

Omkoping

Recente ontwikkelingen in NL en UK



Sectie ondernemingsstrafrecht

- Marike Bakker: partner
- Léon de Jager: senior medewerker
- Charlotte Posthuma: Professional Support Lawyer
- Gespecialiseerd in economisch en fiscaal strafrecht

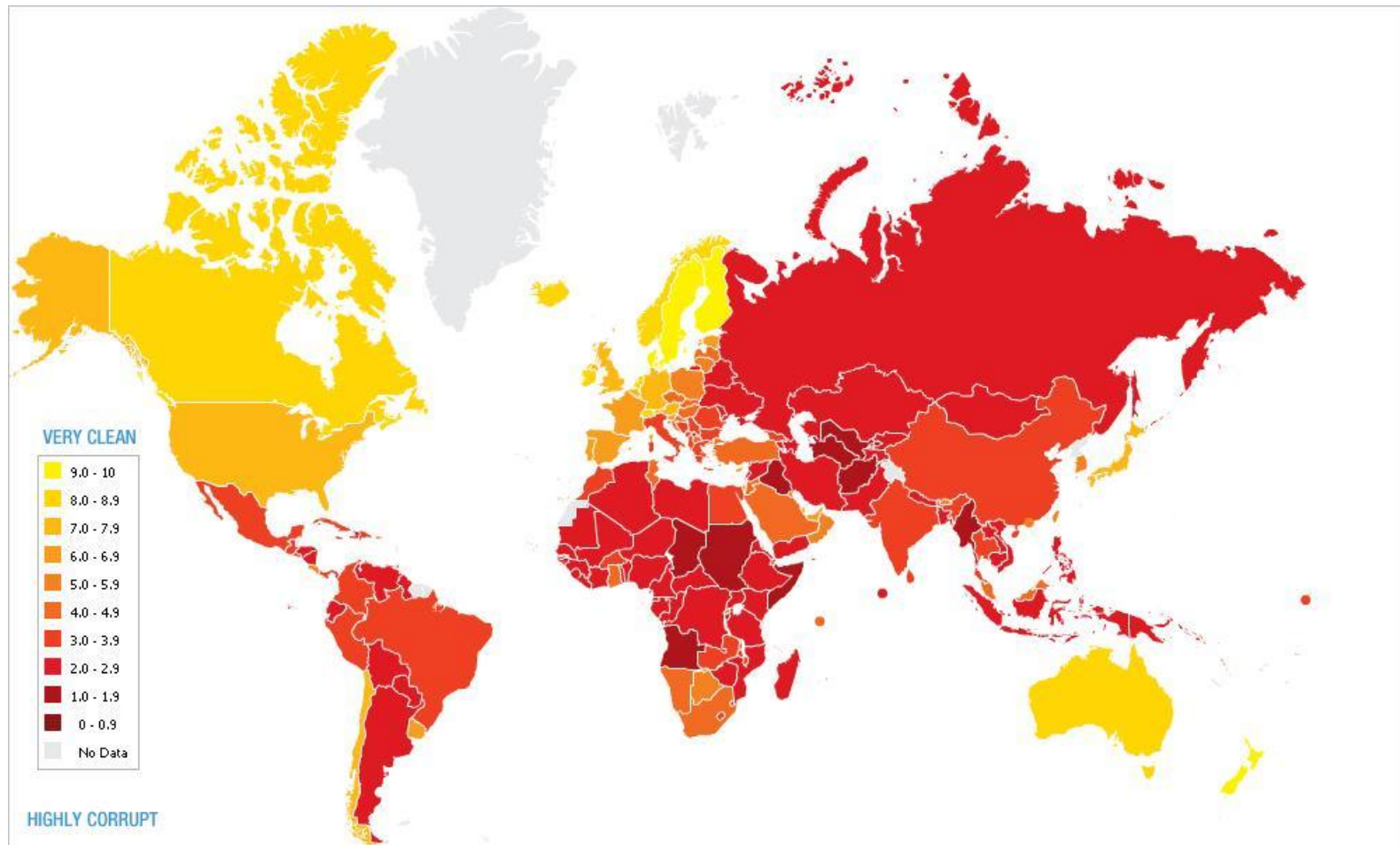


Inhoud presentatie

- Perceptie omkoping
- Omkoping hot issue
- Wat is omkoping?
- Strafbaarstelling NL
- Strafbaarstelling UK
- Casus
- Afsluiting



