

Nederlandse ondernemingen en de UK Bribery Act

MR. DR. B.J.V. KEUPINK

Sinds 1 juli 2011 heeft het Verenigd Koninkrijk een inhaalslag gemaakt op het gebied van anticorruptieregeling. Onderdeel van de vernieuwing is dat het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van corruptie ook buiten de koninkrijks grenzen een groter bereik krijgt. Daarnaast heeft vooral de “failure to prevent bribery” door (niet-Britse) ondernemingen stof doen opwaaien. Het is echter de vraag of op korte termijn de UK Bribery Act daadwerkelijk ten aanzien van alle Nederlandse ondernemingen zal worden toegepast. Waar het effect van deze wet wel eens lijkt te worden overschat, lijken de Nederlandse anticorruptiebepalingen juist te worden onderschat. Ook vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief zou een onderneming betrokkenheid bij corruptie moeten willen voorkomen.

Per 1 juli 2011 is in het Verenigd Koninkrijk de Bribery Act 2010 (UKBA) in werking getreden.¹ De Crown Prosecution Service heeft laten weten dat inmiddels de eerste verdachte onder de UKBA voor de rechter is gebracht.² Het betreft een schoolvoorbeeld van omkoping. Een voormalig medewerker van een Magistrates Court in het Verenigd Koninkrijk heeft bekend ten minste één snelheidsovertreding van de rol te hebben gehaald voor een bedrag van £ 500. Hij is op 18 november 2011 veroordeeld tot drie jaren gevangenisstraf wegens schending van art. 2 UKBA.³

De UKBA kan ook worden toegepast ten aanzien van niet-Britse ondernemingen. Dat is van belang voor Nederlandse ondernemingen met een band met het Verenigd Koninkrijk. Het is echter lastiger om tot vervolging over te gaan als bijvoorbeeld werknemers van niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen buiten het Verenigd Koninkrijk zich schuldig maken aan omkoping. Onder omstandigheden kan evenwel ook in dergelijke gevallen de UKBA worden toegepast ten aanzien van de onderneming. Dat zal minder eenvoudig zijn dan in het voornoemde geval van de gerechts-

secretaris die zich liet omkopen. De wetgever in het Verenigd Koninkrijk heeft die complexiteit voorzien en heeft ervoor gekozen een ruime strafbaarstelling in het leven te roepen ten aanzien van ondernemingen die er simpelweg niet in slagen schending van de UKBA te voorkomen (art. 7 UKBA). Onderhavig artikel gaat over laatstgenoemde strafbaarstelling, rechtsmacht, “facilitation payments” en opportuniteit van vervolging. Er wordt afgesloten met de conclusie dat in Nederland vermoedelijk minder hoeft te worden gevreesd voor handhaving van de UKBA dan gedacht, maar dat tegelijkertijd het bereik van de Nederlandse anticorruptieregeling niet mag worden onderschat.

Korte achtergrond UKBA

De invoering van de UKBA moet tegen de achtergrond worden geplaatst van een internationaal sinds eind jaren negentig van de vorige eeuw steeds sterker klinkende roep om op te treden tegen (grensoverschrijdende) corruptie.⁴ Met name vanuit de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) werd gerichte kritiek geuit op de toentertijd geldende anticorruptievoorzieningen in het Verenigd Koninkrijk.⁵ De UKBA dient ter vervanging

1 De Bribery Act 2010 (c. 23), http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf, geraadpleegd 3 november 2011.

2 The Crown Prosecution Service, 14 oktober 2011, ‘Court officer admits taking bribe in first prosecution under Bribery Act’, http://www.cps.gov.uk/news/press_releases/127_11/, geraadpleegd 3 november 2011.

3 In totaal kreeg hij zes jaren gevangenisstraf voor onder andere “misconduct in a public office”, <http://www.legalweek.com/legal-week/news/2126153/bribery-act-sentencing-court-clerk-handed-term>, geraadpleegd 18 november 2011.

4 L.G. Dunst, M.S. Diamant en T.R. Kung, ‘Hot off the press: resetting the global anti-corruption thermostat to the UK Bribery Act’, *Business Law International* 2011-3, p. 257-292, m.n. p. 257-261.

5 M. Vermeij en E. Perez, ‘Britse Bribery Act: het einde van de ‘facilitation payments’?’, *NJB* 2011-6, p. 363-367, m.n. p. 264.

van de sterk versplinterde en complexe anticorruptiebepalingen die in het Verenigd Koninkrijk golden. Onder andere zijn de Public Bodies Corrupt Practices Act uit 1889 en de Prevention of Corruption Act uit 1906 en 1916, ingetrokken. Met de invoering van de UKBA heeft het Verenigd Koninkrijk een flinke inhaalslag gemaakt. Men pleegt de

De eerste veroordeling onder de nieuwe UK Bribery Act is een feit: drie jaren gevangenisstraf.

