

VAN EGAAL SPEELVELD NAAR HELLEND VLAK OF OMGEKEERD?

Joost Wiebenga

1. Transparency International Nederland

“Een beetje integriteit bestaat niet.”

Ien Dales¹

In het buitenland gepleegde corruptie, korthedshalve ook wel aangeduid als “buitenlandse corruptie” werd vanaf 2001 als volgt gedefinieerd: een ieder die in het buitenland een Nederlandse ambtenaar omkoopt kan in Nederland worden vervolgd; hetzelfde geldt voor de Nederlander die in het buitenland een buitenlandse ambtenaar omkoopt.² In het rapport van Transparency International Nederland “Nationaal Integriteitssysteem Landenstudie Nederland (NIS)”³ van mei 2012 staat aangegeven dat hoewel Nederland veelal wordt beschouwd als een corruptie-vrij land, er recentelijk tekenen zijn van een gebrek aan transparantie, integriteit en het afleggen van verantwoording. De overheersende gedachte bij zowel het zakenleven als de burgers is dat corruptie in Nederland toeneemt. Daarentegen geven ondernemers aan dat het vrijwel onontkoombaar is in een aantal landen (o.a. in Afrika, Zuid-oost Azië en in Oost Europa) zonder vormen van steekpenningen zaken te doen. Ook vallen er bepaalde sectoren binnen Nederland te onderscheiden, zoals de bouw- en vastgoedsector, waar verhoudingsgewijs meer corruptie voor lijkt te komen. Er wordt slechts in beperkte mate samengewerkt met de Nederlandse overheid om corruptie tegen te gaan. Ook wordt er door het Nederlandse bedrijfsleven niet of nauwelijks samengewerkt met non-gouvernementele organisaties om anticorruptie initiatieven te ontplooiën. De enigszins schrale regeling van buitenlandse omkoping in het wetboek

1 Beroemde uitspraak van de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken tijdens rede op het VNG-congres in 1992.

2 Zie art. 178a Wetboek van Strafrecht.

3 NIS: <http://www.transparency.nl/national-integrity-study-nl/nis-project/ti-nl-presenteert-national-integrity-system-report-the-netherlands>, Den Haag, 14 mei 2012.

van strafrecht en de beperkte handhaving van dit delict in Nederland verhogen de kwetsbaarheid van Nederlandse bedrijven die exporteren naar en/of zich vestigen in landen waar het risico van corruptie hoog is. Vooral kleine en middelgrote ondernemingen lopen het risico in handen te vallen van buitenlandse opsporingsautoriteiten, veelal onbewust van en onvoorbereid op het (buitenlandse) gevaar dat op de loer ligt, denkende dat de pakkans klein is en het niet loont om zich preventief te beschermen.

Recente corruptieschandalen op verschillende overheidsniveaus en in de private sector evenals toenemende internationale druk om corruptie te bestrijden in vooral de internationale handel en dienstverlening, vereisen een hernieuwde belangstelling voor maatregelen om de integriteit en transparantie te versterken en corruptie in te perken. Nederland is in de ogen van het internationale bedrijfsleven een corruptievrij land, zoals recente publicaties van de corruptieperceptie indices van Transparency International zelf laten zien. Toch zijn er zelfs in Nederland aanwijzingen voor tekort schietende transparantie, integriteit en verantwoording, zoals eigentijdse voorbeelden in deze studie laten zien voor sectoren die uiteenlopen van onroerend goed, tot onderwijs en openbare aanbestedingen. Een belangrijke aanbeveling is om de vervolging door de Nederlandse autoriteiten van corruptie van ambtenaren in het buitenland in overeenstemming te brengen met soortgelijke inspanningen van de Verenigde Staten met de decennia oude FCPA,⁴ het Verenigd Koninkrijk met de Bribery Act 2010⁵ en Duitsland met haar federale wetgeving en actieve vervolgingsautoriteiten in de deelstaten.

Verder is het de hoogste tijd dat de bescherming van de klokkenluiders in Nederland beter geregeld wordt, niet alleen in de publieke maar ook in de private sector. Deze bescherming is niet alleen cruciaal voor de betrokken individuen, maar ook noodzakelijk vanuit algemeen belang.⁶ In veel gevallen waarschuwt een klokkenluider tegen inbreuken op de integriteit, met onaangename gevolgen voor zijn of haar instelling of onderneming maar ook met negatieve gevolgen voor de maatschappij als geheel. Klokkenluiders hebben het niet makkelijk in Nederland. Waar klokkenluiders in veel andere landen grote bescherming genieten en soms zelfs beloond worden,

4 FCPA (oorspronkelijk uit 1977): <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>.

5 UK Bribery Act 2010: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

6 Initiatief wetsvoorstel van Van Raak (SP) en collega's van PvdA, D66, GroenLinks, ChristenUnie, PvdD gemaakt om een Huis voor klokkenluiders op te richten: <http://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vj6wg035rsxy>.

worden zij in Nederland van oudsher vooral als verklikker neergezet. Er dient in Nederland een cultuuromslag te komen, richting een maatschappelijk verantwoord beleid dat ook klokkenluiders faciliteert. Met een goede klokkenluidersregeling komen misstanden ook daadwerkelijk aan het licht. Daar zijn alle stakeholders uiteindelijk mee gediend.

De situatie in de Verenigde Staten, waarbij een klokkenluider onlangs ruim 100 miljoen dollar ontving, is uitzonderlijk. Onder de na de crisis ingevoerde Dodd-Frank Act is een bepaling opgenomen die klokkenluiders tien tot dertig procent van het teruggewonnen geld in het vooruitzicht geeft. Dat kan inderdaad tot forse bedragen leiden. Die vorm van 'bounty hunting' past niet in de Nederlandse cultuur en er wordt met terughoudendheid naar de gang van zaken in Amerika gekeken. Klokkenluiders worden hier niet beloond, maar de manier waarop we op dit moment met klokkenluiders omspringen kan wel verbeterd worden. Wanneer je de verschillende grote klokkenluiderszaken uit het verleden bekijkt, komen klokkenluiders er in Nederland altijd slecht vanaf. Men denke aan Ad Bos, "die de klok luidde vanuit een villa en eindigde in een caravan."⁷ De Nederlandse loyaliteit binnen een organisatie en de afkeer van wat mensen betitelen als 'klikken', is daar voor een groot deel debet aan. Een bedrijf is een omgeving die veelal gebaseerd is op cohesie, vertrouwen en een gezamenlijk doel. Wanneer iemand dat pact breekt, ook al is het doel uiteindelijk een beter bedrijf, wordt dat in de regel niet of met tegenzin geaccepteerd. Uit het NIS Rapport en andere onderzoeken blijkt dat Nederlanders het lastig vinden om in hun eigen homogene groep elkaar aan te spreken op negatieve zaken. Dan krijg je dus een zwijgcultuur. Voorbeelden waarbij klokkenluiders uiteindelijk naar buiten treden, zoals in bekende zaken bij academische ziekenhuizen of de bouwsector, leiden vrijwel altijd tot ontslag en wanneer via de rechter dat ontslag dan wordt teruggedraaid, is het nog maar de vraag hoe de klokkenluider vervolgens op de werkvloer wordt ontvangen.

Volgens het Ernst & Young onderzoek 2013 EMEIA Fraud Survey⁸ leidt de sterk toenemende druk op managers om te presteren tot meer regel overtredend onethisch gedrag. Het onderzoek werd verricht in 36 landen

7 Em. prof. Lissenberg n.a.v. voorstel van Wet Huis voor klokkenluiders, maart 2012, dat alleen voorziet in een schadevergoeding van de klokkenluiders in schrijnende gevallen.

8 EMEIA Fraud Survey 2013: <http://www.ey.com/GL/en/Services/Assurance/Fraud-Investigation—Dispute-Services/2013-EMEIA-Fraud-Survey—Navigating-todays-complex-business-risks>.

onder meer dan 3.000 werknemers van grote ondernemingen. Het rapport trekt drie globale conclusies:

- Topmanagers staan onder toenemende druk in zeer lastige omstandigheden groei en winst te realiseren. Slechts 22% van de respondenten meent dat de condities in hun markten volgend jaar zullen verbeteren. Meer dan een derde verwacht zeker dat volgend jaar het management onder nog meer druk staat goede financiële prestaties te leveren.
- Onethisch gedrag (fraude, omkoping, corruptie) ten gevolge van deze druk is geen hypothetisch risico meer. Een op de vijf respondenten (in snel groeiende markten zelfs een op de vier) meldt vormen van financiële manipulatie in hun organisatie. De meest genoemde voorbeelden betreffen het opzettelijk overschatten van omzetten en het onderschatten van kosten. 57% zegt dat in hun land omkoping en corruptie wijdverbreid is.
- Compliance-programma's werken, maar niet goed genoeg. 67% van de ondervraagde topmanagers zegt dat hun anti-fraudebeleid goed is gecommuniceerd. Echter, slechts 44% van hun werknemers is het hiermee eens. Zelfs als er compliance-programma's zijn, dan nog ontbreken vaak essentiële onderdelen. Minder dan de helft van de respondenten vindt dat hun collega's anti-corruptieprogramma's relevant zouden vinden.

In de recente Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland van het College van Procureurs-Generaal (Aanwijzing 2012A020, die op 1 januari 2013 in werking is getreden) is corruptie een fenomeen met vele verschijningsvormen. Corruptie vormt een ernstige aantasting van de integriteit van de overheid, met grote morele en politieke gevolgen. Bovendien leidt corruptie in het zakenleven tot grote economische schade en valse concurrentie. Voor een overheid die integer en transparant wil zijn is het zaak om zo krachtig mogelijk tegen corruptie op te treden. Het openbaar ministerie draagt vanuit een strafrechtelijke invalshoek bij aan de bestrijding van corruptie. In deze Aanwijzing worden factoren beschreven die bij de opsporing en vervolging van ambtelijke corruptie gepleegd in het buitenland relevant zijn.

2. Het Nederlandse speelveld

“Ik ben geen gemakkelijke tante om in dienst te nemen. Ik word niet betaald om lief te zijn. Ik word betaald om mijn werk goed te doen.”

