monsanto Co.*)

United States District Court for the Northern District of California, 14 februari 2005, No. C-05-0660 MEJ (*SEC v. GE InVision, Inc.*)

United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 24 oktober 2007, 513 F.3d 432 (*United States v. Kay*)

United States District Court for the District of Columbia, 20 december 2007, No. 07-cv-02293 (*SEC v. Akzo Nobel*)

United States District Court For The District Of Columbia, 20 maart 2008, No. 1:08-cr-00069-RJL (*United States v. Volvo Construction Equipment A.B.*)

United States District Court for the Southern District of Texas Houston Division, 14 mei 2008, No. 4:08-cr-0287 (*United States v. Willbros Group, Inc.*)

United States District Court for the District of Utah, 31 juli 2009, No. 09CV672 (*SEC v. Nature's Sunshine Products, Inc., Douglas Faggioli and Craig D. Huff*)

United States District Court for the District of Columbia, 18 maart 2010, No. 10-cv-448 (*SEC v. Innospec, Inc.*)

United States District Court for the Southern District of Texas, 7 juli 2010, no. 4:10-cv-02414 (*SEC v. ENI, S.p.A and Snamprogetti Netherlands B.V.*)

United States District Court for the Southern District of Texas, 8 oktober 2010, no. 4:10-cr-00460 (*Snamprogetti*)

United States District Court for the Central District of California, 20 april 2011, 783 F. Supp. 2d 1108 (*United States v. Aguilar*)

United States Supreme Court, 21 juni 2012, 630 F. 3d 17 (*Southern Union*)

V.3 Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1998-99, 26 469, nr. 2 (voorstel van wet)

Kamerstukken II 1998-99, 26 469, nr. 3 (Memorie van Toelichting)

Kamerstukken II 1998-99, 26 469, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag)

Kamerstukken II 2012-13, 29 911, nr. 78 (brief Ministers voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en van Veiligheid en Justitie)

Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 2 (Voorstel van wet)

Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 3 (Memorie van toelichting)

Kamerstukken II 2012-13, 33 685, nr. 4 (Advies Raad van State en nader rapport)

Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in Nederland', 26 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 13 660.

Openbaar Ministerie, 'Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland', 13 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26 939.

Ministry of Justice, Explanatory Notes to the Bribery Act 2010 (c. 23), 8 April 2010.

Te downloaden via: www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpgaen_20100023_en.pdf

Ministry of Justice, 'Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements', Consultation Paper CP9/2012. Te downloaden via <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/deferred-prosecution-agreements>

V.4 Rapporten

2013 Year-End FCPA Update

Gibson Dunn, '2013 Year-End FCPA Update Report', 2014. Te downloaden via: www.gibsondunn.com/publications/pages/2013-Year-End-FCPA-Update.aspx

GAO rapport 2009

U.S. Government Accountability Office, Gao-10-110, 'Corporate Crime: DOJ Has Taken Steps To Better Track Its Use Of Deferred And Non-Prosecution Agreements, But Should Evaluate Effectiveness', December 2009

Te downloaden via: www.gao.gov/new.items/d10110.pdf

GRECO 2008

GRECO, 'Third Evaluation Round: Evaluation Report on the Netherlands on Incriminations', 2008.

Te downloaden via:

[www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2010\)5_Netherlands_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2010)5_Netherlands_EN.pdf)

OESO Rapport 2004

OECD, 'OECD Review of the Implementation of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, The Netherlands: Phase 1', 2004.

OESO Rapport 2006

OECD, 'OECD Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, The Netherlands: Phase 2', 2006.

OESO Rapport 2008

OECD, 'OECD Follow-up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations, The Netherlands', 2008.

OESO Rapport 2010

OESO, 'Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the United States', 2010.

OESO Rapport 2012

OECD Working Group on International Business Transactions, 'Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the Netherlands', December 2012

TRACE International 2012

TRACE International, '*Global Enforcement Report 2012*'

Te downloaden via: www.traceinternational.org/data/public/GER_2012_Final-147966-1.pdf

Transparency International 2013

Transparency International, 'Exporting corruption. Progress Report 2013: assessing enforcement of the OECD convention on combating foreign bribery', 2013.

Beschikbaar via:

http://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_exportingcorruption_oecdprogre

V.5 Elektronische bronnen

Parker & Forman 2011

R. Parker & P. Forman, 'Bribery Act 2010: What does it mean for your company?', *Practical Law Company* 2011, p. 23-32.

Te downloaden via: <http://uk.practicallaw.com/8-505-9543>

Shearman & Sterling LLP 2013

'FCPA Digest Recent Trends and Patterns in the Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act', Shearman & Sterling LLP, Januari 2013.

Te downloaden via: <http://www.shearman.com>

Smith & Sabin

D. Smith & B. Sabin, 'Anti-corruption regimes in the UK and US: a comparison of the UK Bribery Act 2010 and the US Foreign Corrupt Practices Act 1977', *Practice note from PLC Corporate*.

Te downloaden via: www.practicallaw.com/0-503-0676

Snyder & Connors

S. Snyder & K. Connors, 'Deferred prosecution under the Foreign Corrupt Practices Act', *Jackson Walker L.L.P.*

Te downloaden via: <http://images.jw.com/com/publications/1138.pdf>

Briefing Deferred Prosecution Agreements of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Juli 2012.

Te raadplegen via

<http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/Deferred%20prosecution%20agreements.pdf>

V.6 Overig

Foreign Corrupt Practices Act Review, 'Opinion Procedure Release 98-01', 1998.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/1998/9801.pdf

Foreign Corrupt Practices Act Review, 'Opinion Procedure Release 07-01', 2007.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2007/0701.pdf

Foreign Corrupt Practices Act Review, 'Opinion Procedure Release 09-01', 2009.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2009/0901.pdf

FCPA Resource Guide 2012

U.S. Department of Justice and the Securities and Exchange Commission, 'A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Securities and Exchange Commission', 2012.

Te downloaden via: www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance

Joint Prosecution Guidance UK Bribery Act

Ministry of Justice: 'Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director Of The Serious Fraud Office And The Director Of Public Prosecutions'.

Te downloaden via: www.sfo.gov.uk/search.aspx?search=prosecution+guidance&x=0&y=0

OESO Aanbevelingen 2009

OECD, 'Recommendation of the Council for further combating bribery of Foreign Public Officials in international business transactions', 2009.

Te downloaden via www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44176910.pdf

OECD, 'Information sheet on the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions', p.2.

Te downloaden via: www.oecd.org/gov/ethics/2406452.pdf

UK Bribery Act Guidance

Ministry of Justice: 'Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)'.

Te downloaden via: www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf

World Compliance

World Compliance, 'Foreign Corrupt Practices Act, a compliance roadmap', *white paper*.

Te downloaden via: <http://www.worldcompliance.com/en/resources/white-papers/foreign-corruption-practices-act.aspx>