

Anti-corruptie compliance: middel tegen vervolging?

mr. R. de Bree*

1. Inleiding

Het bestrijden van buitenlandse corruptie krijgt veel aandacht in het zakelijk maatschappelijk leven. Daarbij ligt grote nadruk op het voorkomen van corrupt handelen in den vreemde. Het bedrijfsleven investeert daarin fors, onder aanmoediging en deels onder druk van de overheid en de 'semi-overheid'. In dit artikel wordt met een juridische blik bekeken wat die investeringen kunnen opleveren indien onverhoopt toch corruptie plaatsvindt in het buitenland, ondanks een degelijke investering in het naleven van de regels. Om tot die analyse te komen naar ons recht, wordt eerst enige context en achtergrond van het opzetten van compliance programma's op dit vlak geschetst om vervolgens in te gaan op enkele ontwikkelingen in de Anglo-Amerikaanse wereld. De kernboodschap van deze bijdrage is dat er reden is te concluderen dat een degelijk opgezet compliance programma ook onder ons strafrecht in voorkomende gevallen een vervolging door het Openbaar Ministerie heeft te blokkeren.

2. Achtergrond

Compliance programma's op het gebied van – onder meer – anti-corruptie zijn al jaren in opmars. De achtergrond daarvan kan voor een deel gevonden worden in de noodzaak ertoe, gelet op de wetgeving in onder meer de Verenigde Staten, vooral op het vlak van de vervolging van buitenlandse corruptie, de FCPA.¹ Ook de meer recente UK Bribery Act is een veelbesproken wetgevingsproduct dat in die richting wijst, alhoewel onder die wet nog geen vervolgingen zijn geëntameerd.² Voor een ander deel is het feit dat compliance programma's op dit vlak zeer in trek zijn te verklaren vanuit een ander perspectief. De laatste twee decennia is in het mondiale zakenleven meer en meer aandacht gekomen voor good governance. Daarin past dat ondernemingen zich meer dan voorheen bekommeren over de wijze waarop zaken wordt gedaan. Onder dat gesternte heeft de zakelijke integriteit zijn intrede gedaan, waartoe – zeker – hoort het ondernemen zonder corruptie.

Deze ontwikkelingen worden versterkt doordat grote internationale organisaties zoals de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en non-gouvernementele organisaties zoals Transparency International (TI) en de International Chamber of Commerce (ICC) met een keur aan rapportages, aanbevelingen etc. de strijd tegen corruptie aanbinden.³ Steeds komt daarin terug dat compliance programma's de basis vormen voor het daadwerkelijk indammen van corruptie.⁴

In Nederland is de aandacht voor binnenlandse corruptie manifest. Er zijn zaken op dit vlak in die worden vervolgd. Dat gaat van groot tot klein. Bovendien gaat het om zowel corruptie met betrekking tot ambtenaren (publieke of ambtelijke omkoping) als ten aanzien van niet-ambtenaren (niet-

ambtelijke omkoping). De afgelopen jaren zijn frequent dergelijke zaken in het beeld gekomen.⁵

Binnen het Openbaar Ministerie wordt onderkend dat corruptie bewerkelijke zaken kan opleveren. De wetgever besprak zoveel rond de eeuwwisseling in het kader van de herziening van de corruptiewetgeving. Met dat wetstraject werd onder meer de implementatie tot stand gebracht van enkele anti-corruptieverdragen.⁶ In dat kader kwam de wetgever tot de gedachte dat het aanstellen van een landelijk corruptie-officier van justitie onderzoek verdiende. Dit leidde uiteindelijk in 2000 tot het daadwerkelijk aanstellen van zo'n officier.⁷ Dit landelijk instituut binnen het Openbaar Ministerie is beoogd te functioneren als een baken van aandacht en mogelijke kanalisering van corruptieonderzoeken.⁸

