

Corporate enforcement in het Nederlandse strafrecht

mr. M. Stevens en mr. M. Paardekooper¹

1. Inleiding

In mei van dit jaar verscheen op de website van *Mr.* een bijdrage waarin gesproken werd over de verhoudingen tussen het Openbaar Ministerie (OM)/de FIOD en de advocatuur in het kader van megaschikkingen in strafzaken. Vanuit de advocatuur werd onder meer bepleit dat als het OM de schikkingspraktijk uit de Verenigde Staten (VS) zou willen kopiëren, het dan ook de *US Sentencing Guidelines* (USSG) zou moeten kopiëren, op grond waarvan bijvoorbeeld *self-reporting* (het zelf bij de autoriteiten melden van geconstateerde onregelmatigheden binnen het bedrijf) beloond wordt met een verlaging van het transactiebedrag.² Het OM gaf te kennen dat het momenteel aan het beoordelen is hoe een zelfmeldregeling en eventueel daarbij behorende strafrichtlijnen vorm moeten worden gegeven. Wij zullen eerst aan de hand van enkele Nederlandse megaschikkingen beschrijven wat naar ons idee momenteel de waarde is van *self-reporting* en andere door een bedrijf genomen of nog te nemen maatregelen in het kader van transacties met het OM. Vervolgens zullen wij de werking van de USSG beschrijven en daarbij ook ingaan op het *corporate enforcement* beleid van de Amerikaanse *Department of Justice* (DoJ). Daarna staan wij stil bij de voor- en nadelen van het Amerikaanse systeem om tot slot een aantal aanbevelingen te doen voor het nog door het OM te ontwikkelen Nederlandse *corporate enforcement* beleid.

2. Nederlands perspectief

Op dit moment bestaat in Nederland geen formeel OM-beleid over hoe wordt omgegaan met bedrijven die zich melden nadat zij (intern) onregelmatigheden hebben vastgesteld. Zelfmelders lopen dus het risico een grootschalig strafrechtelijk onderzoek over zichzelf af te roepen, met alle gevolgen van dien voor onder meer de bedrijfsvoering, hun reputatie en het management. Het OM zegt rekening te houden met de (proces)houding van een verdachte bij het bepalen van (de hoogte van) het transactie-

aanbod.³ De persberichten die het OM tegenwoordig publiceert naar aanleiding van megaschikkingen bieden enig zicht op de vraag of het dat ook daadwerkelijk doet.

SBM

Eind 2014 betaalde SBM Offshore N.V. (SBM) USD 240 miljoen wegens (ambtelijke en niet-ambtelijke) omkoping in onder meer Brazilië in de periode van 2007 tot en met 2011.⁴ In het persbericht van het OM zijn de redenen opgesomd op grond waarvan het besloten heeft SBM een transactie aan te bieden.⁵ De eerste reden die wordt genoemd is dat SBM de kwestie zelf bij de autoriteiten heeft gemeld (ofte wel *self-reporting*). Verder is opgenomen dat SBM een intern onderzoek heeft laten verrichten door gespecialiseerde advocatenkantoren en forensisch accountants en aan het strafrechtelijk onderzoek volledig heeft meegewerkt. SBM heeft daarnaast een scala aan maatregelen genomen om herhaling te voorkomen, waaronder verbetering van haar compliancebeleid.

VimpelCom

In 2016 heeft telecomprovider VimpelCom Ltd. (VimpelCom) een schikkingsvoorstel van USD 397,5 miljoen geaccepteerd wegens ambtelijke omkoping en valsheid in geschrift in de periode 2006 tot en met 2011.⁶ Tegelijkertijd kwam VimpelCom een schikking van hetzelfde bedrag overeen met de DoJ. Anders dan bij SBM, lijkt VimpelCom geen zelfmelder te zijn geweest. Het persbericht meldt dat in het kader van het strafrechtelijk onderzoek het hoofdkantoor van VimpelCom in Amsterdam is doorzocht. Wel heeft VimpelCom intern onderzoek laten uitvoeren en de autoriteiten van de uitkomsten daarvan op de hoogte gehouden. Verder hebben de Amerikaanse autoriteiten als voorwaarde aan de transactie gesteld dat – naast verbetering van compliance – een externe compliancemonitor wordt aangesteld voor een periode van drie jaar. Die moet zowel aan de autoriteiten in de VS als in Nederland rapporteren. Of het niet uit zichzelf

1. Madelon Stevens en Mitchell Paardekooper zijn advocaat bij JahaeRaymakers.

2. 'Advocatuur vs Fiod: gestrekt been hoeft niet', *Mr. Online*, 14 mei 2019.