Corruption Perception Index 2010



Resultaten CPI 2010

RANK	COUNTRY	SCORE
1	Denmark	9.3
1	New Zealand	9.3
1	Singapore	9.3
4	Finland	9.2
4	Sweden	9.2
6	Canada	8.9
7	Netherlands	8.8
8	Australia	8.7
8	Switzerland	8.7
10	Norway	8.6
11	Iceland	8.5
11	Luxembourg	8.5
13	Hong Kong	8.4
14	Ireland	8.0
15	Austria	7.9
15	Germany	7.9
17	Barbados	7.8
17	Japan	7.8
19	Qatar	7.7
20	United Kingdom	7.6



Bribe Payers Index 2011

Mate van waarschijnlijkheid dat omkoping wordt ingezet om business te genereren.

- NL: minst waarschijnlijk
- Rusland: meest waarschijnlijk

Rank	Country/Territory	Bribe Payers Index 2011 score
1	Netherlands	8.8
1	Switzerland	8.8
3	Belgium	8.7
4	Germany	8.6
4	Japan	8.6
6	Australia	8.5
6	Canada	8.5
8	Singapore	8.3
8	UK	8.3
10	USA	8.1
11	France	8.0
11	Spain	8.0
13	South Korea	7.9
14	Brazil	7.7
15	Hong Kong	7.6
15	Italy	7.6
15	Malaysia	7.6
15	South Africa	7.6
19	Taiwan	7.5
19	India	7.5
19	Turkey	7.5
22	Saudi Arabia	7.4
23	Argentina	7.3
23	UAE	7.3
25	Indonesia	7.1
26	Mexico	7.0
27	China	6.5
28	Russia	6.1
	Average	7.8

Omkoping *hot issue*

- NL
 - Nieuwe aanwijzing opsporing/vervolgging OM augustus 2011
 - Landelijke Officier van justitie
 - Ontnemingsvordering bij verkregen voordeel van minimaal € 500,-
- UK
 - UK Bribery Act op 1 juli 2011 in werking getreden
 - meest vergaande anti-corruptiewetgeving ter wereld
- EU
 - Resolutie 15 september 2011 Europees Parlement
 - Lidstaten worden opgeroepen om harder op te treden tegen corruptie.

Strafbaarstelling NL

- (poging tot) ambtelijke omkoping
- (poging tot) niet-ambtelijke omkoping
- Actieve omkoping: het doen van een gift, belofte of verlenen of aanbieden van een dienst met het oogmerk iemand te bewegen iets te doen of na te laten of ten gevolge van hetgeen deze persoon heeft gedaan of nagelaten.
- Passieve omkoping: het aannemen of vragen van een gift, belofte of dienst, wetende of redelijkerwijs vermoedende, dat deze wordt verleend of aangeboden door iets doen of na te laten of ten gevolge van iets dat is gedaan of nagelaten.

Wat is omkoping?

- Gift: elke overdracht dat iets van waarde heeft voor de verkrijger
- Belofte: beloven van een gift
 - Bijv. aanbieden van geld, beloven van seksuele diensten
- Verlenen of aanbieden van een dienst
 - Bijv. aanbieden snoepreisjes of vakantiehuis voor lage prijs huren
- Geen noodzaak concrete tegenprestatie; ook bij opbouwen relatie met doel voorkeursbehandeling