UKBA over het algemeen te zien als variant van de Foreign Corrupt Practices Act uit de Verenigde Staten, maar dan “on steroids”.⁶ Of de daaruit sprekende angst voor de UKBA wel helemaal terecht is, valt nog te bezien.

Voor de interpretatie van de UKBA is niet alleen de uitgebreide wet zelf maar ook andere toelichting relevant, te weten de UKBA Explanatory notes (Explanatory notes),⁷ de UKBA Guidance van de Secretary of State for Justice (Guidance),⁸ de UKBA Quick Start guide van het Ministry of Justice (Quick start guide),⁹ de UKBA Joint prosecution guidance van de Directors of Public Prosecutions en van de director van het Serious Fraud Office (Joint prosecution Guidance),¹⁰ de Code for Crown Prosecutors 2010¹¹ en de Guidance on Corporate Prosecutions.¹² De meest recente officiële toelichting, de Circular van de Criminal Law Policy Unit van het Ministry of Justice van 27 juni 2011,¹³ bevat weinig nieuws met betrekking tot art. 7 UKBA.

Vier strafbaarstellingen in de UKBA

In de UKBA zijn verschillende strafbaarstellingen afgekondigd. Het betreft drie min of meer traditionele strafbaarstellingen (art. 1, 2 en 6 UKBA) en één bijzondere nieuwe variant (art. 7 UKBA). Laatstgenoemde bepaling wordt hieronder apart besproken. De drie eerstgenoemde bepalingen houden in de kern het volgende in. Allereerst is het aanbieden, beloven of geven van voordeel aan een persoon strafbaar als de omkoper beoogt iemand over te halen diens “relevant function or activity” onbehoorlijk te vervullen of daarvoor te belonen (art. 1 UKBA). Daarnaast is het vragen, afspreken te ontvangen of aanvaarden van een voordeel strafbaar als de omgekochte daarmee beoogt een “relevant function or activity” onbehoorlijk te (laten) vervullen (art. 2 UKBA). Onder “relevant function or activity” worden onder andere begrepen iedere functie met publiek karakter en iedere aan “business” gekoppelde activiteit (art. 3 UKBA). Voorts is de omkoping van buitenlandse ambtenaren strafbaar (art. 6 UKBA).

Deze drie bepalingen kunnen onder omstandigheden ook door rechtspersonen en daarin werkzame leidinggevenden worden overtreden (art. 14 lid 2 UKBA). Het is verder opvallend dat zogenaamde “facilitation payments”, anders dan bijvoorbeeld in Nederland¹⁴ en de Verenigde Staten, ook nadrukkelijk als omkoping kunnen worden bestraft. Voor het bestaan van Britse rechtsmacht ten aanzien van deze drie delicten is van belang dat ze worden begaan in enig deel van het Verenigd Koninkrijk of, voor zover het wordt begaan buiten het Verenigd Koninkrijk, door iemand met een “close connection” met het Verenigd Koninkrijk (art. 12 leden 2 en 3 UKBA). Naast een onderdaan van het Verenigd Koninkrijk wordt tot persoon met een “close connection” onder andere ook gerekend een “individual ordinarily resident in the United Kingdom” (art. 12 lid 4, onder g UKBA).¹⁵

Eén van de voornaamste bepalingen in de UKBA is de hierboven reeds genoemde strafbaarstelling van het niet voorkomen door ondernemingen van omkoping (art. 7 UKBA). Deze strafbaarstelling heeft in potentie een vergaand bereik. Ik beperk mij in het navolgende tot deze voor Nederlandse ondernemingen ogenschijnlijk meest pregnante bepaling.

Failure to prevent bribery (art. 7-8 UKBA)

De meest opvallende bepaling uit de UKBA is de bepaling die lijkt op wat wij in Nederland generaliserend aanmerken als een zorgplichtbepaling. Het betreft de zogenaamde “failure to prevent bribery”. Art. 7 lid 1 UKBA luidt als volgt:

- 6 L.G. Dunst, M.S. Diamant en T.R. Kung, ‘Hot off the press: resetting the global anti-corruption thermostat to the UK Bribery Act’, *Business Law International* 2011-3, p. 257-292, m.n. p. 260. Zie tevens A. Pearson en L. Sneddon, ‘UK Bribery Act 2010. Putting in place adequate anti-bribery procedures’, *Tijdschrift voor compliance* 2011-4/5, p. 209-212; M. Vermeij en E. Perez, ‘Britse Bribery Act: het einde van de ‘facilitation payments?’ *NJB* 2011-6, p. 363-367; E. Perez en M. Vermeij, ‘Nederlandse ondernemingen Bribery Act proof? Britse richtlijnen eindelijk gepubliceerd’, *NJB* 2011-16, p. 1100-1101; J.P. van Suchtelen en S. Bleker, ‘De Britse Bribery Act 2010 – strenge nieuwe anti-corruptiewetgeving’, *Tijdschrift voor compliance* 2010-5, p. 234-236 en E.F. Barker, ‘The UK Bribery Act 2010 and its relevance for Dutch Corporates’, *V&O* 2011-1, p. 10-13.
- 7 UKBA Explanatory notes, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpgaen_20100023_en.pdf, geraadpleegd 3 november 2011.
- 8 Ministry of Justice UKBA Guidance, <http://www.justice.gov.uk/downloads/guidance/making-reviewing-law/bribery-act-2010-guidance.pdf>, geraadpleegd 3 november 2011.
- 9 Ministry of Justice UKBA Quick Start Guide, <http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-quick-start-guide.pdf>, geraadpleegd 3 november 2011.
- 10 Joint Prosecution Guidance UKBA, <http://www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery%20act%20joint%20prosecution%20guidance.pdf>, geraadpleegd 3 november 2011.
- 11 Code for Crown Prosecutors 2010, <http://www.cps.gov.uk/publications/docs/code2010english.pdf>, geraadpleegd 3 november 2011.
- 12 Guidance on Corporate Prosecutions, <http://www.sfo.gov.uk/media/65228/com1%20joint%20guidance%20on%20corporate%20prosecutions%20for%20publication%20v1.pdf>, geraadpleegd 3 november 2011.
- 13 Ministry of Justice UKBA Circular, <http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/circulars/bribery-act-2010-circular-2011-5.pdf>, geraadpleegd 3 november 2011.

14 Het gebruikmaken van “facilitation payments” is in Nederland wel strafbaar, maar wordt door het Openbaar Ministerie niet vervolgd gezien de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland’, (Start. 13663, 26 juli 2011), p. 5.

15 Dit is een ander vereiste dan het hieronder nog te bespreken “carries on part of a business” in het Verenigd Koninkrijk.

“A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending–

(a) to obtain or retain business for C, or

(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.”

In deze bepaling komt een aantal bestanddelen voor dat in de UKBA zelf nader wordt uitgewerkt. Onder andere wordt daarin stilgestaan bij wat moet worden verstaan onder “relevant commercial organisation” (art. 7 lid 5 UKBA), “a person associated with a relevant commercial organisation” (art. 7 lid 4 en art. 8 UKBA) en het werkwoord “bribe” (art. 7 lid 3 UKBA).

Relevant commercial organisation

Een “relevant commercial organisation” is een naar het recht van het Verenigd Koninkrijk opgericht lichaam (“body”) dat “carries on a business” ergens ter wereld. Een “relevant commercial organisation” is ook ieder ander lichaam – waar ook ter wereld gevestigd of opgericht – dat “carries on a business, or part of a business” in enig deel van het Verenigd Koninkrijk. Onder “business” wordt in art. 7 UKBA mede een “trade or profession” begrepen. Wat voor deze lichamen geldt, geldt ook voor “partnerships”. Het voorgaande betekent – vrij vertaald – dat iedere onderneming die deels werkzaamheden verricht in een deel van het Verenigd Koninkrijk, onder deze bepaling valt. Deze ondernemingen zijn geadresseerden van art. 7 UKBA.

Voor wat betreft de vraag of een onderneming “carries on a business” in het Verenigd Koninkrijk is het overigens uiteindelijk aan de rechter om in individuele gevallen te bepalen of daarvan sprake is. Daarbij moet worden gewerkt vanuit een “common sense” benadering. Dat betekent dat ondernemingen zonder “demonstrable business presence” in het Verenigd Koninkrijk buiten het bereik van de UKBA vallen.¹⁶ Het hebben van een dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk houdt op zichzelf niet in dat de moeder daar ook “business” uitoefent. Een dochter kan immers onafhankelijk zijn.¹⁷

Associated person

Het bestanddeel “a person associated with a relevant commercial organisation” is uitgewerkt in art. 8 UKBA. Voor bestraffing op basis van art. 7 UKBA moet de persoon die de omkopingsgedraging verricht, een persoon zijn “who performs services for or on behalf of” de onderneming. De precieze hoedanigheid van de omkopende persoon is niet van belang. Deze persoon kan bijvoorbeeld een werknemer, tussenpersoon of vertegenwoordiger zijn.¹⁸ Een verbonden persoon kan ook een leverancier of aannemer zijn.¹⁹ In hoe-

verre door deze persoon voor of ten behoeve van de onderneming inspanningen worden betracht, moet worden bepaald aan de hand van “all the relevant circumstances” en niet slechts door te kijken naar de aard (“nature”) van het verband tussen de omkopende persoon en de onderneming. Maar, in het geval de omkopende persoon een werknemer is van de onderneming, wordt zonder meer verondersteld dat de omkopende persoon een met de onderneming verbonden persoon is.²⁰

To bribe

Voor de invulling van het gedragsbestanddeel “to bribe” wordt aangehaakt bij de andere strafbaarstellingen uit de UKBA. De aan de onderneming verbonden persoon koopt een ander om als sprake zou zijn van één van de delicten uit art. 1 of 6 UKBA (art. 7 lid 3, onder a UKBA). Daaronder moeten ook deelnemingsvormen als medeplegen worden begrepen.²¹