Sylvie Bleker-van Eyk⁹

Er begint een zekere trend te ontstaan. Op het hoogtepunt van de Ahold crisis in 2003 als gevolg van een substantiële boekhoudfraude, stopte Peter Wakkie als topjurist bij een prestigieus advocatenkantoor en besloot bij het winkelbedrijf te gaan werken.¹⁰ Als lid van de raad van bestuur van Ahold, zorgde hij voor de schikking van Ahold met de Amerikaanse toezichthouder, de Security & Exchange Commission (SEC). Vervolgens zorgde hij ook voor een schikking van ‘slechts’ 1,1 miljard met de aandeelhouders. Verder is men het er over eens dat bij Ahold het compliance programma inmiddels adequaat is en de interne controle behoort tot de ‘best in class’. In 2012 werd top advocaat Sietze Hepkema toegevoegd aan de raad van bestuur van de maritiem dienstverlener SBM Offshore met de opdracht om wereldwijd te gaan toezien op een betere naleving van de regels door medewerkers. Dit kan niet los worden gezien van een mededeling in een prospectus voor een geplande claimemissie door SBM Offshore in 2012 “dat het concern mogelijk anti-corruptie wetgeving heeft geschonden wat een impact zou kunnen hebben op de winst en omzet van het bedrijf en daarnaast mogelijk kan resulteren in geldboetes, strafrechtelijke en burgerlijke sancties en andere middelen, zoals opschorting en uitsluiting van contracten.” Het interne onderzoek zal naar verwachting later dit jaar worden afgerond. Onderwerp van dit onderzoek omvat “oneigenlijke verkooppraktijken met derden en aanwijzingen dat er aanzienlijke betalingen zijn verricht, ‘meestal door intermediairs’, aan overheidsfunctionarissen.”¹¹

9 Mr. Sylvie Bleker-van Eyk, Programma-Directeur van de postdoctorale opleiding Compliance & Integriteit Management aan de VU en, sinds 1 januari 2013, Chief Compliance & Risk Officer van Ballast Nedam in: *De Compliance Officer*, nummer 9, maart 2013.

10 In een interview door Paul Nobelen in *Management Scope* van 12 maart 2009 stelt mr. Peter Wakkie: “Het is onvermijdelijk. De samenleving juridiseert en daarmee dus ook het bedrijfsleven. Dit is niet alleen het gevolg van de Angelsaksische cultuur. Ook de verantwoordingsplicht van bestuurders jegens aandeelhouders en het feit dat bestuurders veel sneller dan vroeger aansprakelijk worden gesteld, speelt hierbij een rol.”

11 Dow Jones, 3 april 2013, *SBM heeft mogelijk anti-corruptie wetten overtreden; impact op resultaten voorzien.*

De meest recente transfer betreft de overgang van de alom gerespecteerde Chief Compliance & Risk Officer, Sylvie Bleker-van Eyk van Stork naar Ballast Nedam. In december 2012 werd Nederland opgeschrikt door een persbericht van Ballast Nedam en het Openbaar Ministerie (OM) met als tekst: "Ballast Nedam heeft een miljoenenschikking getroffen met het OM. Het bouwbedrijf koopt strafvervolgning wegens omkoping af door een boete van 5 miljoen te betalen. Ook moet het concern afzien van een vordering op de Belastingdienst van 12,5 miljoen. In totaal kost de schikking Ballast Nedam dus 17,5 miljoen euro." Ballast Nedam werd verdacht van het betalen van steekpenningen aan buitenlandse tussenpersonen in de periode 1996-2004. Het bedrijf heeft de kwestie in januari 2011 zelf aangekaart bij het OM. De Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst (FIOD) stelde daarop een onderzoek in. Als onderdeel van de schikking, waaraan het bedrijf zelf heeft meegewerkt, heeft Ballast Nedam de verplichting op zich genomen het integriteitsbeleid aan te scherpen en Sylvie Bleker zal daarbij ongetwijfeld een belangrijke voortrekkersrol gaan spelen.¹² Naar aanleiding van het summiere persbericht werden Kamervragen gesteld door de heer de Wit (SP)¹³ waarop de Minister van Veiligheid en Justitie onder meer het volgende antwoordde: "De bedoelde hoge transactie houdt in dat twee dochtervennootschappen van Ballast Nedam de voor de geconstateerde strafbare feiten maximale geldboete betalen en dat het wederrechtelijk verkregen voordeel tot een bedrag van 15,7 miljoen wordt ontnomen.¹⁴ Het transactievoorstel is conform de Aanwijzing hoge en bijzondere transacties aan mij ter instemming voorgelegd. Ik ben van oordeel dat deze hoge transactie in dit bijzondere geval, na afweging van alle belangen, een passende afdoening vormt, te meer nu de maximale boete overeen is gekomen. Ik wijs er verder op dat aan een rechtspersoon slechts een financiële sanctie kan worden opgelegd. Het onderzoek naar derden wordt voortgezet en Ballast Nedam heeft toegezegd haar medewerking aan het doorlopende onderzoek te zullen verlenen. Het enkele feit van deze schikking betekent niet dat er in dit onderzoek geen openbare verantwoording voor de strafrechter zal plaatsvinden. Aan deze hoge transactie kunnen voor toekomstige gevallen geen rechten worden ontleend. Voor elke transactie geldt dat deze, gelet op de concrete omstandigheden van het geval, een passende afdoening moet vormen. Voor hoge transacties geldt deze eis des te sterker. In de Aanwijzing hoge en bijzondere transacties is daarom het

12 NU.nl, 21 december 2012, *Ballast Nedam schikt omkopingszaak*.

13 Minister van Veiligheid en Justitie, 25 januari 2012, Beantwoording Kamervraag over de schikking van het Openbaar Ministerie met Ballast Nedam.

14 Dit ontnemingsbesluit stond overigens niet in het OM persbericht: <http://www.om.nl/actueel/nieuws-persberichten/@160067/transactie-ballast/>.

uitgangspunt 'dagvaarden, tenzij' opgenomen. Door verschillende omstandigheden kan echter een hoge transactie een passende afdoening vormen. In alle gevallen is sprake van maatwerk. Dat maakt dat in elke zaak opnieuw naar de omstandigheden van dat geval een afweging moet worden gemaakt."

Wat verder terug in de tijd heeft het OM in 2008 zeven bedrijven transacties opgelegd waaronder Saybolt International, Flowserve en Organon (een voormalige divisie van AkzoNobel), alle in het kader van het 'UN Oil-for-Food' corruptieschandaal.¹⁵ Samen betaalden deze bedrijven iets minder dan 900.000 euro aan boete en ongeveer 500.000 euro wegens wederrechtelijk genoten voordeel. Deze zaken zijn overigens rechtstreeks voortgevloeid uit opsporingsactiviteiten die eerder door de Amerikaanse autoriteiten waren gestart. In verband hiermee betaalde AkzoNobel ook een boete van 2.9 miljoen dollar aan de Amerikaanse beurswaakhond SEC als straf voor het betalen van ongeveer 280.000 dollar aan steekpenningen.¹⁶ In het kader van de internationale samenwerking is het interessant om te vermelden dat de US Department of Justice (DoJ) uiteindelijk haar boete heeft verrekend met de 380.000 euro die Akzo in Nederland heeft betaald uit hoofde van de eerder genoemde transactie met het OM.¹⁷ Bij het gigantische 'UN Oil-for-Food' corruptie schandaal waren in totaal meer dan tweeduizend bedrijven betrokken die gezamenlijk ongeveer 1.8 miljard dollar illegaal aan het Saddam regime hebben betaald.¹⁸

Momenteel bevinden zich nog twee andere zaken in de onderzoeksfase. Het ene onderzoek betreft een import- en exportbedrijf uit Midden Nederland dat door Justitie wordt verdacht van omkoping van een ambtenaar op Oost-Timor in een aanbestedingsprocedure van het lokale Ministerie

15 Het betrof hier betalingen via agenten van steekpenningen aan Iraakse overheidsfunctionarissen ('kickback payments') in verband met de verkoop van humanitaire goederen aan Irak onder het 'Oil-for-Food Program' van de Verenigde Naties ten tijde van wijlen ex-president Saddam Hussein. De steekpenningen werden valselijk omschreven en geboekt als 'after-sales service fees' terwijl er in het geheel geen bonafide diensten waren verleend.

16 Report van 17 December 2008 betreffende Nederland (fase 2) van de OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions.

17 Karpati B., Assistant Regional Director in the Enforcement Division of the SEC, in *Navigating dangerous waters, FCPA: Managing international business and acquisition compliance risk*, ALM Legal Special Supplement to New York Law Journal and The National Law Journal, PWC 2008.

18 Zie: www.sec.gov; waaronder bekende ondernemingen als General Electric, Chevron, Total, Siemens en de Belgische dochteronderneming van Johnson & Johnson, Janssen Farmaceutica.

van Gezondheidszorg, alsmede van een poging om een functionaris van de Wereldbank om te kopen in ruil voor informatie over overheidsopdrachten waar de Wereldbank bij betrokken was. De zaak komt naar verwachting later dit jaar voor de rechter. In het andere onderzoek heeft Justitie haar pijlen gericht op de in Nederland gevestigde internationale grondstoffenhandelaar Trafigura, op verdenking van omkoping in Jamaica om oliecontracten te verlengen. De onderneming die al eerder in opspraak kwam wegens betrokkenheid bij illegale export van giftig afval naar Ivoorkust, zou 466.000 euro gestort hebben in het herverkiezingsfonds van een regeringslid in Jamaica. Volgens de officiële verklaring van het bedrijf was de betaling in Jamaica onderdeel van een 'commerciële overeenkomst' met het herverkiezingsfonds en niet in strijd met internationale corruptieverdragen. Het justitieonderzoek heeft volgens een woordvoerder van het landelijk parket van het Openbaar Ministerie vertraging opgelopen omdat er getuigen op Jamaica moeten worden gehoord. Dat is complex vanwege de vele regeringswisselingen in Jamaica, waarna het niet altijd duidelijk is of het betrokken regeringslid al dan niet gesteund wordt.¹⁹ Of deze tendens zich daadwerkelijk voortzet hangt mede af van het vervolgingsbeleid en de handhavingsactiviteit van de staande magistratuur en de rechtspraak van de zittende, daarbij geholpen door de Rijksrecherche die primair is belast met de opsporing van omkopingsdelicten, ook in die gevallen waarin Nederlandse burgers of rechtspersonen betrokken zijn bij ambtsmisdrijven gepleegd door buitenlandse ambtenaren.