Voor wat betreft de buitenlandse corruptie geldt dat daar tot op heden door het Openbaar Ministerie buitengewoon weinig zaken over worden opgepakt. Evenwel staat juist die vorm van corruptie (internationaal) meer en meer in de aandacht. In de meest recente rapportage van de OESO op dit gebied van december 2012, werd het specifiek benoemd.⁹ Te

- * Robbert de Bree is advocaat te Den Haag bij Wladimiroff Advocaten en is tevens hoofdredacteur van dit tijdschrift.
1. Zie bijv. S.H. Derming, *The Foreign Corruption Practices Act and the new international norms*, ABA 2010; M. Falls (e.a.), *Foreign Corruption Practices Act Compliance issues*, Eagan: Cengage Learning 2010.
 2. www.justice.gov.uk/legislation/bribery.
 3. www.oecd.org/corruption; www.transparency.org; www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-httrules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption.
 4. Recent bijv. A. Gurriá, *From corporate compliance to collective action* (speech), 17 januari 2013 (www.oecd.org).
 5. Niet meer dan als voorbeeld kan dienen de zaak omtrent het bouwbedrijf Janssen de Jong. www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechthoven/s-Hertogenbosch/Nieuws/Pages/Cel-en-werkstraffen-voor-ambtelijke-corruptie-en-omkoping-in-Limburg.aspx.
 6. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 3, p. 1.
 7. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 469, nr. 5, p. 12. Zie bijv. A.R. Hartmann en E.J.V. Pols (red.), *Corruptie, van taboe naar sociale verandering*, Deventer: Kluwer 2001.
 8. L.W.J.C. Huberts en J.M. Nelen, *Corruptie in het Nederlands bestuur*, WODC onderzoek (VU) 2005, p. 102-103; J.M. Nelen, 'De strafrechtelijke afdoening van ambtelijke corruptie', *Justitiële verkenningen* 2005, p. 43.
 9. OECD, Phase 3 report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in The Netherlands, December 2012 (www.oecd.org), p. 5: 'Law enforcement authorities must be adequately resourced to be able to effectively deal with the significant number of foreign bribery allegations requiring investigation. a situation which has yet to be remedied in the Netherlands.'

verwachten valt, mede onder die druk als gelet op de overige internationale ontwikkelingen, dat deze corruptievorm in de toekomst tot meer vervolgingen zal leiden. In die lijn was ook de regeringsreactie op het rapport.¹⁰ De hoofdmoot van aandacht gaat bij deze verschijningsvorm van corruptie uit naar zogenoemde ambtelijke corruptie.

De rationale voor die aandacht is overigens wel begrijpelijk. Een land als Nederland heeft een zeer op het buitenland gericht zakenleven. Voor zover het gaat om ondernemingen die daadwerkelijk hier gevestigd zijn, mag worden verwacht dat er gehoeud wordt over de wijze waarop die ondernemingen in het buitenland hun zaken doen. Het uitstralings-effect op de perceptie van Nederland(se ondernemingen) in het buitenland en daarmee een belangwekkend economisch goed an sich is daarbij aan de orde. Als ondernemingen in dat speelveld zich niet aan de regels houden en de strafwet is daarbij in spel, kan het niet verbazen dat justitie zich dat aantrekt. Specifiek ten aanzien van de situatie van ambtelijke corruptie in het buitenland heeft het college van procureurs-generaal van het Openbaar Ministerie beleidsregels opgesteld die inzicht bieden in de aanpak en vervolging van dat soort zaken.¹¹ Daarin wordt enerzijds ingegaan op de Nederlandse strafbepalingen, de reikwijdte daarvan en bijvoorbeeld een onderwerp als rechtsmacht. Anderzijds wordt aandacht besteed aan onderwerpen als de opportuniteit van vervolging en de opsporing en complexiteit van buitenlandse corruptie-onderzoeken. De kern van de boodschap van de beleidsregels is duidelijk:

‘Corruptie is 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.’¹²

Die boodschap is luid en duidelijk, maar sluit niet per se onmiddellijk aan bij de praktijk van alledag. Vanuit de optiek van menig onderneming die in het buitenland zaken doet, ligt het accent namelijk vaak anders. Zij zijn er, de uitzonderingen daargelaten, veelal inderdaad op uit gewoon en binnen de bandbreedtes van de wet zaken te doen. Een garantie dat geen corruptie in het buitenland plaatsvindt kan daarmee evenwel niet worden verkregen. Zelfs ondernemingen die degelijk investeren in compliance programma's op het gebied van anti-corruptie kunnen in het buitenland betrokken raken bij overtredingen van de corruptiebepalingen. Bijzondere elementen die daarbij nogal eens een rol spelen zijn – samengebond – de afstand tot de Nederlandse onderneming, culturele verschillen en het feit dat derden zoals agenten feitelijk de ogen en oren in het buitenland in kwestie zijn. Voor wat betreft de afstand tot de Nederlandse onderneming, komt frequent aan bod dat het bestuurscentrum van zo'n onderneming zich in Nederland bevindt. De werkelijke activiteiten worden meestal vanuit daar aangestuurd, maar dat betekent nog niet dat er ook concreet zicht is of kan zijn op alle relevante handelingen in het buitenland. Daar komt bij dat culturele verschillen het ingewikkeld kunnen maken om sommige vormen van corrupt gedrag te onderken-

nen. Dat wil niet zeggen dat een kickback in Nederland iets anders is dan in Indonesië, maar wel bijvoorbeeld dat het in contract komen met handelspartners in dat buitenland niet altijd zo doorgrondelijk is voor ondernemingen als het in de eigen omgeving is. Bovendien gaat het niet zelden om situaties waarin de onderneming zich in het buitenland laat vertegenwoordigen, bijvoorbeeld agenten, waarop uit de aard van de betrekking minder houvast valt uit te oefenen dan op eigen werknemers.

Dat dit perspectief van de onderneming bestaat, wil niet zeggen dat het bedrijfsleven zich niet beijert voor compliance op het vlak van anti-corruptie. Veel ondernemingen, zeker die frequent in het buitenland opereren en een zakelijke reputatie hebben hoog te houden, investeren in deze materie en richten compliance programma's in. De vraag die vanuit dit perspectief niettemin gesteld kan worden is of zo'n compliance programma de onderneming iets oplevert indien desondanks een overtreding gepleegd wordt. Anders weergegeven: hoe verhoudt zich het hebben ingericht van een anti-corruptie compliance programma tot een onderzoek en mogelijke vervolging door de Nederlandse justitie als het toch mis gaat? Kan het in een voorkomende situatie leiden tot een blokkade tegen zo'n vervolging?

Er is reden te meer die vraag te stellen, nu er zowel in de Verenigde Staten als in het Verenigd Koninkrijk ontwikkelingen zijn die argumentatie opleveren voor een bevestigend antwoord, ook bij ons.

3. Verenigde Staten: Morgan Stanley

De FCPA, de Amerikaanse wet ter bestrijding van buitenlandse corruptie, is een regelmatig toegepast instrument door de justitiële autoriteiten in de Verenigde Staten. Het kent stevige bestraffing en potentiële matiging daarop in de situatie dat een betrokkene-overtreder zelf overgaat tot melding aan de Securities and Exchange Commission (SEC) respectievelijk de Department of Justice (DOJ).¹³ Dat leidde in het verleden frequent tot verlaging van de bestraffing. Recentelijk leidde het tot het achterwege blijven van vervolging juist in verband met een compliance programma. De casus waarin dat gebeurde laat zich in het kort als volgt omschrijven.