Overigens hoeft de achterliggende omkopingstransactie niet te zijn afgerond aangezien de UKBA ziet op de gedraging en niet op het resultaat.²² Daarnaast is evenmin – anders dan bij op zichzelf staande overtreding van art. 1 of 6 UKBA – vereist dat de aan de onderneming verbonden persoon een “close connection” heeft met het Verenigd Koninkrijk (art. 7 lid 3, onder b UKBA). Voorts is niet vereist dat de verbonden persoon ook daadwerkelijk zelf is vervolgd. Wel zal de vervolgende instantie “beyond reasonable doubt” moeten bewijzen dat de verbonden natuurlijke persoon strafbaar zou zijn onder art. 1 of 6 UKBA als hij persoonlijk zou worden vervolgd.²³ Dat bewijs is lang niet altijd even eenvoudig te leveren. Als, bijvoorbeeld in het geval van art. 6 UKBA, al kan worden bewezen dat een voordeel is aangeboden, beloofd of gegeven, dan moet vervolgens nog worden aangetoond dat er een “sufficient connection” is tussen het voordeel en de bedoeling “business” of een “business advantage” te bewerkstelligen (art. 6 UKBA).²⁴ Bovendien moet die intentie voor art. 7 UKBA zijn gericht op een, kort gezegd, bedrijfsvoordeel voor de onderneming. Tot slot is namelijk voor toepassing van art. 7 UKBA van belang dat de verbonden persoon met zijn

Onder de Bribery Act blijven “facilitation payments” strafbaar.

omkopingsgedraging beoogt “business” te verkrijgen of te behouden voor de onderneming waaraan hij verbonden is of dat hij beoogt een voordeel te verkrijgen voor de uitvoering van “business” voor de onderneming.

16 Guidance, p. 15.

17 Guidance, p. 15.

18 Art. 8 lid 3 UKBA.

19 Guidance, p. 16. Mogelijk schakelen deze personen weer anderen in. Om het risico van overtreding van de UKBA in deze “supply chain” of “contractual chain” te vermijden, zou een onderneming volgens de Guid-

ance bepaalde algemene voorwaarden kunnen stellen of gericht due diligence onderzoek kunnen verrichten.

20 Art. 8 lid 5 UKBA.

21 Explanatory notes, alinea 51.

22 Joint Prosecution Guidance, p. 5.

23 Explanatory notes, alinea 51 en Guidance, p. 9

24 Guidance, p. 13 en 17.

Naar de letter gelezen blijkt art. 7 UKBA aldus een zeer ruime bepaling te zijn. Niet is vereist dat de concrete omkopingsgedraging in (een deel van) het Verenigd Koninkrijk plaatsvond of dat bij die omkopingsgedraging een persoon was betrokken die enige connectie heeft met het Verenigd Koninkrijk. Slechts is vereist dat de onderneming ten min-

personen.²⁹ De vervolgende instantie zal de Guidance moeten betrekken bij de beoordeling van de adequaatheid van de anticorruptieprocedures van ondernemingen.³⁰

Guidance: six principles

De Secretary of State for Justice begrijpt dat het niet mogelijk is voor een onderneming om beleid of procedures in werking te hebben waarmee *alle* corruptie wordt opgespoord en voorkomen.³¹ De Guidance kent daarom een risk-based benadering. De zes uitgangspunten uit de Guidance voor “adequate procedures” tegen omkoping hebben betrekking op (i) “proportionate procedures”, (ii) “top-level commitment”, (iii) “risk assessment”, (iv) “due diligence”, (v) “communication (including training)” en (vi) “monitoring and review”.

De “six principles” kunnen al naar gelang de omvang van de onderneming, de sector waarin de onderneming zich beweegt, de structuur van de organisatie en de locatie, schaal en aard van de werkzaamheden meer of minder toepasselijk zijn.³² In zeer kleine ondernemingen zou de directeur bijvoorbeeld periodiek mondeling het belang van het tegengaan van corruptie en het naleven van het bijbehorende interne beleid, kunnen benadrukken.³³ In een grote multinationale onderneming zal dat vele malen gestructureerder moeten plaatsvinden. In beide gevallen is het evenwel raadzaam dat de anticorruptieprocedure wordt gedocumenteerd zodat eventueel het verweer dat de onderneming adequate procedures in werking had, kan worden onderbouwd.

Vergelijking met Nederland: rechtsmacht

De UKBA komt grotendeels overeen met de Nederlandse anticorruptiebepalingen.