In maart 2013 heeft de SEC tot veler verrassing Koninklijke Philips in de Verenigde Staten een boete van 4,5 miljoen dollar opgelegd wegens omkoping en corruptie, zoals blijkt uit de samenvattende bewoordingen van de SEC:²⁰ "This matter concerns violations of the books and records and internal controls provisions of the Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA") by Philips. The violations took place through Philips's operations in Poland from at least 1999 through 2007. The violations relate to improper payments made by employees of Philips's Polish subsidiary, Philips Polska to healthcare officials in Poland regarding public tenders proffered by Polish healthcare facilities to purchase medical equipment." Philips zegt dat het bedrijf in 2009 de hele verkoopafdeling heeft ontslagen en dat ook naar aanleiding van deze affaire de eigen aanpak van fraude en

19 Trafigura opnieuw in opspraak, Volkskrant, 10 januari 2013.

20 SEC cease-and-desist order and disgorgement, administrative proceeding file no. 3-15265, in the matter of Koninklijke Philips Electronics N.V., <http://www.sec.gov/litigation/admin/2013/34-69327.pdf>.

corruptie binnen het bedrijf is versterkt. De Amerikaanse beurswaakhond was eveneens een onderzoek begonnen naar de Poolse affaire omdat het hoofdkantoor van Philips Healthcare in de VS staat en het bedrijf daar ook een beursnotering heeft.²¹ Opmerkelijk is dat het OM publiekelijk heeft aangegeven dat het Philips niet zal vervolgen in Nederland.²² Philips concludeerde na een eigen intern onderzoek dat Philips in Nederland niet op de hoogte was van de vermeende omkooppraktijken in Polen. Aangenomen mag worden, maar dat is nimmer publiekelijk bekend gemaakt, dat het OM heeft geconcludeerd dat de Philips moedermaatschappij als Nederlandse rechtspersoon niet strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor de handelingen van de buitenlandse dochter, hoewel andere strafrecht specialisten daar genuanceerder over denken.

3. De Nederlandse Schatkist loopt miljoenen mis

“Amerikaanse en Britse opsporingsambtenaren hebben daar in internationaal justitieel overleg al voor gewaarschuwd: Pak die omkopingspraktijken aan. Want als jullie het niet doen, doen wij het!”

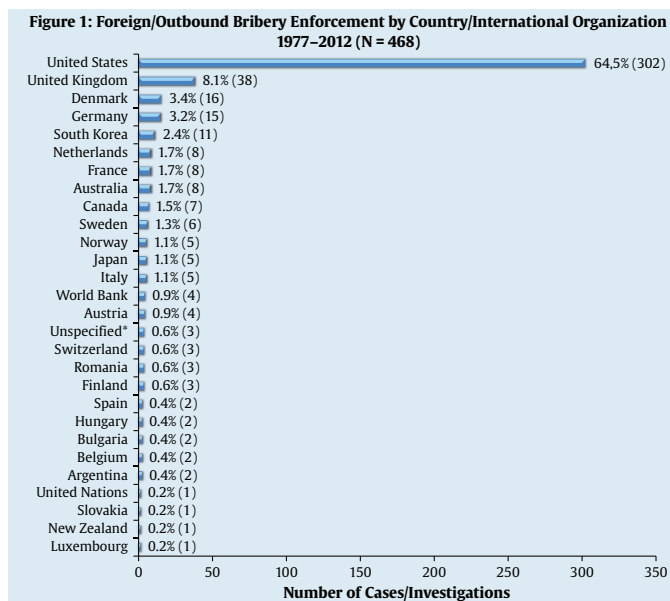
Paul Arlman²³

Vijfentwintig landen en twee openbare internationale organisaties (de Verenigde Naties en de Wereldbank) hebben 468 buitenlandse/‘outbound’ handhavingsacties opgeleverd op het gebied van omkoping in het tijdperk 1977 tot 2012, met inbegrip van bekende zaken die nog in de onderzoeksfase verkeren.

21 NOS, 9 april 2013.

22 NRC, 11 november 2011.

23 *Wie is er verantwoordelijk voor de bestrijding van corruptie?*, interview met Paul Arlman, Voorzitter TI Nederland door redacteur Jos Verlaan, NRC Handelsblad 21 december 2012.



© 2012 Trace Global Enforcement

De Verenigde Staten staan zoals gebruikelijk aan de top voor wat betreft de sterkste handhavingsprestaties in deze periode, met 65 procent van alle acties. De inwerkingtreding van de FCPA in 1977 gaf de Verenigde Staten een aanzienlijke voorsprong op de handhaving in vergelijking met andere landen. De Verenigde Staten heeft bijna acht keer zoveel anti-omkoping zaken opgeleverd als het land met de op een na hoogste totaal, het Verenigd Koninkrijk. Veel landen hebben in de periode van 35 jaar nog geen resultaat behaald en Nederland staat met acht zaken op de zesde plek van boven, ruim achter de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Duitsland en Zuid Korea. Mega concern Siemens liep in 2006 tegen de lamp en moest een boete betalen van 800 miljoen euro in Duitsland en nog eens eenzelfde bedrag in Amerika. Aan boetes en buitengewone fiscale afdrachten is Siemens door de corruptie- en fraudezaak meer dan twee miljard euro kwijt. Bovendien hebben een aantal oud-Siemensbestuurders miljoenen aan boetes moeten betalen.

**Top 11 FCPA boetes en de
Top 3 FCPA boetes opgelegd aan Nederlandse ondernemingen**

Jaar	Bedrijf	USD \$
2008	Siemens (Duitsland)	800.000.000
2009	Kellogg Brown & Root (KBR)/Halliburton (VS)	579.000.000
2010	BAE Systems (VK)	400.000.000
2013	Total (Frankrijk)	398.000.000
2010	ENI/Snamprogetti (Italië/ NL)	365.000.000
2010	Technip (Italië)	338.000.000
2011	JGC Corporation (Japan)	218.000.000
2010	Daimler (Duitsland)	185.000.000
2010	Alcatel-Lucent (Frankrijk)	137.000.000
2011	Magyar Telekom (Hongarije) & Deutsche Telekom (Duitsland)	95.000.000
2010	Panalpina (Zwitserland)	82.000.000
2010	Shell (Nederland/ Nigeria)	48.000.000
2013	Philips (Nederland)	4.500.000
2008	Akzo Nobel ²⁴ (Nederland)	2.900.000

Opvallend is dat van de 11 hoogste boetes er 10 aan niet-Amerikaanse bedrijven zijn opgelegd. Volgens bovenstaand overzicht bedragen de vijf grootste FCPA boetes meer dan 350 miljoen dollar per onderneming, vergeleken met de hoogste FCPA boete in 2007 van 28,5 miljoen dollar. In veel gevallen, geven bedrijven er de voorkeur aan om de zaak tegen betaling van boetes te schikken, teneinde het reputatierisico van een aanklacht te mitigeren. Aangenomen mag worden dat de Amerikaanse supermarktketen Walmart binnenkort de nummer één positie van Siemens zal overnemen. Walmart heeft in 2012 toegegeven dat het geprobeerd heeft een grote

24 US Department of Justice (DoJ) heeft uiteindelijk haar boete verrekend met de 380.000 euro die AkzoNobel (d.m.v. de inmiddels verkochte Organon divisie) in Nederland heeft betaald uit hoofde van de door het OM opgelegde transactie in 2008, hetgeen een uitdrukkelijke voorwaarde was van DoJ. Het OM werd als het ware aangespoord door de Amerikaanse autoriteiten om een boete op te leggen.

omkoopaffaire in Mexico in de doofpot te stoppen.²⁵ Leidinggeevenden bij dochterbedrijf Walmart Mexico (bijgenaamd 'WalMex') hadden in 2005 steekpenningen betaald om uitbreiding van het aantal winkels mogelijk te maken en marktaandeel te winnen. Walmart begon na de melding door een klokkenluider een intern onderzoek, dat veel bewijzen vond van de zeer wijdverbreide omkoping. De top van de Mexicaanse tak zou geweten hebben van de omkoping maar het geheim hebben willen houden. Daarnaast waren hoge Mexicaanse leidinggeevenden betrokken bij de corruptie. In plaats van een nadere studie in te lassen, liet de Amerikaanse leiding van de supermarktgroep het bestaande onderzoek doodbloeden en sluiten, wat tot in de absolute top van het bedrijf bekend zou zijn. We zullen er ongetwijfeld meer van horen.

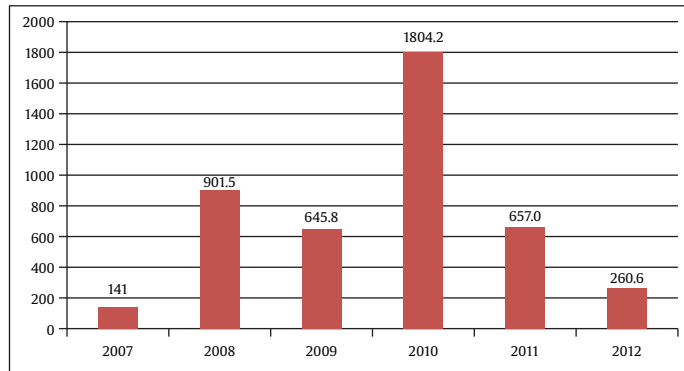
Zeer onlangs, in mei 2013, hebben de DoJ en de SEC Total SA, een groot Frans olie- en gasbedrijf dat is genoteerd aan de New York Stock Exchange, een boete opgelegd van in totaal 398 miljoen dollar door middel van een door Total getekend Deferred Prosecution Agreement (DPA).²⁶ De onderliggende gedragingen die aanleiding gaven tot de vervolging van Total deden zich voor in de jaren 1990 en de vroege jaren 2000, reden waarom DoJ de ongebruikelijke verklaring maakte in de DPA dat het bewijsmateriaal 'aan uitdagingen onderhevig' was. Naar verluidt maakte het Franse bedrijf ongepaste betalingen aan een Iraanse ambtenaar met als enige Amerikaanse 'jurisdictional nexus' overschrijving via een Amerikaanse bankrekening 18 jaar geleden. Platvloers gezegd is de FCPA handhaving een melkkoe voor de Amerikaanse schatkist, met in het topjaar 2010 maar liefst 1,8 miljard aan boete inkomsten, voornamelijk uit het buitenland. Naar verwachting zullen de Britten en de Duitsers een soortgelijke lijn volgen.

25 David Barstow, *Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle. How a retail giant fueled growth with bribes*, New York Times, 21 April 2012 http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?_r=2&hp&.

26 Sectie 6.2.4 of the SEC Enforcement Manual definieert een DPA als: A written agreement between SEC and a potential cooperating individual or company in which SEC agrees to forego an enforcement action against the individual or company. Under a DPA, the DOJ files a charging document with the court but it simultaneously requests that the prosecution be deferred, that is, postponed for the purpose of allowing the company to demonstrate its good conduct. SEC staff may use any factual admissions made by the cooperating individual or company in support of a motion for summary judgment, while maintaining the ability to bring an enforcement action for any additional misconduct at a later date.