3. Aldus M. van der Molen, woordvoester OM.

4. Dit bedrag bestaat uit USD 40 miljoen aan boete en USD 200 miljoen ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

5. <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@87202/sbm-offshore-betaalt/>.

6. <https://www.om.nl/@93225/vimpelcom-betaalt/>.

melden een strafverzwarende omstandigheid is geweest blijft onduidelijk, maar opvallend is wel dat VimpelCom voor een veel hoger bedrag dan SBM heeft getransigeerd, terwijl VimpelCom 'slechts' USD 144,5 miljoen aan steekpenningen betaalde en SBM USD 200 miljoen.⁷ Het is evenwel (ook) mogelijk dat de betrokkenheid van de VS een 'prijsofdrijvend' effect heeft gehad.

Telia

Uit het persbericht van de schikking wegens ambtelijke omkoping en valsheid in geschrift in de periode 2007 tot en met 2010 die Telia Company AB (Telia) met het OM in september 2017 overeen kwam (USD 274 miljoen), blijkt evenmin dat sprake is geweest van *self-reporting*.⁸ Bij het bepalen van de hoogte van de transactie stelt het OM rekening te hebben gehouden met het feit dat Telia aan het onderzoek heeft meegewerkt en haar interne onderzoeksgegevens beschikbaar heeft gesteld. Of Telia net als SBM en VimpelCom de autoriteiten periodiek heeft geïnformeerd over de voortgang van haar interne onderzoek blijkt niet uit het persbericht. Wel zou door het OM rekening zijn gehouden met het feit dat Telia maatregelen heeft genomen ter voorkoming van herhaling. Zo heeft zij onder meer een nieuw management aangesteld en een uitgebreid complianceprogramma opgestart.

ING

ING bank N.V. (ING) betaalde in september 2018 EUR 775 miljoen aan het OM wegens overtreding van de Wwft en schuldwitwassen, onder meer door betrokkenheid in de VimpelCom-kwestie.⁹ Het persbericht vermeldt niet dat ING zichzelf heeft gemeld bij het OM. Bij het bepalen van de hoogte van het transactiebedrag heeft het OM meegewogen dat ING heeft erkend dat er ernstige tekortkomingen zijn geweest, heeft meegewerkt aan het onderzoek en al gedurende het onderzoek een grootschalig herstel- en verbeterprogramma heeft opgesteld. Het programma wordt intensief gemonitord door DNB, hetgeen 'van doorslaggevend belang' is geweest voor het aanbieden van de transactie.

Samenvattend

In alle voorgaande persberichten wordt genoemd dat rekening is gehouden met de houding van het bedrijf bij de afweging om een transactie aan te bieden. Ook is in die berichten opgenomen dat de houding van de verdachte bepalend is geweest voor de hoogte van het transactiebedrag. Hoe (veel) voornoemde bedrijven van hun houding hebben geprofiteerd is echter niet duidelijk. Zo meldt het

persbericht inzake SBM dat een van de redenen om met SBM te transigeren tegen het bovengenoemde bedrag is dat zij een zelfmelder is. Hoeveel korting SBM dat heeft opgeleverd blijft echter onduidelijk. Het feit dat VimpelCom, Telia en ING vermoedelijk niet zelf gemeld hebben lijkt in elk geval niet van positieve invloed te zijn geweest op de hoogte van het transactiebedrag. Onduidelijk blijft ook in hoeverre de bovengenoemde bedrijven hebben geprofiteerd van bijvoorbeeld (het delen van de uitkomsten van) de interne onderzoeken, het meewerken aan het strafrechtelijk onderzoek en van verbeteringen aangebracht in het compliancebeleid.

3. Amerikaans perspectief

De USSG

In de Amerikaanse USSG zijn met het oog op het bepalen van een uniform straftoemtingsbeleid regels neergelegd die van toepassing zijn op de bepaling van de strafmaat voor natuurlijke personen en rechtspersonen die zijn veroordeeld wegens misdrijven en bepaalde overtredingen.¹⁰ De USSG zijn niet-bindende regels en tasten de rechterlijke straftoemtingsvrijheid dus niet of in beperkte mate aan.