	Niet-ambtelijk	Niet-ambtelijk	Ambtelijk	Ambtelijk	Ambtelijk	Ambtelijk
Omkoping	Passief	Actief	Actief	Actief	Passief	Passief
Wetsartikel Sr	328ter lid 1	328ter lid 2	177	177a	362	363
Straf	2 jaar gevangenisstraf en boete max. € 76.000	2 jaar gevangenisstraf en boete max. € 76.000	4 jaar gevangenisstraf en boete max. € 76.000	2 jaar gevangenisstraf en boete max. € 76.000	2 jaar gevangenisstraf en boete max. € 76.000	4 jaar gevangenisstraf en boete max. € 76.000
Toelichting	In strijd met goede trouw verzwijgen tegenover werkgever	In strijd met goede trouw verzwijgen tegenover werkgever	In strijd met ambtsplicht	Niet in strijd met ambtsplicht	Niet in strijd met ambtsplicht	In strijd met ambtsplicht

Vervolging in NL

Rechtspersoon:

- Zelf geen fysieke handeling dus gedraging van een natuurlijke persoon toerekenen aan de rechtspersoon
- Handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking of anders werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon
- De gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon
- De gedraging is van nut geweest voor de rechtspersoon
- De rechtspersoon erover beschikken kan of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken **aanvaard of placht te worden aanvaard.**

Natuurlijk persoon:

- Pleger, medepleger, medeplichtige
- Feitelijk leidinggever
- Opdrachtgever



Aansprakelijkheid rechtspersoon

- Aanvaarden:
 - het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden geveerd met oog op voorkoming gedraging
- Dus een adequaat anti-corruptiebeleid ter voorkoming van strafrechtelijke aansprakelijkheid
 - Geen 100% zekerheid maar een sterk verweer



Feitelijk leidinggeven

- Stap 1: strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtspersoon
- Stap 2: feitelijk leidinggeven
 - maatregelen ter voorkoming verboden gedraging achterwege laten, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden
 - voorwaardelijk opzet: bewust de aanmerkelijke kans aanvaarden dat gedraging zich zal voordoen.
- Bijv. CEO, CFO en *compliance officer*.

Facilitation payment

- Betaling die in sommige landen gedaan wordt om overheidsfunctionarissen aan te sporen hun taken uit te voeren.
- Facilitation payments zijn in Nederland strafbaar.
- In principe geen vervolging volgens beleid van OM
 - ‘Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland’.
(www.openbaarministerie.nl)



Facilitation payment

Geen vervolging indien:

- het in absolute of relatieve zin om kleine bedragen gaat
- de betalingen zijn gedaan aan een lagere ambtenaar
- de gift transparant in de administratie van de onderneming opgenomen wordt
- het gaat om een handelen of nalaten waartoe de betrokken ambtenaar al verplicht was; de betaling mag geen concurrentieverstorend effect hebben.
- het initiatief tot de gift is uitgegaan van de buitenlandse ambtenaar

Strafbaarstelling UK

- UK Bribery Act 2010
- Onder druk van OESO gewijzigd
- Zelfde tweetrapsraket
- Quasi-automatische strafrechtelijke aansprakelijkheid voor bedrijven die geen adequate procedures hebben teneinde omkoping te voorkomen
 - soort omkering bewijslast
- Geen uitzondering voor facilitation payments



Territoriale reikwijdte

- Nauwe band met het Verenigd Koninkrijk;
 - Britse onderdanen
 - Personen doorgaans verblijf houden in UK
 - Entiteiten die zijn opgericht naar Brits recht
- Uitbreiding door artikel 7 ‘failure to prevent bribery’
 - Ondernemingen met aantoonbare bedrijfsactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk; kan ook met ‘part of a business’
 - ‘Part of a business’: onduidelijk begrip, geen jurisprudentie dus voorzichtigheid!
 - Notering Beurs onvoldoende evenals hebben Britse dochtermij

Strafbaarheid rechtspersoon en 'senior officers'

- Ook in UK twee stappen
 - identification doctrine: de gedragingen en geestesgesteldheid van np toerekenen aan rp
 - De np die de gedraging verricht heeft, moeten de 'controlling mind and will' van de rp vertegenwoordigen
- Bijv. directeuren, managers en soortgelijke functionarissen



Artikel 7: Anti-corruptiebeleid

Richtlijn van Britse Ministerie van Justitie geeft uitgangspunten:

- Proportionaliteit van de procedures gelet op de aard, schaal en complexiteit van de onderneming
- Betrokkenheid van het (top)- management
- Periodieke risicoanalyse
- Due diligence met betrekking tot de personen die namens de onderneming optreden
- Communicatie en training
- Monitoring en periodieke herziening van procedures
- Er zijn ook richtlijnen door het internationale bedrijfsleven ontwikkeld: de best practice guidelines. Te raadplegen via www.transparency.org.