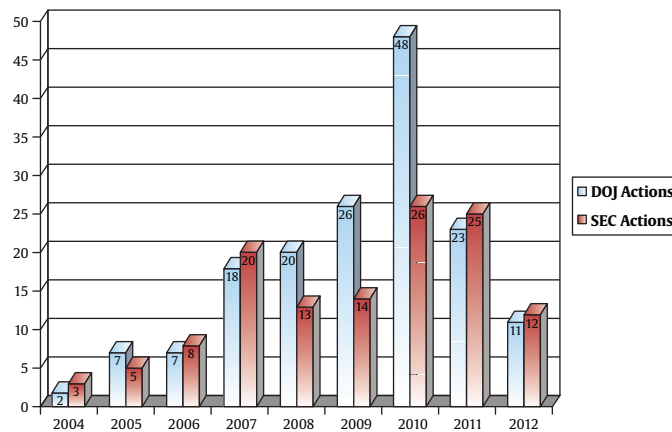
FCPA Sanctions Assessed (in millions)

© 2013 Arnold & Porter LLP



FCPA Enforcement Actions DOJ and SEC

© 2013 Gibson Dunn & Crutcher LLP



Tegen vervolging in Nederland pleit indien de verdachte in een ander betrokken land al is veroordeeld voor dezelfde feiten, maar met dit 'ne bis in idem'-principe dat je niet twee keer veroordeeld kan worden voor hetzelfde strafbare feit,²⁷ gaan de Amerikanen creatief om. Bijvoorbeeld door verdelen van de strafbare feiten tussen opsporingsdiensten van verschillende landen zoals is gedaan in de Siemens zaak. Uit het bovenstaande global enforcement overzicht blijkt dat de Amerikaanse, Britse en Duitse

²⁷ Dit werd bevestigd voor wat betreft de internationale toepassing door de Rechtbank Amsterdam in een beschikking van 18 september 2008 in verband met de verdenking dat Trafigura de sanctiewet zou hebben overtreden.

autoriteiten de vermoedelijke daders van corruptie daadwerkelijk vervolgen. Het moederbedrijf kan keurig in Amsterdam gevestigd zijn, maar één bankrekening in Londen of New York, kan al voldoende zijn om de eigenaar ervan te vervolgen als ze erachter komen dat er op de Filippijnen een ambtenaar is omgekocht. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de in de doping, narcotica en maffia wereld bekende ‘omerta’ (de muur van stilzwijgen) rond omkoping zal verdwijnen wanneer de Amerikaanse en Britse opsporingsautoriteiten door gaan met jacht te maken op Europese bedrijven. Onder druk zullen veel bedrijven proberen schoon schip te maken in ruil voor een coulantere behandeling. Als je maar actief aangeeft wat er fout is gegaan en wie er verder bij betrokken zijn geweest, krijg je een voorkeursbehandeling in deze grensoverschrijdende buitenlandse jurisdicties.

Hoewel de VS het ‘international double jeopardy’ beginsel niet erkent, heeft DoJ publiekelijk verklaard dat het rekening zal houden met “what’s going on in [the foreign] jurisdiction in some way”.²⁸ Als voorbeeld werd de eerder aangehaalde 2007 AkzoNobel zaak genoemd waarbij “DoJ has credited penalties paid in foreign jurisdiction against those to be paid in the United States”. Verder zijn er zaken waarbij het DoJ zich het recht voorbehoudt “to do nothing in deference to ongoing foreign investigations – or to sit back and wait to see what the outcome of that foreign investigation will be. If that foreign investigation results in some enforcement action, we may elect to do nothing. On the other hand, if that foreign prosecution never gets off the ground, we may step in and proceed with our investigation”.

De omvang van internationale omkopingspraktijken door het Nederlandse bedrijfsleven is niet bekend. Vorig jaar ondervroeg KPMG 200 bestuurders van internationaal opererende bedrijven, waaronder ook Nederlandse multinationals, over omkoping. Meer dan 70 procent van de ondervraagden gaf aan dat omkoping in sommige landen nu eenmaal onvermijdelijk was om zaken te kunnen doen.²⁹ In ander onderzoek van het Korps Landelijke Politiediensten (KLPD) blijkt dat de financiële middelen die benodigd zijn om anderen om te kopen, ruimschoots voorhanden zijn. Zwart geld circuleert moeiteloos in het internationale

28 Bij monde van de voormalige DoJ topman M. Mendelsohn tijdens een bijeenkomst van de American Bar Association in 2008.

29 KPMG, Global Anti-Bribery and Corruption Survey 2011, <http://www.kpmg.com/BE/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Pages/Global-Anti-bribery-Corruption-Survey-2011.aspx>.

handelsverkeer. Opsporingsautoriteiten hebben daar nauwelijks zicht op. Het inzetten door criminele samenwerkingsverbanden van ambtelijke corruptie heeft ernstiger gevolgen voor de samenleving dan private corruptie. Ook de Nederlandse rechter laat dat in zijn vonnis meewegen. De onderbouwing daarvoor is meestal gebaseerd op het feit dat ambtelijke corruptie een ondermijnende uitwerking heeft op de werking van de rechtsstaat, aldus dit KLPD rapport.³⁰

Beursgenoteerde ondernemingen, maar ook de kleinere bedrijven in het Midden- en Kleinbedrijf moeten zich realiseren dat er achterstallig onderhoud is. Wie als gevolg van de Britse en Amerikaanse anti-corruptiewetgeving tegen de lamp loopt, moet aantonen dat het moederbedrijf er alles aan gedaan heeft om dergelijke praktijken te voorkomen. Alleen maar aangeven dat het om een paar rotte appels in een ver buitenland gaat, is daar onvoldoende. Het compliance programma van de onderneming moet adequaat en op orde zijn, anders volgen er alsnog torenhoge boetes voor (vermeend) corrupte ondernemingen. Met dit Anglo-Amerikaanse anti-corruptiebeleid is de pak kans vele malen groter. Dat kan niet alleen leiden tot enorme financiële risico's, maar ook tot reputatieschade die niet in geld is uit te drukken. Volgens de nieuwe anti-corruptiewetgeving in Groot-Brittannië is het zelfs mogelijk om de leiding van een onderneming persoonlijk aansprakelijk te stellen als er intern onvoldoende is gedaan om corruptie te voorkomen.

4. Smeren en fêteren

“Omkoping hoorde erbij. Wilde je met iemand praten, zat zijn agenda altijd vol. Maar gaf je hem bijvoorbeeld een horloge, dan was er ineens wel een gaatje vrij.”

Projectontwikkelaar Jan van V.³¹

Het fêteren komt steeds meer onder het juridische vergrootglas te liggen. Het Hof³² heeft onlangs een leidinggevende van een bouwbedrijf en een ambtenaar veroordeeld tot onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor corruptie op grond van onder meer de volgende overweging: “In aanmerking dat verdachte [in casu: de werknemer] deze gift [in casu: een volledig

30 KLPD, Nationaal Dreigingsbeeld 2012. Georganiseerde Criminaliteit.

31 Projectontwikkelaar Jan van V. in de Zuid-as Klimopzaak (2011).

32 LJN: BY7451, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 20-000398-11, besproken door J. van Zijl, (maart 2013) landelijk corruptie officier bij het Landelijk Parket te Rotterdam, Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance, p. 4.

verzorgde vliegreis naar de Grand Prix in Monaco ter waarde van ongeveer 2.600 euro en een geheel verzorgd uitstapje naar een concert van Robbie Williams in de Amsterdam Arena] heeft gedaan aan de ambtenaar die in deze periode waarin deze ook zakelijk contact had met dat bedrijf had, kan het niet anders zijn dan dat verdachte de (omvangrijke) gift heeft gedaan met het oogmerk om de ambtenaar te bewegen in strijd met zijn plicht iets te doen, te weten het begunstigen van het bedrijf van verdachte. (.....) Het kan naar het oordeel van het Hof namelijk niet anders zijn dan dat de giften werden gedaan aan (...) teneinde een relatie met hem te doen ontstaan en/of onderhouden met het doel een voorkeursbehandeling te krijgen." Op basis van deze jurisprudentie zou het OM ook andere ambtenaren, bedrijven en/of hun werknemers voor soortgelijke vergrijpen kunnen vervolgen, waarbij het fêteren van buitenlandse ambtenaren niet langer is uitgezonderd.

Volgens Aanwijzing 2012A020 neemt de staande magistratuur een terughoudende positie in voor wat betreft smeergelden ('facilitation payments') zeker in vergelijking tot het OESO verdrag en de positie van het Britse opsporingsorgaan de Serious Fraud Office (SFO). Na enige twijfels direct na zijn benoeming in april 2012 heeft Mr. Green, Directeur van de SFO in een schrijven van 12 december van hetzelfde jaar bevestigd dat: "Facilitation Payments are illegal under the UK Bribery Act regardless of their size or frequency. The meaning of facilitation payments is money or goods to a public official to perform, or speed up the performance of, an existing duty. This is consistent with the OECD Convention which does not allow any exception for the use of facilitation payments. It is also consistent with the policy of the OECD that agreed in 2009 to prohibit and discourage the making of such payments." Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in Nederland op grond van de artikelen 177a en 177 van het Wetboek van Strafrecht is het niet van belang met welk verder gelegen doel tot omkoping van een ambtenaar wordt overgegaan. Strikt genomen zijn 'facilitation payments' derhalve ook in Nederland strafbaar. Het OM laat de beslissing 'facilitation payments' niet te vervolgen echter afhangen van de volgende factoren:

- Het gaat om handelen of nalaten waartoe de betrokken ambtenaar reeds rechtens verplicht was.
- De betaling mag op geen enkele wijze een concurrentieverstorend effect hebben;
- Het gaat om, in absolute zin of relatieve zin, kleine bedragen;
- Het gaat om betalingen aan lagere ambtenaren;

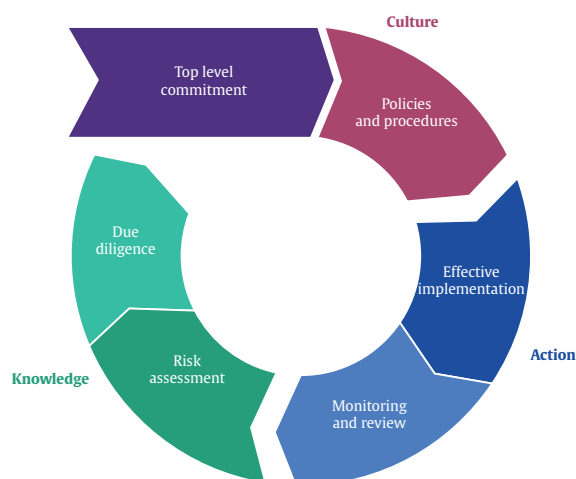
- De gift moet transparant in de administratie van de onderneming opgenomen worden, en mag niet verheimelijkt worden;
- Het initiatief tot de gift moet zijn uitgegaan van de buitenlandse ambtenaar.