De USSG zijn gedetailleerd en bieden veel (straftoemtings)informatie. Zo is er bijvoorbeeld een apart hoofdstuk (8) gewijd aan de *sentencing of organizations*. Aan de hand van het kader geschetst in dit hoofdstuk kan de straftoemting van bedrijven die wet- en regelgeving hebben overtreden tamelijk nauwkeurig worden bepaald. De USSG worden overigens niet alleen gebruikt voor straftoemting na een op een rechtszitting volgende schuldigverklaring, maar ook in *plea bargaining* verband, *deferred prosecution agreements* (DPA) en *non-prosecution agreements* (NPA). Aan de hand van een in de USSG toegekende *score* (aantal punten) kan de boete¹¹ tamelijk nauwkeurig – binnen een bepaalde bandbreedte – worden berekend.

Eerst wordt de *base level offence* score bepaald, zoals opgenomen in hoofdstuk 2 van de USSG. Die score wordt vervolgens aangevuld met andere elementen, waaronder *offence* karakteristieken (denk in geval van omkoping bijvoorbeeld aan aard en omvang van de betaalde steekpenningen en aan de hoedanigheid van de omkoper en de omgekochte). Alle punten die uit de elementen genoemd in hoofdstuk 2 voortvloeien worden bij elkaar opgeteld tot een zogenaamde *offence level* score. Met die score is de basisboete te bepalen aan de hand van een tabel opgenomen in hoofdstuk 8 USSG.

7. De bestraffende component van de schikking inzake VimpelCom bestaat uit USD 100 miljoen boete en USD 130 miljoen aan geschatte waarde van voorwerpen die vatbaar zijn voor verbeurdverklaring.
8. Tegelijkertijd heeft Telia een transactie met de DoJ gesloten. In totaal betaalde Telia USD 965 miljoen aan de Nederlandse en Amerikaanse autoriteiten.
9. <https://www.om.nl/@103953/ing-betaalt-775/>.

10. Class A misdemeanors.
11. Wij zullen in de volgende paragrafen steeds over boete (bedrag) spreken, omdat in de USSG veelal gesproken wordt over *fine*. Als in het kader van een DPA of een NPA een *fine* wordt betaald, dan zou dat in Nederland waarschijnlijk worden beschouwd als een transactie. Voor de leesbaarheid spreken wij hierna steeds over boete (bedrag).

Vervolgens wordt de *culpability score* bepaald. Met deze score wordt, kort gezegd, de verantwoordelijkheid voor de overtreding van wet- en regelgeving tot uitdrukking gebracht. De berekening van deze score gebeurt aan de hand van elementen genoemd in hoofdstuk 8 van de USSG. Van strafverhogende invloed op de *culpability score* zijn bijvoorbeeld de omvang van een bedrijf (werknemeraantallen), het strafblad en de vraag naar mogelijke betrokkenheid van *substantial authority personnel*. Twee factoren die de uiteindelijke straf van een bedrijf kunnen verminderen, zijn: (i) het bestaan van een effectief compliance- en ethiekprogramma en (ii) of sprake is (geweest) van *self-reporting*, medewerking aan het onderzoek en het nemen van verantwoordelijkheid (waarbij *self-reporting* de score sterker verlaagt dan het meewerken aan het onderzoek en het nemen van verantwoordelijkheid bij elkaar). Met de *culpability score* kan vervolgens aan de hand van een tabel de *minimum and maximum multiplier* worden vastgesteld. Daarmee kan de bandbreedte van de boete worden bepaald door de basisboete te vermenigvuldigen met de minimum en maximum multiplicator. Dit is kort gezegd hoe de USSG werken.

Kortom, de USSG lijken veel duidelijkheid te bieden over hoe de DoJ tot een concreet boetebedrag komt. Een bedrijf dat voor de vraag staat of het een onregelmatigheid zal melden bij de autoriteiten kan dus met behulp van de USSG redelijk goed haar positie (laten) bepalen.