- Actieve en passieve omkoping in het kader van relevante functie of activiteit (art. 1 en 2 UKBA en art. 177, 177a, 328ter, 362 en 363 Wetboek van strafrecht (Sr));
- Omkoping van buitenlandse ambtenaren (art. 6 UKBA en art. 177 en 177a jo. 5 lid 1, sub 2 Sr);
- Omkoping door rechtspersonen en “senior officers” (art. 7 en 14 UKBA en art. 51 lid 1 en 2 Sr).³⁴

De Nederlandse rechtsmacht reikt internationaal echter een fractie minder ver dan die van het Verenigd Koninkrijk onder de UKBA. Over het algemeen is, op een paar uitzonderingen³⁵ na, voor Nederlandse rechtsmacht ten

29 Art. 7 lid 4 en art. 9 UKBA. De Guidance is 30 maart 2011 gepubliceerd.

30 Joint Prosecution Guidance, p. 11.

31 Guidance, p. 7 en 8.

32 Guidance, p. 6 en 20-31.

33 Quick start guide, p. 5.

34 Overigens kent Nederland nog meer specifieke anticorruptiebepalingen dan de hier genoemde, bijvoorbeeld betreffende de omkoping van rechters (art. 178 en 364 Sr).

35 Dubbele strafbaarheid is niet vereist in geval van omkoping in het kader van de rechtspleging van het Internationaal strafhof (art. 5 lid 1, onder 1 Sr) en in de twee gevallen van art. 6 Sr, te weten de Nederlandse ambtenaar die buiten Nederland een ambtsmisdrijf begaat en de persoon,

Ondernemingen zonder “demonstrable business presence” in het Verenigd Koninkrijk vallen buiten het bereik van de Bribery Act.

ste “part of a business” uitvoert binnen enig deel van het Verenigd Koninkrijk. In hoeverre de daadwerkelijke omkopingsgedraging elders plaatsvond, is niet van belang voor het starten van strafrechtelijke vervolging in het Verenigd Koninkrijk (art. 12 lid 5 en 6 UKBA). Wel is van belang dat de aan de onderneming verbonden persoon een omkopingsgedraging beging. De maximale sanctie die een onderneming vervolgens boven het hoofd hangt voor overtreding van art. 7 UKBA is een ongelimiteerde boete (art. 11 lid 3 UKBA).

Verweer: adequate procedures in werking

Hoewel art. 7 UKBA in potentie een verstrekkende strafbepaling kan zijn, wordt in de UKBA tegelijkertijd voorzien in één mogelijke uitvlucht voor de geadresseerde onderneming. De onderneming kan zich verweren door aan te tonen dat de onderneming “adequate procedures” in werking had die waren ontworpen om te voorkomen dat aan de onderneming verbonden personen zich schuldig maken aan omkoping als bedoeld in art. 1 of 6 UKBA. Op de onderneming drukt de last aan de hand van de “balance of probabilities” te bewijzen dat adequate procedures in werking waren.²⁵ Dat is omwille van het nemo tenetur-beginsel een minder vergaande toets dan “beyond reasonable doubt”. Het is uiteindelijk aan de rechter om per individueel geval te bepalen of de toepasselijke procedures als “adequate” kunnen worden aangemerkt.²⁶ De vervolgende instantie dient, alvorens tot vervolging over te gaan, te anticiperen op dit verweer en te bezien of sprake is van zodanig toereikend bewijs dat daadwerkelijk zicht op een veroordeling bestaat.²⁷ Een alleenstaand geval van omkoping betekent bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs dat de anticorruptieprocedures van een onderneming, niet adequaat zijn.²⁸

Wat precies onder “adequate procedures” moet worden verstaan, is niet uitgewerkt in de UKBA. Wel is in de UKBA aan de Secretary of State for Justice de verplichting opgelegd concrete Guidance uit te vaardigen betreffende procedures die ondernemingen in werking kunnen hebben ter voorkoming van omkopingsgedragingen door verbonden

25 Guidance, p. 15; Explanatory notes, alinea 50 en Joint Prosecution Guidance, p. 11.

26 Guidance, p. 6.

27 Joint Prosecution Guidance, p. 11.

28 Joint Prosecution Guidance, p. 11.

aanzien van omkopingsgedragingen buiten Nederland ten minste dubbele strafbaarheid vereist.³⁶ Wil Nederland dus in dit kader buiten de landsgrenzen rechtsmacht hebben dan moet, kort gezegd, ook in het buitenland op de omkopingsgedraging straf zijn gesteld. Variërend per delict geldt bovendien voor buiten Nederland begane omkoping dat de dader een Nederlander of Nederlandse rechtspersoon is (art. 5 lid 1, onder 2 Sr) of dat het delict is gepleegd tegen een Nederlandse ambtenaar (die niet de Nederlandse nationaliteit hoeft te hebben) of een Nederlander die ambtenaar is in een vreemde staat (art. 4 onder 9 Sr). Een grote hindernis voor het Nederlandse Openbaar Ministerie hoeft de dubbele strafbaarheid echter niet te zijn. In veel andere landen staat namelijk op (een vorm van) corruptie straf gesteld. Zie daarover nader hieronder.