Hiermee stelt het OM zich kwetsbaar op in vergelijking met vervolgingsinstanties in andere landen waar ‘facilitation payments’ met minder nuances vervolgd kunnen worden zoals in het Verenigd Koninkrijk, waar de aangepaste SFO richtlijn van oktober 2012 aangeeft dat de SFO “will prosecute if on the evidence there is a realistic prospect of conviction and if it is in the public interest to do so. Corporations and individuals should not necessarily assume a lack of public interest in prosecuting small bribes.” De SFO ziet ‘collective actions by groups of enterprises’, d.w.z. door bedrijven in dezelfde bedrijfstakken, als een goede manier om overheden van potentieel corrupte landen te wijzen op de hoge risico’s voor bedrijven om daar zaken te doen en samen met deze overheden naar gezamenlijke oplossingen te zoeken. Zo werkt bijvoorbeeld een aantal mondiale logistieke bedrijven onder de vlag van het Partnering Against Corruption Initiative of World Economic Forum in relatieve stilte samen met de overheid in Vietnam aan een project met als doel om enerzijds ‘facilitation payments’ in de havens te verbieden, maar anderzijds de douane tarieven te verhogen die dan op transparante wijze vertaald moeten worden in hogere lonen voor de structureel onderbetaalde douaneambtenaren. Dit alles zonder inmenging in de binnenlandse politiek en binnen de toelaatbare grenzen van het toepasselijke concurrentierecht.

Aanwijzing 2012A020 waarschuwt het internationale bedrijfsleven dat het enkele inschakelen van een lokale agent, vertegenwoordiger, consultant of importeur (‘derden’ of tussenpersonen), ook strafbaarheid kan opleveren. Het is een algemeen bekend feit dat dergelijke personen vaak worden gebruikt bij het betalen van steekpenningen in het buitenland. Van Nederlandse instellingen mag dan ook een kritische houding ten aanzien van de aard en omvang van de werkzaamheden van een dergelijk persoon worden verwacht. Bijvoorbeeld: er mag alleen worden afgegaan op adviezen van een persoon of instantie aan wie zodanig gezag valt toe te kennen dat in redelijkheid op de deugdelijkheid van dat advies mocht worden vertrouwd. In een mogelijk strafrechtelijk onderzoek zal nadrukkelijk aandacht worden besteed aan dit aspect voor de beoordeling van de strafbaarheid van een betaling. Mr. Bökkerink³³ stelt dat de Nederlandse

33 Bökkerink, M.J. (maart 2013), *Gevolgen van anti-corruptiewetgeving voor de financiële sector*, Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance, nr. 1-2013.

strafwetgeving niet zover lijkt te gaan als de UK Bribery Act. Volgens de Britse bepalingen kan een onderneming verantwoordelijk worden gesteld voor de omkoping door een 'associated person' indien de onderneming heeft nagelaten 'adequate compliance procedures' in te voeren en na te leven. Maar volgens Bökkerink kan omkoping door een werknemer of derde (lasthebber) ook in Nederland toegerekend worden aan de sfeer van de rechtspersoon waarbij Aanwijzing 2012A020 naadloos aansluit.



© SFO Adequate Procedures³⁴

In verband hiermede kan de lezer zelf oordelen over drie opvallende opmerkingen in recente publicaties en neem daarbij de mogelijke rode vlaggen in overweging.

34 The UK Bribery Act principles for bribery prevention are: (1) Proportionate procedures (a new term which now subsumes two of the old principles, namely: clear, practical and accessible policies and procedures; and effective implementation), (2) Top level commitment, (3) Risk assessment, (4) Due diligence, (5) Communication (another new term, although the general concept was, of course, embedded within the old framework), and (6) Monitoring and review.

Rode Vlaggen



De Business Partners

- > gelegen in, of de transactie zal plaats vinden in, een land met een geschiedenis van corruptie of dat over het algemeen wordt ervaren als een land met een hoge mate van corruptie;
- > faalt, of is niet in staat, om te zorgen voor een ingevulde Business Partner Vragenlijst;
- > verblijft buiten het land waar de te leveren diensten worden gemaakt;
- > werd specifiek gevraagd of aanbevolen door een overheidsfunctionaris;
- > weigerde een contract te tekenen waarin anti-corruptie beleid was opgenomen of verzocht die tekst te verwijderen of te wijzigen;
- > verstrekt onvolledige of onjuiste informatie in verband met verplichte werk gerelateerde informatie;
- > verzoekt om betalingen aan een derde partij of een derde land bankrekening te maken, of verzoekt om andere ongebruikelijke financiële regelingen;
- > verzoekt om betaling in contanten;
- > verzoeken dat er valse facturen of andere documenten worden gemaakt in verband met een transactie;
- > gebruikt onbekende sub-agenten of onderaannemers om ze te helpen in hun werk;
- > verzoekt een doorgaans hoge commissie of succes bonus in verhouding tot de geleverde diensten;
- > verzoekt dat een commissie wordt betaald voor openbaarmaking of voor een contract is ondertekend of een regelgevend besluit is genomen;
- > verzoekt om extravagante entertainment, geschenken of reizen in verband met de onderhandelingen;
- > verzoekt om een vergoeding voor slecht gedocumenteerde/twijfelachtige uitgaven;
- > heeft banden met familie of zakenrelaties die overheidsfunctionarissen zijn;
- > beschikt niet over de nodige kwalificaties, organisatorische middelen of personeel voor de geboden diensten.

De exportmanager van een industrieel bedrijf laat optekenen: “Wij laten opzettelijk veel van het echte relatiewerk over aan onze dealers. Zij vormen de frontlinie als het gaat om eten en drinken, het uitdelen van de cadeaus. Zelf blijven we ver van dat soort circuits en vooral ver de rode enveloppen. Wat we wel doen is het geven van kortingen aan onze dealers en we betalen onze dealers natuurlijk bonussen. We hanteren een simpele regel: van onze Chinese dealers vragen wij dat ze onze producten verkopen. Hoe zij dat doen? Tja, *we “don’t ask, they don’t tell”*.”³⁵

In het boek over mediatycoon Derk Sauer die samen met zijn echtgenote in Rusland een miljoenenimperium heeft opgebouwd treft men de volgende passage aan: “Ontevreden oligarchen bleken in 1996 niet het enige probleem [...]. De [Russische] belastingdienst had ook een oogje op ze. [.....] De

35 Garschagen, O. (11-12 mei, 2013), *De Chinese mores en de lange adem van Nedap*, NRC Weekend, p. 4-5.

belastinginspecteurs kwamen langs op kantoor en beschuldigen ons van allerlei wilde zaken. Dat gaat je zoveel miljoen kosten, dreigden ze en dan wisten wij weer dat dat de opening was voor een onderhandeling, want die ambtenaren wilden natuurlijk geld in hun zakken steken, via een consultant die zij naar voren schoven. Wij betaalden, helemaal officieel, de consultant een fee, die kon oplopen tot enkele tienduizenden dollars, in ruil voor 'advies', waarna we ineens niets meer van de belastingdienst hoorden".³⁶

Verdachte in een recente corruptiezaak Joep van de N antwoordt op de vraag waarom er met tonnen tegelijk contante bedragen werden opgenomen bij buitenlandse banken als volgt: "Wat is daar mis mee? Ik heb mijn hele leven veel commissies betaald, aan agenten, aan directeurs. Veel van die mensen willen nu eenmaal cash hebben. Hoezo zwart geld? Het is niet aan mij om dat aan te melden bij de fiscus, dat moet de ontvanger doen, niet ik".³⁷ Maar de vraag blijft hangen waarom die agenten grote bedragen in contanten krijgen en wat ze daar mee (moeten) doen?

Hoewel in de Nederlandse strafwet niet over tussenpersonen wordt gesproken, vallen ook die onder het verbod, omdat het doen van een gift en het verlenen van een dienst, of het in het vooruitzicht stellen daarvan, zeer ruim kan worden geïnterpreteerd. Met inachtneming van de OECD Verdrag vrijwaren criteria als 'directly or indirectly' en 'knowingly'³⁸ de Nederlandse (rechts) persoon niet tegen strafvervolgning in Nederland door inschakeling van tussenpersonen, indien bewezen wordt dat de betaling aan deze derde heeft geleid tot een betaling of gift aan een buitenlandse ambtenaar, althans deze hem in het vooruitzicht is gesteld. Het helpt dus niet (meer) om derden het 'vuile werk' te laten doen, laat staan dat deze betalingen fiscaal aftrekbaar zijn. Het wachten is op een actuele zaak in Nederland, maar het moge duidelijk zijn dat het bedrijfsleven (van groot tot MKB) in een mondiaal exportland als Nederland aan vele risico's is blootgesteld. In Amerika werd Shell in 2010 als principaal verantwoordelijk gehouden voor de smeergelden (of volgens Justitie steekpenningen) die (namens Shell) betaald zouden zijn door de

36 Michielsen, D. (2013), Moscow Times. *Het Russisch avontuur van Derk Sauer en Ellen Verbeek*, Nieuw Amsterdam, p. 197.

37 Interview met Joep van de N. Verdachte (30-31 maart 2013) in NRC Weekend.

38 Het Angelsaksische begrip 'knowing' omvat niet alleen daadwerkelijke kennis, maar ook 'willful blindness', 'conscious disregard' en/of 'deliberate ignorance'. Volgens deze benadering helpt het niet om als een struisvogel de kop in het zand te steken, maar loopt de principaal al risico wanneer het geld, althans een deel daarvan, door de derde wordt doorgegeven om een gunst ten behoeve van de principaal te bewerkstelligen.

logistieke dienstverlener Panalpina in verband met het importeren van goederen in Nigeria.³⁹ Eveneens in de Verenigde Staten zijn de Engelse en Japanse agent van een internationaal consortium, akkoord gegaan met hoge boetes en ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, terwijl de partners van het consortium (KBR, Technip, Snamprogetti en JGC) als principaal torenhoge geldstraffen kregen die voor ieder apart een plaats in de FCPA Top 11 heeft opgeleverd.⁴⁰

5. Tyco's lessons learned

“Een goede reputatie komt te voet en gaat te paard”

Nederlandse tegelwijsheid, vrij naar een uitspraak van Johan Thorbecke⁴¹

Naar aanleiding van eerdere corruptie problemen – buiten de Nederlandse grenzen en Nederlandse (extraterritoriale) rechtsmacht – is schrijver dezes als regionale chief compliance counsel in belangrijke mate betrokken geweest bij de verandering van Tyco's bedrijfscultuur met als doel het duurzaam tot stand brengen van “adequate compliance procedures” (niet alleen in woord maar meer nog door bevordering van integer gedrag gevoed vanuit de top van het bedrijf en met sterke betrokkenheid van het midden management) ter voorkoming dat dergelijke praktijken opnieuw de kop opsteken. Meer dan een decennium geleden kon Tyco zich scharen in het rijtje van bedrijven als Enron, WorldCom en Parmalat. Toen Tyco's fraude en corruptie schandaal werd ontrafeld in 2002 verloor het blue chip bedrijf 80% van de beurskoers gevolgd door onderzoeken, vervolging, rechtszaken, gevangenisstraffen en ‘multi-billion-dollar class-action suits’. Zelfs faillissement lag op de loer. De toenmalige CEO Dennis Kozlowski werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 25 jaar. Momenteel heeft Tyco zich vrijwel volledig hersteld van zowel de enorme financiële neergang als het reputatieverlies door middel van ingrijpende organisatorische veranderingen, een grote cultuurverandering en een focus op compliance en ethische handelspraktijken. Om te slagen was het noodzakelijk om het vertrouwen van aandeelhouders, werknemers en andere stakeholders te

39 <http://www.sec.gov/news/press/2010/2010-214.htm>.