FCPA Corporate Enforcement Policy

In dit verband staan wij ook stil bij de *FCPA12 Corporate Enforcement Policy* van de DoJ.¹³ Met dit beleid wil de DoJ bedrijven stimuleren om geconstateerde onregelmatigheden vrijwillig te melden (in het beleid wordt gesproken over *self-disclosure*) en samen te werken met de autoriteiten. De DoJ doet dat door transparant te zijn over de voordelen van samenwerking, de mogelijke uitkomst van onderzoeken en handhavingsacties.¹⁴ Het beleid was aanvankelijk alleen van toepassing op *FCPA*-schendingen, maar inmiddels is de reikwijdte vergroot naar *other types of potential wrongdoing*.¹⁵

Om in aanmerking te kunnen komen voor voordelen, moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan.

Kort gezegd, dient een bedrijf vrijwillig een onregelmatigheid te melden, volledig medewerking te verlenen aan het onderzoek door de autoriteiten en tijdig adequate (herstel)maatregelen te nemen. Van een vrijwillige melding is (nog) sprake als deze gedaan is binnen een redelijke termijn nadat een onregelmatigheid aan het licht is gekomen en voordat openbaarmaking of onderzoek van overheidswege dreigt. Verder moet een bedrijf alle relevante informatie, ook ten aanzien van betrokken individuen, verstrekken.

Met de in het beleid genoemde maatregelen wordt onder meer beoogd de oorzaak van een onregelmatigheid te onderzoeken en herhaling daarvan te voorkomen. De DoJ verwacht dat gepaste maatregelen worden genomen ten aanzien van de bij de onregelmatigheid betrokken individuen. Daaronder wordt verstaan zowel degene die daarin een direct aandeel heeft gehad als degene onder wiens *authority* de onregelmatigheid plaatsvond. Verder wordt een bedrijf geacht een effectief compliancebeleid te implementeren dat periodiek getoetst wordt en is toegesneden op de bedrijfsomvang.

Als een bedrijf aan alle voorwaarden heeft voldaan en geen sprake is van verzwarende omstandigheden (zoals betrokkenheid van het uitvoerend management van het bedrijf bij de onregelmatigheid, een significant wederrechtelijk voordeel voor het bedrijf en/of recidive), dan zal de DoJ in beginsel niet tot vervolging overgaan (in het beleid wordt gesproken over een *presumption of declination*). De korting op het boetebedrag kan daarnaast oplopen tot 50% van de hiervoor besproken USSG-boeteondergrens. In het beleid is verder vastgelegd dat geen *monitor* wordt aangesteld als een bedrijf tijdig een effectief *compliance and ethics*-programma heeft geïmplementeerd. Voor de beoordeling van een dergelijk programma is door de DoJ een *guidance* document gepubliceerd.¹⁶

Als een bedrijf zichzelf niet heeft gemeld bij de autoriteiten, maar wel aan alle andere voorwaarden voldoet, dan kan de korting op het boetebedrag oplopen tot maximaal 25% van de USSG-boeteondergrens.

4. Voor- en nadelen Amerikaans systeem

Een voordeel van het Amerikaanse systeem is transparantie en duidelijkheid. De USSG en het handhavingsbeleid van de DoJ maken totstandkoming van het boetebedrag en de hoogte daarvan inzichtelijk. Dat brengt rechtszekerheid met zich en komt de kwaliteit van de advisering over de rechtspositie ten goede. Een ander voordeel van het Amerikaanse systeem is dat het duidelijk maakt met welke maatregelen een bedrijf de *score* kan drukken om langs die weg invloed uit te oefenen

12. Foreign Corrupt Practices Act 1977 (FCPA).

13. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download>.

14. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign>.

15. Zo verklaarde Deputy Assistant Attorney General Matthew Miner of the Department of Justice's Criminal Division tijdens een speech in September 2018: 'Consistent with the goal of clarity and consistency, it is also why today I'm letting you know that we will also look to these principles in the context of mergers and acquisitions that uncover other types of potential wrongdoing, not just FCPA violations.'

<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

16. Zie <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> en specifiek voor de beoordeling in antitrust onderzoeken: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.

op het boetebedrag. Tegelijkertijd worden bedrijven hierdoor gestimuleerd om al in een vroegtijdig stadium (herstel)maatregelen te nemen. Dat dient vanzelfsprekend ook een maatschappelijk belang. Wij beseffen dat er ook nadelen kleven aan het Amerikaanse systeem. Ten eerste heeft een bedrijf op het moment dat het voor de keuze staat een onregelmatigheid te melden geen zekerheid over de gevolgen daarvan. Het is namelijk alleen aan de DoJ om te beoordelen of een bedrijf aan alle voorwaarden heeft voldaan en om die reden voordelen dient te genieten. Die beoordeling vindt pas plaats nadat een bedrijf een volledig dossier heeft overgelegd, zichzelf hier mogelijk mee heeft belast en vergaande (herstel-)maatregelen heeft genomen. Dit raakt juist weer aan de rechtszekerheid.