Het vereiste van dubbele strafbaarheid wordt in de UKBA daarentegen in het geheel niet gesteld. Er wordt slechts een (smalle) band tussen de onderneming en het Verenigd Koninkrijk verlangd. Ook als in het land waar de omkopingsgedraging wordt begaan geen sprake is van een strafbaar feit naar het ter plaatse geldende recht, dan nog kan de betreffende gedraging in het Verenigd Koninkrijk worden bestraft. Dat houdt in dat een onderneming met banden met het Verenigd Koninkrijk overal ter wereld theoretisch bloot staat aan het risico van strafrechtelijke vervolging wegens het schenden van de UKBA, zelfs als daarbij geen Britse onderdanen zijn betrokken en de feiten zich afspelen in een land waar omkoping niet strafbaar is.

Hospitality expenditures en facilitation payments

Een andere reden waarom de UKBA door sommigen als verstrekkend wordt ervaren, is de afwijking ten opzichte van andere landen met betrekking tot de positie van zogenaamde “facilitation payments”.

Onder de UKBA wordt onderscheid gemaakt tussen “hospitality expenditures” en “facilitation payments”. Tot op zekere hoogte zijn “hospitality or promotional expenditures” acceptabel. “The Government does not intend that genuine hospitality or similar business expenditure that is *reasonable and proportionate* be caught by the Act (...)” (cursivering BK).³⁷ Zolang de betreffende uitgave redelijk en proportioneel³⁸ is in het licht van het type onderneming dat wordt gedreven, is het “very unlikely” dat de UKBA zal worden aangewend. Indicaties van “expenditures” die toch moeten worden gezien als corruptie kunnen zijn dat sprake

is van overdaad of verkwisting, dat de uitgave wordt verborgen of dat de uitgave niet duidelijk is gekoppeld aan legitieme praktijken.³⁹ Toegangskarten voor sportwedstrijden en het dineren met cliënten is in beginsel niet problematisch.⁴⁰

Dat is anders voor “facilitation payments”. “Facilitation payments” zijn “payments to induce officials to perform routine functions they are otherwise obligated to perform, are bribes.”⁴¹ Uitzonderingen voor “facilitation payments” werden in het Verenigd Koninkrijk ook al niet onder de oude anticorruptieregelgeving gemaakt.⁴² Weliswaar wordt in de Guidance het probleem erkend dat het in sommige delen van de wereld en in bepaalde sectoren moeilijk zal zijn om weg te blijven van “facilitation payments”, maar ondernemingen spelen volgens de Secretary of State for Justice zelf voor het bestaan van “facilitation payments” evengoed een rol en zullen ook deze vorm van corruptie moeten weerstaan.⁴³

De vervolgende instantie in het Verenigd Koninkrijk zal echter eerst alle omstandigheden van het geval meewegen bij het bepalen van de bewijsbaarheid van de “facilitation payment” en zal daarna bezien of vervolging in het “public interest” is.⁴⁴ Of vervolging van omkoping in algemene zin, los van “facilitation payments”, opportuun is, is ten dele uitgewerkt in de Joint Prosecution Guidance. Daarin wordt, in navolging van de Full Code Test uit de Code for Crown Prosecutors,⁴⁵ onderscheiden tussen de “evidential stage” en de “public interest stage”.⁴⁶ Als er bijvoorbeeld te weinig bewijs is, wordt aan de stap van het maatschappelijk belang niet toegekomen. Wordt wel aan de stap van het maatschappelijk belang toegekomen, dan is dat vervolgens niet een eenvoudige optelsom van factoren maar zullen alle factoren zorgvuldig tegen elkaar moeten worden afgewo-

Zoals het effect van de Bribery Act lijkt te worden overschat, zo wordt het Nederlandse strafrecht onderschat.

gen. Daarbij kan het zo zijn dat één factor zelfstandig opweegt tegen alle andere relevante factoren.⁴⁷ Voorbeelden van factoren die pleiten voor vervolging in het Verenigd Koninkrijk zijn dat het delict is begaan door een groep, dat het delict ernstiger delicten faciliteerde of dat het is begaan tegen iemand in een publieke functie. Tegen vervolging pleit in algemene zin bijvoorbeeld dat sprake was van een misverstand, dat er weinig schade is opgetreden of dat de

werkende in Nederland bij een volkenrechtelijke organisatie, die zich buiten Nederland laat omkopen.

36 J. van Zijl en W.J. Veldhuis, ‘Buitenlandse corruptie: een binnenlandse zaak. De theorie en de weerbarstige praktijk van de aanpak van buitenlandse corruptie’, *Strafblad* 2009-1, p. 47-56 en H. de Doelder en G. Smid, ‘Het verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie: waardevol voor Nederland?’, *Delikt & Delinkwent* 2008-6, p. 833-854.

37 Quick start guide, p. 7.

38 De Joint Prosecution Guidance voegt aan deze twee criteria nog toe dat de expenditure is gedaan “in good faith”, Joint Prosecution Guidance, p. 10. In de Guidance (p. 12-14) is dit criterium niet te vinden.