40 FCPA Top 11: zie hoofdstuk 3 van dit artikel. De agenten waren Jef Tesler (VK) en Marubeni (Japan).

41 De uitspraak “Vertrouwen komt te voet en gaat te paard” wordt niet onbetwist toegeschreven aan de Nederlandse staatsman Johan Rudolph Thorbecke (1798-1872).

krijgen waartoe werd gestart met een driedig initiatief: 'save, fix, and grow the company', in die volgorde. Schuldige en medeplichtige werknemers, met name leidinggevenden, werden ontslagen. De hele Board trad af. Nieuw talent werd aangetrokken. Bonussen, werden op nul gezet en de compliance functie werd drastisch versterkt. Vanaf dat moment werd zonder schroom en zonder compromis ethisch gedrag vereist van iedere leidinggevende en medewerker op basis van Tyco's nieuwe ethische waarden: integriteit, openheid, teamwork, verantwoordelijkheid. Deze eigenschappen worden, sterk meegewogen in de jaarlijkse doelstellingen en beoordelingen zowel op bedrijfs- als op individueel niveau.

Wat moet je concreet doen? Als voorbeeld kan Ed Breen, Chairman en ex-CEO van Tyco worden aangehaald: "You need real-life examples to set the tone. At Tyco, we developed an educational tool called Ethical Reflections. We highlight real examples from our businesses where things went wrong, and we illustrate how an employee or manager should have responded. In each of these manager-facilitated sessions, we remind employees that it's their job to speak up and do the right thing. We also communicate compliance success stories where we publicly congratulate an employee who walked away from bad business".⁴² In januari 2010 heeft de Amerikaanse beurswaakhond, the SEC besloten om als prikkel een Non-Prosecution Agreement (NPA)⁴³ in te zetten voor bedrijven die vrijwillig bereid zijn om mee te werken. Vanwege buitengewone medewerking van Tyco⁴⁴ met de SEC en het DoJ eindigde het justitieel corruptie

42 Quote from Breen's keynote speech on May 20th, 2013 at Compliance Week 2013, Compliance Week's 8th annual conference in Washington DC.

43 Sectie 6.2.4 of the SEC Enforcement Manual definieert een NPA als: "A written agreement between the Commission and a potential cooperating individual or company, entered in limited and appropriate circumstances, that provides that the Commission will not pursue an enforcement action against the individual or company if the individual or company agrees to," among other things: (1) cooperate truthfully and fully in the SEC's investigation and related enforcement actions, (2) comply with 'express undertakings' in the investigation and related enforcement proceedings, (3) satisfy disgorgement and/or penalty payment obligations, (4) company's establishment of effective compliance procedures, and, (5) an appropriate 'tone at the top' (prior to the discovery of the misconduct). If the agreement is violated, the SEC retains its ability to pursue a subsequent enforcement action against the individual or company. Unlike a DPA, an NPA is not filed with a court but is instead maintained by the parties".

44 Tyco is wereldwijd de grootste aanbieder van (brand)beveiligings- en veiligheidssystemen. Tyco ontwerpt, installeert en onderhoudt (elektronische) beveiligings- en veiligheidssystemen voor alle facetten van de maatschappij. Het heeft een omzet van ongeveer 10 miljard dollar en 70.000 werknemers verspreid over alle continenten.

onderzoek met een lagere dan verwachte boete van 'slechts' 26 miljoen dollar. DoJ noemde daarbij expliciet de *"timely, voluntary and complete disclosure, its cooperation – including a global internal investigation concerning bribery and related misconduct – and its extensive remediation. Tyco enhanced its compliance program, fired employees responsible for the bribes and covering them up, terminated culpable third-party agents, and closed subsidiaries due to compliance failures"*.⁴⁵

Het werd allengs duidelijk dat veel van Tyco's problemen voortkwamen uit de losse manier waarop business partners werden aangetrokken en gebruikt. Daarnaast bleek er een institutionele verslaving te zijn aan groei via acquisities waardoor het bijna onmogelijk werd om een consistente bedrijfscultuur in te voeren en te handhaven. Om deze problemen aan te pakken heeft Tyco 200 bedrijfsonderdelen gesaneerd en een hele divisie verkocht. Verder werd het aantal business partners (tussenpersonen) over de hele wereld verlaagd van ruim 60.000 tot 20.000. Voor het selecteren, evalueren en beheren van de tussenpersonen heeft Tyco een 'multi-step' proces ingevoerd, waarbij het voldoen aan Tyco's ethische waarden en gedragscode een belangrijk onderdeel vormt. Dit proces staat onder toezicht van de compliance-afdeling en wordt op het hoogste niveau ondersteund door de CEO, de (one-tier) raad van bestuur, en de audit-commissie.

Een vitaal onderdeel van het multi-step proces is dat elke tussenpersoon valt onder de directe 'ownership' van een Tyco werknemer, de 'business sponsor', die persoonlijk instaat voor de kwaliteit, zakelijke noodzaak en motivatie van deze relatie. Hiermee kan worden voorkomen dat indien het fout gaat niemand zich verantwoordelijk acht. Belangrijker is dat de business sponsor proactief een tussenpersoon selecteert op basis van 'business justification', reputatie en 'trackrecord' en tijdens de samenwerking voortdurend een vinger aan de pols houdt. De wens of noodzaak om een tussenpersoon aan te trekken wordt afgewogen tegen de inherente risico's. Alle tussenpersonen zijn ook verplicht om naar eer en geweten een gedetailleerde vragenlijst in te vullen alsmede een compliance certificaat te ondertekenen, op grond waarvan het bedrijf verklaart te zullen voldoen aan de toepasselijke wetten, geen steekpenningen te betalen en geen verstrengelde belangen te hebben of aan te gaan. Tevens worden

⁴⁵ Department of Justice, 24 September 2012, Subsidiary of Tyco International Ltd. pleads guilty and is sentenced for conspiracy to violate FCPA, <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/September/12-crm-1149.html>.

alleen contracten getekend met de noodzakelijke compliance voorwaarden en verplichtingen er in. Met een tussenpersoon die hier niet aan wil of kan voldoen wordt, zonder uitzondering, geen zaken (meer) gedaan. Periodiek worden er on-line compliance trainingen gegeven en de hoogste risicorelaties worden 'face-to-face' getraind door Tyco compliance professionals.

Tyco heeft een methodologie en technologie ontwikkeld om de inherente risico's van externe partners te rangschikken. Zo kan een geografische risicobeoordeling een lage score aan een Canadees bedrijf toekennen, wat vervolgens naar een hogere risicoscore gaat indien de producten of diensten (uiteindelijk) voor de Chinese markt zijn bestemd. Deze risicowegingen zijn bepalend voor welke mate van zorgvuldigheid en 'due diligence' vereist is, variërend van eenvoudig achtergrondonderzoek tot onderzoek op locatie. Hoe hoger het risico, hoe meer due diligence stappen zijn vereist. Op basis van de risicobeoordelingen en due diligence resultaten nemen de verantwoordelijke leidinggevendenden een uiteindelijke beslissing nadat de compliance afdeling het groene licht heeft gegeven. Een tussenpersoon kan niet worden betaald, noch kunnen er producten en/of diensten worden geleverd of ontvangen, totdat aan alle vereisten is voldaan. Het kan voorkomen dat, in geval van twijfel, een tussenpersoon op een monitoring lijst wordt gezet en gedurende een jaar nauw wordt gevolgd door de compliance afdeling. Mocht er iets niet in de haak zijn dan wordt deze relatie onmiddellijk geschorst of stop gezet. Het nieuwe systeem stuitte in het begin op veel weerstand, maar is inmiddels verankerd in Tyco's interne bedrijfsprocessen en vrijwel zonder uitzondering geaccepteerd door zowel de nieuwe business partners als diegenen waarmee Tyco de reeds bestaande relatie heeft voortgezet. In korte tijd is een primair compliance programma geëvolueerd tot een business programma met een compliance onderdeel. Tyco's wereldwijde compliance programma is zeker niet goedkoop, maar om met Breen te spreken: "There are certain areas you can't cheap out on; compliance, research and development, and sales. Sometimes you just have to spend the money, but it saves you so much more money on other issues: Expensive, but worth It".⁴⁶ Mr. Philippe Creighton komt tot een soortgelijke conclusie: "Verdenkingen van strafbare feiten zijn, zelfs als het bij een intern onderzoek blijft,

46 Zie verantwoording en bron 63 van dit artikel.

altijd zeer belastend voor de onderneming. Na onderzoeken door justitie of toezichthouders zeggen bestuurders steevast: *'dit nooit meer'*.⁴⁷

6. Hellend vlak: Waar wringt de schoen?

"We zijn er in dit land erg voor om problemen niet al te scherp te benoemen. We willen graag dingen samen oplossen. Het is het nadeel van het poldermodel. Als ze er zijn, die verborgen affaires, dan is dat poldermodel een van de oorzaken waarom affaires zich niet makkelijk openbaren. Gebleken is dat de nodige signalen van corruptie niet worden onderzocht."