Een managing director van de Morgan Stanley bank die verantwoordelijk was voor de vastgoedtak van de bank in Shanghai, omzeilde de interne procedures van de bank en bewerkstelligde daarmee dat hij zichzelf kon verrijken doordat hij eigendom in een investering in vastgoed overhevelde naar zichzelf en een Chinese ambtenaar die hij (daarmee) omkocht.¹⁴ Hij deed dat door binnen de bank de verkoop

10. Brief Ministers voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en van Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 78, 16 januari 2013, p. 2.
11. Meest recentelijk: Aanwijzing opsporing en vervolging buitenlandse corruptie, 13 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26939.
12. Aanwijzing opsporing en vervolging buitenlandse corruptie, 13 december 2012, *Stcrt.* 2012, 26939, p. 1 (achtergrond).
13. Vgl. bijv. recent M.J.C. Somsen en R. van Staden ten Brink, 'Anti-corruptie compliance: wat te doen als het misgaat?', *OR* 2013, 4, sub 5.1.
14. www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html.

van het vastgoed te propageren aan een bedrijf waar hij heimelijk zelf belangen in had. Het werd verkocht tegen een afgewaardeerd bedrag, waardoor – in elk geval op papier – de managing director en zijn Chinese medepleger 2,5 miljoen USD aan winst genereerden.

Het FCPA-element was – in de kern samengevat – onder meer daar in gelegen dat door de handelwijze van de managing director de bank niet voldeed aan de interne boekhoudregels die de bank onder de FCPA moet aanhouden. De bank was daarmee dus formeel (ook) in overtreding.

De managing director is uiteindelijk vervolgd en heeft – met een guilty plea – een gevangenisstraf van negen maanden gekregen.¹⁵ Ook heeft hij met de SEC een schikking getroffen onder andere inhoudend dat hij nimmer meer in de securities branche werkzaam zal zijn, het betalen van een boete van 250.000 USD en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel ten belope van ongeveer 3,4 miljoen USD.¹⁶ Belangwekkend is dat de DOJ in het bericht naar aanleiding van deze zaak ook een overweging heeft gewijd aan het compliance programma van Morgan Stanley:

'Morgan Stanley maintained a system of internal controls meant to ensure accountability for its assets and to prevent employees from offering, promising or paying anything of value to foreign government officials. Morgan Stanley's internal policies, which were updated regularly to reflect regulatory developments and specific risks, prohibited bribery and addressed corruption risks associated with the giving of gifts, business entertainment, travel, lodging, meals, charitable contributions and employment. Morgan Stanley frequently trained its employees on its internal policies, the FCPA and other anti-corruption laws. Between 2002 and 2008, Morgan Stanley trained various groups of Asia-based personnel on anti-corruption policies 54 times. During the same period, Morgan Stanley trained [the managing director] on the FCPA seven times and reminded him to comply with the FCPA at least 35 times. Morgan Stanley's compliance personnel regularly monitored transactions, randomly audited particular employees, transactions and business units, and tested to identify illicit payments. Moreover, Morgan Stanley conducted extensive due diligence on all new business partners and imposed stringent controls on payments made to business partners.'

Mede dat robuuste compliance programma heeft de DOJ tot de conclusie geleid dat in dit geval vervolging van Morgan Stanley niet aangewezen was:

*'After considering all the available facts and circumstances, including that Morgan Stanley constructed and maintained a system of internal controls, which provided reasonable assurances that its employees were not bribing government officials, the Department of Justice declined to bring any enforcement action against Morgan Stanley related to [the managing director's] conduct. The company voluntarily disclosed this matter and has cooperated throughout the department's investigation.'*¹⁷

Uit de berichtgeving van de SEC blijkt bovendien dat Morgan Stanley niet alleen heeft meegewerkt aan het onderzoek en zelf is overgegaan tot melding, maar ook dat de bank een diepgaand intern onderzoek had verricht.¹⁸

Het was niet de eerste keer dat de Amerikaanse autoriteiten een bedrijf in het kader van de FCPA niet vervolgden, terwijl wel een overtreding was begaan. Uit een recente publicatie van de SEC en DOJ blijkt dat er verscheidene voorbeelden zijn waarin dat is voorgekomen.¹⁹ Het lijkt evenwel een novelle dat het ingerichte compliance programma daarbij zo'n prominente rol heeft gespeeld.