39 Joint Prosecution Guidance, p. 10.

40 Quick start guide, p. 7.

41 Quick start guide, p. 7. “Legally required administrative fees” zijn geen facilitation payments.

42 Joint Prosecution Guidance, p. 9 en Guidance, p. 18.

43 Guidance, p. 18.

44 Quick start guide, p. 7.

45 Code for Crown Prosecutors 2010, p. 7-15.

46 Joint Prosecution Guidance, p. 4 en Guidance, p. 19.

47 Code for Crown Prosecutors 2010, p. 10.

dader een zeer geringe rol vervulde.⁴⁸

Naast deze algemene factoren kent de Joint Prosecution Guidance specifiek ten aanzien van “facilitation payments” aparte factoren. Eén daarvan is de situatie waarin de onderneming een duidelijke en passende regeling heeft waarin procedures zijn uiteengezet die een individu moet volgen wanneer om “facilitation payments” wordt gevraagd. Als de betreffende procedures correct zijn nageleefd, is dat – bezien vanuit het maatschappelijk belang bij vervolging – een contra-indicatie. Als de betreffende procedures echter niet zijn gevolgd, is dat een factor die indiceert dat vervolging juist wel in het maatschappelijk belang is.⁴⁹ Een ander voorbeeld betreft de eenmalige kleine betaling die waarschijnlijk slechts een verhoudingsgewijs kleine sanctie zou opleveren enerzijds, tegenover omvangrijke en/of herhaalde betalingen die waarschijnlijk in een aanzienlijke straf zullen resulteren anderzijds.⁵⁰ Deze beperkte mate van flexibiliteit in het vervolgingsbeleid zal volgens de Guidance behulpzaam zijn bij het verzekeren van een “just and fair” toepassing van de UKBA.⁵¹

Reële dreiging vanuit het Verenigd Koninkrijk?

Het voorgaande overziend, staat een Nederlandse onderneming die weleens zaken doet met partijen in het Verenigd Koninkrijk in theorie bloot aan het risico van strafrechtelijke vervolging in het Verenigd Koninkrijk als bijvoorbeeld een vertegenwoordiger in Azië een Zuid-Amerikaan omkoopt ten behoeve van de onderneming. Praktisch zou het met dat risico echter wel eens kunnen meevallen. Als de handhavers van de UKBA in het Verenigd Koninkrijk hun onderzoeksmiddelen al willen inzetten (en dus kosten willen maken) in verband met de UKBA, dan lijkt het niet aannemelijk dat daarvoor gevallen worden gekozen die een minimale band met het Verenigd Koninkrijk hebben. In zijn speech aan de vooravond van de inwerkingtreding van de UKBA liet director Alderman van het Serious Fraud Office weten dat in zijn beleving het “criminal justice system” in het Verenigd Koninkrijk nog niet over al het benodigde gereedschap beschikt om toereikend gevallen aan te pakken die zich uitspreiden over verschillende jurisdicties.⁵² Dat zou volgens Alderman moeten worden ontwikkeld met behulp van nieuwe wetgeving. Daarnaast volgt uit de diverse hierboven besproken toelichtingen dat op verschillende onderdelen “common sense” en redelijkheid de uitgangspunten zullen zijn bij de invulling en handhaving van de UKBA. Ook de vervolgende instantie in het Verenigd Koninkrijk zal zich moeten afvragen of een dossier wel binnen het bereik van de verschillende “guidances” valt voordat tot ver-

volging onder art. 7 UKBA wordt besloten. Zoals hierboven uiteengezet, is daaronder onder meer begrepen dat de vervolgende instantie “beyond reasonable doubt” bewijst dat de verbonden natuurlijke persoon strafbaar zou zijn onder art. 1 of 6 UKBA als hij *wel* persoonlijk was vervolgd.⁵³

Bij de vraag of strafrechtelijke vervolging wordt gestart, speelt ook de mate waarin de onderneming meewerkt en volledige openheid geeft een rol.⁵⁴ Het is daarom met name bij eenmalige omkoopincidenten van belang dat de onderneming transparant is. Zeker als bij het betreffende incident geen persoon is betrokken met een “close connection” met het Verenigd Koninkrijk, en dus vervolging van de onderneming zelf op basis van art. 1, 2 of 6 UKBA niet aan de orde kan zijn, wordt door een coöperatieve houding de kans op strafrechtelijke vervolging in het Verenigd Koninkrijk verkleind. Daarmee is dan overigens nog niets gezegd over vervolging in Nederland.

Voor Nederlandse ondernemingen bestaat in verband met dezelfde omkoping in het buitenland gevaar voor Nederlandse strafrechtelijke handhaving. Ook Nederlandse strafrechtelijke vervolging is immers mogelijk voor omkoping in het buitenland als een vertegenwoordiger van een Nederlandse onderneming in Azië een Zuid-Amerikaan omkoopt ten behoeve van de onderneming (art. 5 lid 1, onder 2 Sr jo. art. 51 jo. 328ter lid 2 Sr). Een zeer groot aantal landen is inmiddels aangesloten bij verdragen waarin wordt aangedrongen op strafbaarstelling van (publieke en private) omkoping.⁵⁵ Tegen die achtergrond zouden Nederlandse ondernemingen reeds langer adequate anticorruptieprocedures in werking moeten hebben. Zo grensverleggend is art. 7 UKBA op dit onderdeel dus ook weer niet, al vallen de gevolgen van het wederom geen uitzondering maken voor “facilitation payments” nog te bezien.