Dick Pijl, voormalig directeur van de Rijksrecherche⁴⁸

Het Openbaar Ministerie zal signalen van corruptie sneller oppakken. "Dit om te voorkomen dat gevallen van buitenlandse omkoping vanwege het internationale karakter en complexiteit niet worden aangepakt", aldus het ministerie van Veiligheid & Justitie die daar aan toevoegt: "Het kabinet hecht veel belang aan zuivere internationale handel en de bestrijding van corruptie en omkoping. Vandaar dat Nederland ook het OESO corruptieverdrag heeft ondertekend, waar de OESO-evaluatie uit voortkomt. Het kabinet zal naar vermogen en volledig rekening houdende met Nederlandse rechtsprincipes uitvoering geven aan de aanbevelingen die voortvloeien uit de evaluaties van de OESO, de GRECO en de VN".⁴⁹

Ondanks dit eerbiedwaardige voornemen komt ons in het huidige politieke klimaat in Nederland regelmatig een tegenstrijdig bericht ter ore. Zo zullen enerzijds de bezuinigingen van het OM die dit jaar oplopen tot 110 miljoen in 2018 (d.w.z. een vijfde op een budget van jaarlijks ongeveer 570 miljoen euro), terwijl anderzijds de politie er 105 miljoen bij krijgt, vooral

47 Creijghton, P. (2012) *Anti-corruptie hoort in de cultuur, van bedrijven verweven te zijn*, Bedrijfsjuristen Monitor® 2012.

48 Dick Pijl, voormalig directeur van de Rijksrecherche, in Dohmen, J. en Verlaan, J. (2003) *Kreukbaar Nederland, van bouwput tot beerput*, Prometheus/ NRC Handelsblad, p. 198.

49 In antwoord op een van de vragen van de Kamerleden Gesthuizen en Merkies (beiden SP) aan de minister van Veiligheid en Justitie en de staatssecretaris van Financiën over het bericht dat Nederland laks is in de bestrijding van corruptie (ingezonden 24 januari 2013), in casu: "Deelt u de mening dat Nederland de (morele en juridische) plicht heeft om signalen van corruptie en/of omkoping te onderzoeken en alles in het werk te stellen om Nederlanders en Nederlandse bedrijven die zich hieraan schuldig maken in het buitenland in Nederland te vervolgen en te bestraffen?"

bedoeld voor researchewerk alsmede 150 extra opsporingsambtenaren bij de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD).⁵⁰ Het zou dus kunnen dat, door een verhoogde prioriteitstelling bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid en gevoed door meer en intensiever researchewerk, een sterk groeiend aantal corruptiezaken aan het OM ter vervolging wordt voorgelegd, d.w.z. potentiële zaken die vervolgens dreigen te worden geseponeerd of onder op de stapel te belanden van nog te behandelen dossiers. De taakstelling en uitdaging zijn enorm omdat Justitie in Nederland tot op heden omkoping en corruptie door Nederlandse bedrijven in het buitenland slechts sporadisch heeft aangepakt of kunnen aanpakken. Volgens de OESO worden de meeste aanwijzingen en signalen niet, niet tijdig of niet adequaat onderzocht en is in Nederland nog niemand veroordeeld voor dit delict. Bij signalen moet worden gedacht aan bronnen waaruit informatie kan worden gehaald omtrent mogelijk verdachte situaties van omkoping van ambtenaren in het buitenland, zoals open bronnen als internationale pers en internet, rechtshulpverzoeken van landen die een ambtenaar onderzoeken die zich schuldig heeft gemaakt aan het aannemen van steekpenningen van (vertegenwoordigers van) een Nederlandse onderneming, meldingen van klokkenluiders, meldingen gedaan door ambtenaren van de diplomatieke dienst en al dan niet verplichte aangiften.⁵¹

Het met corruptie belaste landelijk parket erkent dat omkoping een ernstig misdrijf is dat de integriteit van de overheid ernstig aantast en tot grote schade kan leiden. De Nederlandse overheid heeft zich, ook in internationaal verband, gecommitteerd aan een strenge aanpak van buitenlandse corruptie. Tegelijkertijd voert het landelijk parket aan dat strafrechtelijke aanpak van buitenlandse corruptie meer maatwerk is dan confectie en elk geval individueel moet worden beoordeeld. Verder voert het OM een aantal argumenten aan waarom vervolging en berechting van buitenlandse omkoping tot op heden tot weinig resultaat heeft geleid. Net als bij het dansen van de tango, zijn er bij corruptie tenminste twee daders vereist, één die betaalt en de ander die ontvangt. Voor het bewijs van het strafbare handelen van de Nederlandse omkoper is in het algemeen buitenlands onderzoek noodzakelijk. Maar veelal acteert de 'demand-side' van corruptie in landen waar het rechtssysteem en de handhaving

50 NRC, OM moet beter samenwerken met politie en rechters, 31 mei 2013.

51 Voor een aantal van die misdrijven (waaronder corruptie) geldt dat die openbare colleges en ambtenaren daarvan aangifte moeten doen op basis van art. 162 van het Wetboek van Strafvordering.

veelal instabiel en (nog) niet rechtstatelijk zijn en vaak ook zelf onderdeel vormen van het besmettelijke corruptiesysteem.⁵² In deze landen zullen rechtshulpverzoeken niet of pas na lange tijd worden behandeld of zelfs ronduit geweigerd. Vervolgens moet, zoals bij elke mogelijke Nederlandse strafzaak, ook bij corruptie de opportuniteit van de vervolging van de omkoper en de omgekochte steeds per geval worden afgewogen. Bij de beoordeling van de opportuniteit van de vervolging van buitenlandse corruptie dienen deze overwegingen zwaar te wegen en dient de grondhouding ten aanzien van vervolging dan ook positief te zijn. Daarbij dient het OM zich bij de opportuniteitsafweging te houden aan artikel 5 van de door Nederland geratificeerde OESO en mag het OM zich niet laten beïnvloeden door overwegingen van nationaal economisch belang, het mogelijke effect op relaties met een andere Staat of de identiteit van betrokken natuurlijke of rechtspersonen.⁵³

Volgens Aanwijzing 2012A020 kunnen tegen die achtergrond bij de prioritering van zaken de volgende factoren worden meegewogen:

- Aanzienlijke omvang van de steekpenningen, in absolute zin of in relatieve zin (bijv. een aanzienlijk percentage van de contractsom);
- De betrokkenheid van invloedrijke (buitenlandse) ambtenaren of politici (in die zin dat bij betrokkenheid van dergelijke figuren gezien hun voorbeeldrol en/of machtspositie de omkoping ernstiger lijkt dan bij betrokkenheid van minder invloedrijke personen);
- De steekpenningen komen direct of indirect (bijv. als overheidssteun, kredietverzekering, subsidiering etc.) ten laste van de Nederlandse algemene middelen of ten laste van gelden bestemd voor internationale ontwikkelingshulp;
- De schade voor het land waar de ambtenaar is omgekocht;
- De mate waarin er sprake is van concurrentievervalsing (hoe hogere mate, hoe erger);
- Recidive;
- De mogelijkheden van verder onderzoek en kans op succesvolle vervolging;

52 De in het buitenland omgekochte buitenlandse ambtenaar kan in de regel niet in Nederland zal kunnen worden vervolgd. Derhalve zullen in die gevallen de op een strafvervolging gerichte inspanningen van de Nederlandse opsporingsinstanties zich (overwegend) richten op de rol van de hier wel te vervolgen omkoper, terwijl de buitenlandse ambtenaar voor rekening komt van een buitenlandse zusterdienst.

53 OECD Convention (1998): <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>.

- Het geval dat de verdachte in een ander betrokken land al is veroordeeld voor dezelfde feiten.

Op basis van het hiervoor beschreven Tyco dossier en de nog recentere Ralph Lauren zaak⁵⁴ zullen de Amerikaanse autoriteiten voor wat betreft mogelijkheden van strafverlaging rekening houden met: “(i) self-reporting followed by extensive, thorough, real-time cooperation with both the SEC and the DOJ, including complete disclosure of the violative conduct, and (ii) a thorough review”. In de Morgan Stanley zaak⁵⁵ gingen de Amerikaanse autoriteiten nog een stap verder: “Because Morgan Stanley voluntarily disclosed Peterson’s misconduct, fully cooperated with our investigation, and showed us that it maintained a rigorous compliance program, including extensive training of bank employees on the FCPA and other anti-corruption measures, we declined to bring any enforcement action against the institution in connection with Peterson’s conduct.”

Maar de judiciële lat ligt daarmee zo hoog dat de kans dat veel corruptiezaken in Nederland tot een uiteindelijke veroordeling zullen komen als relatief gering moet worden ingeschat, zeker in vergelijking met streng handhavende landen die daarbij op een meer pragmatische wijze te werk gaan. Met de hiervoor beschreven corruptiezaken heeft Justitie evenwel een hoopvolle trend ingezet door middel van het bevorderen van eigen aangifte,⁵⁶ het bereiken van een schikking met maximale boete en ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel.⁵⁷

Opdat de pak- en slagingskant voor Justitie kan stijgen is mijn aanbeveling om, zo en waar nodig met medewerking van het parlement, gebruik te maken van dezelfde technieken en methoden als die in Amerika al vele jaren succesvol worden toegepast en in het Verenigd Koninkrijk (bijna)

54 Non-Prosecution Agreement, U.S. Sec. and Exch. Comm’n and Ralph Lauren Corporation, Statement of Facts (Exhibit A) ¶ 5 (Apr. 22, 2013), <http://www.sec.gov/news/press/2013/2013-65-npa.pdf>.

55 Garth Peterson, a former managing director for Morgan Stanley’s real estate business in China, was individually sentenced because Peterson, when bribing a Chinese official, had acted for “his own benefit” not “Morgan Stanley’s.” <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf>.

56 Zie art. 162 lid 1 sub a Wetboek van Strafvordering.

57 Per 1 april 2010 is voor artikel 177a Sr de geldboetecategorie verhoogd van de vierde naar de vijfde categorie. Tegenwoordig zijn dus de artikelen 177 en 177a Sr beide gesanctioneerd met een geldboete van de vijfde categorie en is de aanwijzing ontneming in volle omvang op deze feiten van toepassing. Het uitgangspunt van de ‘pluk-ze’ bepaling is dat een ontnemingsvordering wordt ingediend wanneer het verkregen voordeel is geschat op een bedrag van minimaal € 500.

klaar zijn voor invoering en toepassing. Waar nodig zal de wetgeving moeten worden aangepast maar het zal de belastingbetaler in deze barre economische tijden zeker geen windeieren opleveren.