Daarmee is in elk geval in de Verenigde Staten een precedent voor het toekennen van bijzondere waarde bij het nemen van een vervolgingsbeslissing omtrent buitenlandse corruptie aan een goed ingericht compliance programma. Daar komt wel bij dat de bank zelfstandig onderzoek verrichtte, melding deed en meewerkte aan het onderzoek. Was dat niet het geval geweest, dan was deze uitkomst onwaarschijnlijk.

4. Verenigd Koninkrijk: adequate procedures defence

In een ander deel van de common law kan tegenwoordig over de band van statute law eenzelfde uitkomst worden bereikt. Sinds juli 2011 kent het Verenigd Koninkrijk de veel becommentarieerde Bribery Act 2010.²⁰

Daarin is een bepaling opgenomen die voorziet in een overtreding bestaand in het nalaten corruptie te voorkomen; section 7. Binnen die context kan een onderneming indien zij uit dien hoofde wordt aangesproken zich verweren met het in stelling brengen van de procedures die ze heeft ingericht om corruptie te voorkomen. Het moet gaan om adequate procedures.

Wat dat laatste inhoudt zegt de wet zelf niet. Wel bepaalt de wet dat de Minister van Justitie (Secretary of State) beleidsregels moet publiceren op dit vlak (section 9). Daartoe is de minister uiteraard ook overgegaan.²¹ In de beleidsregel wordt aan de hand van een zestal principes toegelicht hoe bedrijven corruptie kunnen en moeten voorkomen (propor-

15. www.reuters.com/article/2012/08/16/morganstanley-bribery-sentencing-idUSL2E8JGJ7N20120816.
16. www.sec.gov/news/press/2012/2012-78.htm; www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf.
17. FCPA, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 14 November 2012, p. 119 (www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf).
18. www.sec.gov/news/press/2012/2012-78.htm.
19. FCPA, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 14 November 2012, p. 76-79.
20. Act of 8 April 2010, an Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes (www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/introduction).
21. www.justice.gov.uk/guidance/bribery.htm: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing.

tionate procedures, top-level commitment, risk assessment, due diligence, communication (including training), monitoring and review). Zakelijk samengevat komen die principes neer op het opzetten van een compliance programma.

De vervolgende autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk op dit gebied, de Serious Fraud Office (SFO) en de Director of Public Prosecutions, hebben vervolgingsbeleid vastgesteld.²² Belangrijk bij de afwegingen in dat kader is, net als in de Verenigde Staten, of sprake is van een zelf-meld situatie.²³ Dat vormt onder omstandigheden een stevige contra-indicatie voor vervolging, te weten als sprake is van 'a genuinely proactive approach adopted by the corporate management team when the offending is brought to their notice, involving self-reporting and remedial actions, including the compensation of victims'.²⁴ Ook hoort daarbij dat meegewerkt wordt aan het onderzoek, aldus dezelfde beleidslijn. In het beleid wordt voorts uiteengezet – rudimentair – hoe de beoordeling van de adequate procedures defence kan plaatsvinden. De prosecutor moet afwegen hoe groot de kans van slagen van dat verweer is. Is die kans substantieel, dan ligt een vervolging niet in de rede:

*'Prosecutors must look carefully at all the circumstances in which the alleged bribe occurred including the adequacy of any anti-bribery procedures. A single instance of bribery does not necessarily mean that an organisation's procedures are inadequate. For example, the actions of an agent or an employee may be wilfully contrary to very robust corporate contractual requirements, instructions or guidance.'*²⁵

Onder het Engelse recht is nog geen ervaring met de toepassing van de adequate procedures defence, doch gelet op de tekst van de wettelijke bepaling en het vervolgingsbeleid, is duidelijk dat een deugdelijk compliance programma onder omstandigheden een blokkade kan vormen voor een strafrechtelijke vervolging. Ook hier weer lijkt te gelden dat dit in feite enkel het geval zal zijn, in een zelf-meld situatie.