Guidance bij open normen

Het voorgaande neemt niet weg dat in materiële zin strafbaarstellingen zoals art. 7 UKBA voor de geadresseerde zeer bewerkelijk zijn omdat deze bepalingen bij het minste of geringste al worden overtreden zonder dat de geadresseerde een eigen gedraging begaat. Ik wil daarom tot slot kort stilstaan bij het lovenswaardige bestaan van de wettelijke verplichting voor de Secretary of State for Justice om in de vorm van Guidance met een concrete invulling van art. 7 UKBA te komen.⁵⁶ Waar in Nederland met vergelijkbare strafbepalingen (bijvoorbeeld zorgplichtbepalingen) wordt gewerkt zonder daadwerkelijke voorafgaande inkleuring van de strafrechtelijke gedraging door de wetgevende instantie, is in het Verenigd Koninkrijk onder de UKBA de

48 Code for Crown Prosecutors 2010, p. 11-15.

49 Joint Prosecution Guidance, p. 8-9.

50 Joint Prosecution Guidance, p. 8-9.

51 Guidance, p. 19.

52 Toespraak van de Director van het Serious Fraud Office op 30 juni 2011, <http://www.sfo.gov.uk/about-us/our-views/director's-speeches/speeches-2011/trace---anti-bribery-compliance-solutions.aspx>, geraadpleegd op 3 november 2011.

53 Explanatory notes, alinea 51 en Guidance, p. 9.

54 Guidance, p. 8.

55 Te weten de African Union Convention on Preventing and Combating Corruption 2006; de Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption 2002 en de United Nation Convention against Corruption 2005. Zie voorts Transparency International, *Global corruption report 2009. Corruption and the Private Sector*, New York: Cambridge University Press 2009.

56 Art. 9 UKBA.

wetgever verplicht met specifieke Guidance te komen. Die verplichting maakt de keuze voor de vorm van dergelijke strafbepalingen draaglijker.

In Nederland zijn zowel wetgever als toezichhouders vaak huiverig invulling te geven aan open geformuleerde normen.⁵⁷ Onlangs liet de minister van Financiën niettemin weten voornemens te zijn verkennend onderzoek te doen naar het invoeren van een “generieke zorgplicht” voor het gehele financiële toezichtrecht. De minister lijkt kansen te zien in zorgplichtbepalingen als containerbegrip.⁵⁸ Het bezwaarlijke daarvan is echter dat het bijzonder lastig is voor een geadresseerde om, zodra eenmaal wordt vervolgd, te ontkomen aan sanctionering op basis van zorgplichtbepalingen.⁵⁹ Wellicht is het een idee om naar UKBA-model de toepassing van een “generieke zorgplicht” in dergelijke gevallen afhankelijk te stellen van wettelijk verplichte richtlijnen.

Slotsom

Sinds 1 juli 2011 heeft het Verenigd Koninkrijk een inhaalslag gemaakt op het gebied van anticorruptieregelgeving. Onderdeel van de vernieuwing is dat het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van corruptie ook buiten de koninkrijksgrenzen een groter bereik krijgt. Het is echter de vraag of op korte termijn de UKBA daadwerkelijk ten aanzien van alle Nederlandse ondernemingen zal worden toegepast. Het lijkt aannemelijk dat de handhaving eerst zal zijn gericht op (rechts)personen met een aantoonbare “business presence” in het Verenigd Koninkrijk.

Waar het effect van de UKBA wel eens lijkt te worden overschat, lijken de Nederlandse anticorruptiebepalingen juist te worden onderschat. Ook vanuit Nederlands strafrechtelijk perspectief zou een onderneming betrokkenheid bij corruptie moeten willen voorkomen. Een logische invulling van dat streven zou kunnen worden gevonden in het in werking hebben van specifiek anticorruptiebeleid en -procedures. De inwerkingtreding van de UKBA in het Verenigd Koninkrijk dit jaar vormt voor ondernemingen een mooi moment om reeds bestaande procedures tegen het licht te houden, of om voor (nog) niet bestaand beleid en procedures eens te kijken naar de handvatten waarin de UKBA en de bijbehorende Guidance voorzien.

Over de auteur

Mr. dr. Bart J.V. Keupink is advocaat bij NautaDutilh.

57 G.P. Roth, ‘Compliance, een illusie? Over de kenbaarheid van de norm’, in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 85-96, m.n. p. 89.

58 Toespraak van de Minister van Financiën op 12 oktober 2011, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2011/10/12/symposium-zorgplicht-en-financieel-toezichtrechtbank-in-rotterdam.html>, geraadpleegd op 3 november 2011.

59 A.R. Hartmann en B.J.V. Keupink, ‘Enkele opmerkingen over de reikwijdte van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid bij zorgplichten in de financiële toezichtswetgeving’, in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 85-109.