- Een 'voluntary disclosure/ self-reporting program'. Dit druist in tegen het 'nemo teneturbeginsel' om zichzelf niet te belasten, en daarom moet daar iets tegenover staan, bijv. betere schikkingsvoorwaarden en/of strafvermindering.⁵⁸ In de Verenigde Staten wordt dit gesteund door de Federal Sentencing Guidelines⁵⁹ en SFO Directeur Green heeft onlangs opgemerkt dat: "a true 'self-report' (namely a corporate telling the SFO something that it does not already know or would not find out about, but for the self-report) will weigh very heavily in the balance when weighing the public interest about whether or not to prosecute."
- Invoering van de 'plea bargain'⁶⁰ vergelijkbaar met de 'non-prosecution and deferred prosecution agreements (NPA/ DPA's)' in de Verenigde Staten. In Groot Brittannië kan de Britse Crown Prosecution Service inmiddels door een recente wetwijziging ook gebruiken maken van de Britse DPA, die in belangrijke maar niet volledige mate is te vergelijken met de Amerikaanse variant.⁶¹ In Nederland zou de transactiemogelijkheid van het OM kunnen worden uitgebreid met (voorwaardelijk) sepot met nadere voorwaarden. Belangrijk is dat bij het (voorwaardelijke) sepot er een duidelijke schriftelijke motivatie wordt gegeven anders dan momenteel slechts een summier persbericht of als laatste 'redmiddel'

58 Schmitz, B.J. (maart 2013), Internal Investigations – extra armslag voor het OM?, Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance, nr. 1-2013.

59 United States Sentencing Commission, <http://www.ussc.gov/Guidelines>.

60 A plea bargain is an agreement in a criminal case between the prosecutor and defendant whereby the defendant agrees to plead guilty to a particular charge in return for some concession from the prosecutor. This may mean that the defendant will plead guilty to a less serious charge, or to one of several charges, in return for the dismissal of other charges; or it may mean that the defendant will plead guilty to the original criminal charge in return for a more lenient sentence. Source: United States Attorneys' Manual § 9-16.325 (2008).

61 "The DPA is an instrument of criminal policy judged effective by the American authorities to address the complexities and growing sophistication of corruption offenses. It can be viewed as both an instrument of punishment as well as one of prevention. Thus the DPA guarantees the systematic and quick repression of corruption offenses whilst avoiding long, costly trials for the authorities which have little guarantee of a positive outcome. The DPA is also aimed at avoiding the recurrence of an offense as it imposes anti-corruption compliance measures on the company. From a company's point of view, the DPA affords more predictability by offering a shorter and less costly proceeding. Moreover, the implementation of a compliance program that could limit a company's exposure to criminal risk, even if implemented under constraint, can only be positive". Mignon Colombet, A. and F. Buthiau (April 2013), *What Influence do Deferred Prosecution Agreements have on the fight against corruption?*, www.ethic-intelligence.com.

een antwoord op gestelde Kamervragen.⁶² Dit motivatiebeginsel, althans de publieke bekendmaking daarvan, zou ook verplicht moeten worden gesteld voor onvoorwaardelijk sepot, teneinde er publiekelijk lering uit te kunnen trekken en/of het rechtstreeks belanghebbenden makkelijker te maken om zich conform artikel 12 e.v. Wetboek van Strafvordering te beklagen over een beslissing van de officier van justitie om niet tot vervolging over te gaan of de vervolging te staken.

- Invoering van de Britse 'Adequate Procedures Defence' is met de Ralph Lauren zaak ook in de Verenigde Staten als succesvolle verdedigingsgrond erkend.
- In navolging van het Nederlandse en Europese Mededingingsrecht ondernemingen stimuleren om zelfstandig over te gaan tot melding bij justitie in ruil voor clementie ('leniency') richtsnoeren en immunititeit voor de eerste melder. Vergelijk Ballast Nedam die omtrent de door haar zelf bij justitie aangeleverde omkopingenzaak en als onderneming vervolgens een zeer substantiële schikking met het OM trof ter voorkoming van (verdere) strafvervolging, waarbij opgemerkt moet worden dat de (eventueel) verdachte werknemers, tussenpersonen en/of andere betrokkenen niet onder deze schikking vallen.
- Vervolging van individuen zoals daders, medeplichtigen, leidinggevend en toezichthouders. Dit gebeurt in toenemende mate in de Verenigde Staten.
- Intern onderzoek door de onderneming met behulp van externe adviseurs met een uitstekende reputatie en een contractuele verplichting jegens Justitie tot volledige medewerking en strikte nakoming van de overeenkomst (die vaak een ruimer doel en 'scope' omvat dan alleen de gemelde strafbare feiten) in ruil voor een strafmatigend effect. Hierdoor kan het werk van Rijkrecherche en OM tot een minimum beperkt blijven. Deze methode wordt al sinds de vorige eeuw succesvol toegepast door de SEC en DoJ.
- Oprekking van de strafrechtelijk jurisdictiemogelijkheden (een verruimde 'jurisdictional nexus') en de verruiming van definitie van de rechtstreeks bij corruptie betrokkenen zoals 'associated persons' in Groot Brittannië alsmede toepassing van het 'knowingly' criterium in de FCPA en het OECD verdrag. Interessant is de uitspraak van het Europese Hof oordeelde dat de Italiaanse oliemaatschappij Eni terecht

62 Schmitz, B.J. (maart 2013), *Internal Investigations – extra armslag voor het OM?*, Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance, nr. 1-2013.

aansprakelijk was gesteld voor het gedrag van haar dochterondernemingen waarvan zij (rechtstreeks of indirect) ten minste 99,97% van het kapitaal bezat. Conform vaste Europese rechtspraak bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat een moedermaatschappij die (nagenoeg) 100% van het kapitaal bezit van haar dochteronderneming beslissende invloed uitoefent op het gedrag van die onderneming. Om dit vermoeden te weerleggen had Eni moeten aantonen dat de dochtermaatschappij niet alleen op bedrijfsvlak maar ook op financieel vlak volledig zelfstandig kon handelen, hetgeen Eni in deze hoger beroepszaak niet is gelukt.⁶³

- Heroverweging van het 'gedoogbeleid' t.a.v. de 'facilitation payments' conform de SFO uitleg.
- Instelling door het OM van een inkeerregeling, waardoor Nederlandse bedrijven die betrokken zijn bij internationale omkoopaffaires, schoon schip kunnen maken. Het kan stormlopen want de risico's zijn groot, mede door de druk op Nederlandse autoriteiten die ook internationaal is opgevoerd, bijvoorbeeld door periodiek overleg tussen justitieambtenaren ('peers') uit landen die de internationale anti-corruptieverdragen hebben ondertekend.
- In anticipatie van mogelijk veranderend beleid, invoering van een amnestieregeling door Nederlandse ondernemingen. In Canada heeft SNC Lavalin Group, een Canadees bouw- en ingenieursbureau, dit instrument in het voorjaar van 2013 ingezet toen het geconfronteerd werd met beschuldigingen van omkoping en fraude in Canada, Libië en Bangladesh. Het bedrijf heeft amnestie aangeboden aan werknemers die (vermeende) corrupte activiteiten rapporteren en/of bekennen. Het programma, dat topbestuurders en iedereen die rechtstreeks profiteerde van wangedrag uitsluit, betekent een grotere druk op medewerkers van SNC om mee te helpen om de geschonden reputatie te herstellen en alle lijken uit de kast te halen. De huidige werknemers krijgen een periode van 90 dagen in de periode juni-augustus 2013 om amnestie te vragen voor informatie over mogelijke corruptie of anti-mededingingszaken. Het bedrijf heeft gegarandeerd dat het geen werknemers zal ontslaan of schadeclaims tegen medewerkers zal indienen die vrijwillig schendingen van de ethische code rapporteren en/of bekennen.

Dit alles zou er toe moeten en kunnen leiden dat de helling geleidelijk horizontaal wordt en Nederland op een egaal speelveld kan meeprofiteren van de miljoenen dollars die door de justitiële autoriteiten mondiaal

63 Appeal Case before the European Court of Justice C-508/11P.

worden opgeëist van corrupte bedrijven en betrokkenen. Door bovengenoemde middelen kan Justitie in Nederland bezuinigen op interne middelen, winnen aan snelheid en zelfs een nationaal 'profit center' worden. Wel zouden de diverse handhavende landen er elkaar op moeten kunnen aanspreken dat de corruptiebestrijding in combinatie met het extraterritorialiteitsbeginsel niet leidt tot protectionisme door de nationale bedrijven niet te vervolgen ten nadele van de buitenlandse concurrenten. Verder wordt er binnen de Verenigde Naties⁶⁴ uitgebreid gediscussieerd wie de benadeelden van de corruptie en omkoping zijn en aan wie de boete en de 'disgorged profits' eigenlijk zou moeten worden (terug)betaald. Met name in de 'perceived corrupt emerging markets' ligt dit thema zeer gevoelig. Tot slot moet er middels internationale verdrag(en) op worden toegezien dat het 'ne bis in idem' beginsel internationaal, op billijke wijze en consistent wordt doorgevoerd en toegepast.⁶⁵

7. Verantwoording

Het artikel is op persoonlijke titel geschreven. In dit artikel is een aantal elementen uit eerdere publicaties,⁶⁶ alsmede uit een interview met Transparency International collega bestuurder Paul Arlman,⁶⁷ uit de nieuwe OM Aanwijzing 2012A020 en uit interviews met Tyco leidinggevenden⁶⁸ integraal in de tekst opgenomen, met als doel om een aantal punten helder en beschouwend voor het voetlicht te brengen zonder de pretentie van een wetenschappelijk artikel.

64 The United Nations Convention against Corruption was adopted by the General Assembly by resolution 58/4 of 31 October 2003.

65 Siemens is onderzocht of vervolgd voor (vermeende), directe of indirecte, corruptie in Argentinië, Bangladesh, Venezuela, Griekenland, Nigeria, Turkije, Irak/ Verenigde Arabische Emiraten, Italië, Libië, Noorwegen, Australië, Mexico, China, Tsjechië, Slowakije, Polen, Rusland, Maleisië, Vietnam, Israël en recentelijk in Brazilië en Koeweit.

66 Bronnen: Wiebenga, J. (mei 2012), *Is Nederland minder corrupt dan de Verenigde Staten, Duitsland of andere OESO lidstaten?*, Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance, nr.2-2012 en Wiebenga, J. (2012), *Bedrijven moeten klokkenluiders niet als bedreiging maar als kans zien*, Bedrijfsjuristen Monitor® 2012.

67 Bron: *Wie is er verantwoordelijk voor de bestrijding van corruptie?*, interview met Paul Arlman, Voorzitter TI Nederland door redacteur Jos Verlaan, NRC Handelsblad 21 december 2012.

68 Mont J. (May 2013) *How Compliance Saved Tyco*, interview with Tyco executives Ed Breen (Chairman), Matt Tanzer (Chief Compliance Officer) and Donal Sullivan (Third-party program leader), Compliance Week Magazine.