5. Doorwerking in de Nederlandse situatie

De cruciale vraag is uiteraard of in het kader van de toepassing van het Nederlandse strafrecht aan een anti-corruptie compliance programma zoveel gewicht kan worden toegekend dat het effectief een vervolging kan blokkeren.

Dat er argumenten zijn aan te dragen om die vraag bevestigend te beantwoorden kan uit het voorgaande blijken. Een onderneming die een compliance programma inricht en daar consciëntieus uitvoering aan geeft en niettemin corruptie averij oploopt, bijvoorbeeld doordat een agent in het buitenland omkooptransacties verricht, bevindt zich in een andere positie dan een bedrijf dat niets doet aan corruptiepreventie en in zo'n situatie terecht komt.

Dat verschil zal in elk geval zijn gewicht doen wegen bij een eventuele strafbepaling indien de onderneming met het compliance programma in Nederland zou worden vervolgd. Maar, dat oogt mager. Immers, een bedrijf dat zich degelijke compliance inspanningen getroost wordt dan toch aan een strafrechtelijke rechtsgang onderworpen met alle consequenties die daaraan verbonden kunnen zijn.

Uiteraard bestaat in ons stelsel in zo'n situatie de mogelijkheid dat een officier van justitie op basis van het in art. 167

Sv verankerde opportuniteitsbeginsel de beslissing neemt niet tot vervolging over te gaan en de zaak af te doen met een sepot. Dat is zeker niet uitgesloten. Voor de hand liggend is dat evenwel in het huidige tijdsgewricht niet. Met alle aandacht die er is voor de bestrijding van corruptie moet een officier van justitie wel veel gevoel voor onafhankelijkheid hebben daartoe te willen overgaan. Met de huidige aandacht voor het onderwerp is een transactie met het Openbaar Ministerie wellicht het best haalbare resultaat.²⁶ Daar komt bij dat bij gebreke van beleid, vergelijkbaar met dat in de Engelse situatie, binnen het Openbaar Ministerie zo'n beslissing op individueel 'officiers-niveau' niet gemakkelijk te nemen is. Bovendien is, wederom met het ontbreken van beleid, het lastig voor het Openbaar Ministerie een compliance programma op waarde te schatten.

Er zijn desalniettemin andere avoenen die mogelijk soelaas kunnen bieden. Vooreerst het aspect van toerekening aan de rechtspersoon. De invulling die de Hoge Raad aan het daderschap van de rechtspersoon, als bedoeld in art. 51 Sr, heeft gegeven komt er, na het Zipse-arrest, op neer dat vooral georiënteerd kan worden op de vraag of de gedragingen zijn gepleegd in de sfeer van de rechtspersoon.²⁷ Voorheen was de oriëntatie bij dat leerstuk gericht op de beschikkings- en aanvaardingscriteria zoals geformuleerd in het IJzerdraad-arrest.²⁸ Inmiddels is het Zipse-arrest maatgevend en kan zelfs bij het niet vastgesteld zijn van het beschikkings- of aanvaardingscriterium toerekening onder omstandigheden geschieden.²⁹ Dat maakt de te verwachten ruimte om de mogelijke band van een feitelijke gedraging door een werknemer of bijvoorbeeld agent aan de rechtspersoon door te knippen niet al te groot. Bovendien gaat het bij de toerekening in wezen om toerekening van gedrag(ingen).

Nochtans is de vraag of de rechtspersoon er alles aan gedaan heeft het gedrag te voorkomen, vide het compliance programma, meer een vraag gericht op de zogenoemde inwendige persoonlijke omstandigheden; de vraag – in brede zin – of schuld aan de orde is. Die vraag staat, aldus de Hoge Raad, los van de toerekening als verwoord in het Zipse-arrest.³⁰ Daar lijkt meer ruimte te zitten dan sec bij de toerekening van het gedrag.