Men zou ook kunnen vrezen voor de rechterlijke straftoemettingsvrijheid op het moment dat een Nederlands equivalent van hoofdstuk 8 van de USSG en de *FCPA Corporate Enforcement Policy* geïntroduceerd wordt. Wij begrijpen waar die vrees vandaan komt, maar naar ons idee zou dit ondervangen kunnen worden door het beleid te gieten in de vorm van een strafvorderingsrichtlijn (zoals ook door het OM lijkt te worden beoogd). De al bestaande strafvorderingsrichtlijnen van het OM tasten de rechterlijke straftoemettingsvrijheid immers ook niet aan.

Een ander nadelig effect van de introductie van beleid geschoeid op Amerikaanse leest zou kunnen zijn dat het een maatschappelijk sentiment van klassenjustitie aanwakkert. Wij denken dat het belangrijk is hier aandacht aan te besteden bij de formulering van het beleid. Onbegrip is mogelijk weg te nemen door expliciet op te nemen wat voor de *professional* vanzelfsprekend is, maar voor het breder publiek misschien niet; een bedrijf kan uitsluitend een boete worden opgelegd en geen gevangenisstraf, een transactie impliceert niet dat natuurlijke personen niet vervolgd worden en het stimuleren van *self-reporting* dient het algemeen belang.

5. Aanbevelingen

Wij vinden het een goede ontwikkeling dat het OM nadenkt over een zelfmeldregeling en daarbij behorende strafvorderingsrichtlijnen. Het zal niet eenvoudig zijn een Nederlands *corporate enforcement* beleid op te stellen en in te voeren. Voor de vormgeving zou wat ons betreft een voorbeeld aan de USSG en de *FCPA Corporate Enforcement Policy* genomen kunnen worden. Het OM hoeft dan niet opnieuw het wiel uit te vinden, maar kan zich met name richten op de inpassing van dergelijk beleid in het Nederlandse rechtssysteem.

Een Nederlands *corporate enforcement* beleid lijkt ons wel pas zinvol als dergelijk beleid ook concrete strafartarieven voor veelvoorkomende 'corporate delicten' (waaronder omkoping, valsheid in geschrifte en witwassen) vermeldt. Een en ander zou bijvoorbeeld in een delicttabel in een strafvorderingsrichtlijn kunnen worden opgenomen, waarin

ook de uitgangspunten van de bestraffing worden beschreven.

Verder zou het beleid expliciet moeten vermelden welke concrete voordelen een bedrijf kan realiseren als het bijvoorbeeld (i) zichzelf tijdig meldt na onregelmatigheden te hebben geconstateerd, (ii) bevindingen uit een (eventueel) intern onderzoek uitgevoerd door een kundig forensisch accountant of advocatenkantoor met de autoriteiten deelt, (iii) volledig meewerkt aan het strafrechtelijk onderzoek, (iv) een effectief compliancebeleid implementeert en/of (v) voor een bepaalde periode een (externe) monitor aanstelt. Daarbij verdient het de voorkeur dat wordt toegelicht wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, zoals wat wordt verstaan onder tijdig melden, volledig meewerken etc. Door vast te leggen wat zelfmelden, meewerken en herstellen oplevert – ook in concrete financiële kortingen – wordt niet alleen inzichtelijk gemaakt hoe een afdoening tot stand komt, maar ook op welke wijze daarop invloed kan worden uitgeoefend.

Wij zijn van mening dat de ontwikkeling van een gedegen Nederlands *corporate enforcement* beleid, mits in ieder geval met het voorgaande rekening wordt gehouden, uiteindelijk alle partijen ten goede komt. Voor het bedrijfsleven kan het (rechts) onzekerheid verminderen, de advocatuur zal beter kunnen adviseren over de (rechts)positie van een bedrijf en het OM versterkt niet alleen de rechtszekerheid, maar stimuleert ook zelfmelden en compliant gedrag.