Uitwerking anti-corruptiebeleid

- De strijd tegen omkoping moet in uw onderneming prioriteit hebben!
- Onderneming moet anti-corruptiebeleid hebben
- Geef trainingen
- Klokkeluidersregeling
- Sanctiebeleid
- Monitor risico's, frequent onderzoek of procedures up-to-date zijn
- Voer Due Diligence onderzoek uit; zowel werknemers als mensen die namens de onderneming optreden.

Vervolgingsrichtlijn UK maart 2011

- Geruststellende sfeer met 'common sense'-benadering reikwijdte
- Facilitation payments altijd vervolgen, tenzij....
- Pro vervolging
 - Veel en vaak betalen
 - Vast onderdeel werkwijze onderneming
 - Betaling ism bedrijfsbeleid
- Contra vervolging
 - Proactief optreden door bedrijf
 - Maatregelen nemen
 - Zichzelf aangeven
- Hospitality en promotionele uitgaven ib niet strafbaar mits redelijk en niet omkoping als doel

Nuanceverschil NL – UK

- NL
 - bedrijf strafbaar tenzij bedrijf aantoont toereikende maatregelen ter voorkoming getroffen
 - Niet hebben van beleid is onmogelijke bewijspositie

- UK
 - bedrijf strafbaar tenzij bedrijf aantoont toereikende maatregelen ter voorkoming getroffen
 - Expliciet bewijslast gelegd bij bedrijf



Eerste zaak UK

- A magistrates court clerk who was paid not to record a driving offence has become the first person to be convicted under anti-bribery legislation introduced this summer.

Bron:

<http://www.guardian.co.uk/law/2011/oct/14/magistrates-court-clerk-bribery-act>

Casus

- Bedrijf Z. is in onderhandeling met een klant om een grote opdracht binnen te halen.
- Een werknemer van bedrijf Z., de heer A, regelt voor de leidinggevende bij de klant, mevrouw X. een all-inclusive week naar de Kaaiman eilanden.
- De heer A hoopt dat hiermee de onderhandelingen soepel zullen verlopen en dat dit bijdraagt tot een betere relatie met de klant. De heer A. vertelt dit aan de heer B., een senior officer in bedrijf Z. De heer B. heeft die dag haast, wil graag naar huis en vraagt niet door over dit reisje. De volgende dag bevestigt hij de aanvraag voor het budget voor de vakantie.
- Mevrouw X. heeft een heerlijke week op de Kaaiman eilanden gehad en komt uitgerust terug. De onderhandelingen verlopen uitstekend en er wordt besloten dat bedrijf Z. de opdracht krijgt.
- Dit is fantastisch voor bedrijf Z., de opdracht zal hen zo'n € 1.000.000,- opleveren!
- De werknemers van bedrijf Z. hebben geen anti-corruptie voorlichting gekregen. Het bedrijf heeft evenmin een intern beleid om corruptie tegen te gaan. Bedrijf Z. is wel op de hoogte van wetgeving rondom omkoping.

Vraag: Wie in het bovenstaande voorbeeld kan strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor (poging tot) omkoping? Maakt het uit of er een anti-corruptiebeleid is?



Afsluiting

- Anti-corruptiewetgeving wordt strenger en naar verwachting zal vervolging vaker voorkomen.
- Reikwijdte UK Bribery Act: de reikwijdte van deze wetgeving is niet afgebakend, ook uw bedrijf kan hiermee in aanraking komen. Be aware!
- Belangrijk om anti-corruptiebeleid te hebben en na te leven!