Wanneer ingezoomd wordt op het opzet of de schuld (de inwendige persoonlijke omstandigheden) van de rechtspersoon kan worden vastgesteld dat het daarbij zal moeten gaan – wederom – om toerekening aan de rechtspersoon.³¹ Opzet

22. Bribery Act 2010: joint prosecution guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions, opgesteld in mei 2011, aangepast in oktober 2012 (www.sfo.gov.uk/bribery--corruption).
23. Guidance on corporate prosecutions (www.sfo.gov.uk/bribery--corruption/corporate-self-reporting.aspx), p. 8.
24. Ibidem.
25. Bribery Act 2010: Joint prosecution guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions, oktober 2012, p. 11.
26. Vgl. Ballast Nedam in december 2012: <http://nos.nl/artikel/454111-miljoenenschikking-ballast-nedam.html>.
27. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328.
28. HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378.
29. HR 24 januari 2012, *LJN* BU5349.
30. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328, 3.5.
31. Bijv. HR 29 april 2008, *NJ* 2009/130.

of schuld kan uiteraard ook schuilen in het nalaten handelingen te verrichten.³² De onderneming die een goed compliance programma heeft opgezet en toch geconfronteerd wordt met bijvoorbeeld een solitair en buitenreglementair handelend ondergeschikte waardoor corruptie wordt gepleegd, heeft degelijke kaarten in handen zich te beroepen op het ontbreken van de gevergd inwendige persoonlijke omstandigheden om te komen tot de conclusie dat het feit niet door de rechtspersoon is gepleegd. In dat geval zijn er stevige argumenten om het opzet of de schuld van de natuurlijke persoon-pleger niet toe te rekenen aan de rechtspersoon. In het verlengde daarvan ligt een mogelijk beroep op de schuldsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (AVAS). De rechtspersoon beroept zich er in dat geval op dat zij alle maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van haar gevergd konden worden om de strafbare gedraging te voorkomen.³³ Gekend is in dat verband de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak van de pinda's met een te hoog aflatoxine gehalte.³⁴ Ondanks het feit dat het bedrijf in kwestie dat in pinda's handelde zich alle mogelijke moeite had getroost te voorkomen dat een te hoog aflatoxine B1 gehalte in de pinda's voorkwam, was dit bij controle niettemin het geval. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat in die situatie AVAS aan de orde was.³⁵

Vooraf waar de corruptie is gepleegd in het (verre) buitenland, weg van het bestuurscentrum van de onderneming, door een individu die daarmee heeft gehandeld tegen de compliance regels van het bedrijf, dat met een degelijk programma zich heeft gericht op het voorkomen en bestrijden van corruptie, is aanleiding te oordelen dat zij zich heeft gekwetend van alle van haar te vergen maatregelen, alle te betrachten zorg, en te concluderen dat de rechtspersoon niet schuldig is aan de overtreding van de norm.

Deze beknopte materiële strafrechtelijke beschouwingen wijzen in de richting van de conclusie dat, net als in de besproken common law landen, ook in Nederland ruimte is te oordelen dat een compliance programma op het vlak van anti-corruptie moet kunnen leiden tot een blokkade voor een veroordeling. Een blokkade voor veroordeling is nochtans (nog) geen barrière voor vervolging. Besluit een officier van justitie te vervolgen, zal de onderneming in kwestie zich in rechte hebben te verdedigen.³⁶ Dat lijkt, zoals belicht, niet in alle gevallen een gewenste situatie.

Meer recht aan de positie van ondernemingen die zich naar behoren inspannen met een compliance programma om corruptie (vooral in het buitenland) te voorkomen maar waar in weerwil daarvan een overtreding geschiedt, zou worden gedaan indien het Openbaar Ministerie overgaat tot het vaststellen van beleid inhoudend dat onder omstandigheden – kortweg – een compliance programma kan leiden tot het achterwege blijven van vervolging.

Het Openbaar Ministerie zou daarvoor inspiratie kunnen opdoen in de besproken Engelse en Amerikaanse situatie. Vraagpunt daarbij is of het Openbaar Ministerie ten onzent zou kunnen vergen dat een bedrijf dan zelf overgaat tot melding. Belicht werd dat dit in zowel de Verenigde Staten als het Verenigd Koninkrijk voor een echte blokkade op vervolging min of meer gevergd lijkt te zijn. Geheel onbekend is overigens zo'n constellatie in onze rechtssfeer niet. Ook in het mededingingsrecht, met de daar bestaande clementie (of leniency) richtsnoeren, is onderdeel van het sanctierecht, dat een karteldeelner die zelf en als eerste overgaat

tot melding van het kartel aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) respectievelijk de Europese Commissie (EC), immuniteit voor vervolging kan verkrijgen.³⁷ Ook komt het in de strafrechtelijke praktijk al wel eens voor dat bedrijven zelfstandig overgaan tot melding bij justitie.³⁸ Zo'n constructie is dus niet uitgesloten. Wel zou ze duidelijke spelregels vergen. Bestaan die niet, dan komt al rap de rechtszekerheid in het gedrang.

Buiten het aspect van het al dan niet zelf melden zou het beleid kunnen aansluiten bij de aanbevelingen van de OESO op het vlak van anti-corruptie compliance en tot uitdrukking brengen dat indien een onderneming zich kwijt van alle redelijkerwijs in dat kader te vergen maatregelen, vervolging achterwege kan blijven. Andere variabelen, zoals dat het gaat om een incident, dat de betrokkene-pleger het compliance programma heeft omzeild, zijn als indicatoren mogelijk, maar de zorgplicht lijkt het uitgangspunt te kunnen vormen.

6. Uitleiding

Vanuit een materieel strafrechtelijke benadering is er reden te komen tot een ontwikkeling, net als in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, om ondernemingen die omtrent buitenlandse corruptie een adequaat compliance programma hebben ingericht, onder omstandigheden, niet te onderwerpen aan vervolging. Dat vergt inkleuring door het Openbaar Ministerie, maar zou goed aansluiten bij de internationale ontwikkeling, waarin organisaties zoals de OESO het opzetten van een compliance programma op het vlak van anti-corruptie sterk propageren. Op die wijze zou het Openbaar Ministerie, naar verwacht mag worden, tevens het sanctierecht versterken door (indirect) juist compliance op dit gebied te bemoedigen. Wat daar van zij, de ondernemingen die investeren in anti-corruptie compliance programma's doen dat niet voor niets, ook bij een onverhoopte overtreding. Het is een solide middel tot verweer in de strafrechtelijke context, onder omstandigheden tegen veroordeling en wellicht zelfs tegen vervolging.

32. Vgl. HR 22 augustus 2006, *NJ* 2006/484.

33. Bijv. Rb. Amsterdam 28 juni 2007, *NJFS* 2007/222.

34. HR 2 februari 1993, *NJ* 1993/476.

35. Vgl. Machielse in NLR, 'Schuld in het algemeen', aant. 6, die bepleit dat juist bij de rechtspersoon meer ruimte voor AVAS in dit soort situaties hoort te zijn.

36. Ik laat de mogelijkheid van het bezwaar tegen de dagvaarding (art. 262 Sv), dat bij opzet/schuld verweren en indachtig de daarbij spelende marginale beoordeling kansarm moet worden geacht, hier buiten beschouwing.

37. Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 8 december 2006, C 298/17 (2006/C 298/11) respectievelijk Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels, *Stcr.* 2009, 14078.

38. Vgl. recnt de onderneming Ballast Nedam die omtrent de door haar zelf bij justitie aangeleverde omkopingzaak, voor wat haar betrof, vervolgens een zeer substantiële schikking met het Openbaar Ministerie trof ter voorkoming van (verdere) strafvervolging: <http://nos.nl/artikel/454111-miljoenschikking-ballast-nedam.html>.