

Exhibit C

Translated Excerpts

Corporate Law, Anticorruption Compliance: What to Do When Things Go Wrong?

Updated to 12-20-2012

Anticorruption Compliance: What to Do When Things Go Wrong?

Authors: M. J. C. Somsen, LL.M., and R. Van Staden ten Brink, LL.M.¹

Compliance programs limit the chances of bribery occurring, but do not entirely prevent it. In some countries it is still customary to make improper payments to government officials in order to obtain contracts or permits. Employees in those countries may mistakenly decide on their own initiative that the commercial interests of the company must weigh more heavily than compliance with legislation and company policy. When such abuses occur, an internal investigation is often appropriate. In this article, we provide a brief sketch of the international legal context and address the reasons for an internal investigation, how to approach such an investigation, and the dilemmas that come up in conducting one. We also discuss a number of trends and developments.

(. . .)

It must then be determined who will conduct the investigation: the company itself, a law firm, or an external accountant. U.S. authorities often require that a law firm with relevant expertise be engaged and in that case, there is no choice. In other instances, the question whether external assistance is needed often depends on the level of expertise that is required and the company's own resources.

In addition, in making the choice, the so-called *legal privilege*, the right of a licensed attorney to refuse to answer questions, plays a role. In most countries, this legal professional privilege gives the licensed attorney and that attorney's client the right to keep legal advice, correspondence, and documentation put together in preparation for legal proceedings confidential.¹⁸ This means that such documents do not have to be shown to authorities. Moreover, the company may also decline to produce such documents in civil litigation. This is particularly relevant in countries that have a *discovery* system, where all papers relevant to a case must be brought into the proceeding. Finally, whether the investigation may be conducted internally with sufficient independence also plays a role in this choice (see also the dilemmas discussed below).

¹⁸ In the U.S., there is also a privilege for in-house attorneys. See Brian, McNeil et al., *Internal Corporate Investigations*, American Bar Association 2003, at 27 and the case law cited in its footnote 36. In the Netherlands, no such privilege exists for in-house attorneys, and the professional privilege for licensed in-house attorneys (so-called "Cohen attorneys") has since ECCJ July 3, 1991, no. C-550 07 P (*Akzo/Commission*) been called into doubt, even outside the context of antitrust law.

Original

Ondernemingsrecht, Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?

Bijgewerkt tot 2012-12-20.

Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?

Auteur: Mr. drs. M.J.C. Somsen en mr. R. van Staden ten Brink¹

Compliance-programma's beperken de kans dat zich omkoping voordoet, maar sluiten het niet uit. In sommige landen is het doen van onzakelijke betalingen aan overheidsfunctionarissen nog steeds gebruikelijk om opdrachten of vergunningen te bemachtigen. Werknemers kunnen in die landen ten onrechte op eigen initiatief besluiten dat de commerciële belangen van de onderneming zwaarder moeten wegen dan naleving van wetgeving en het beleid van de onderneming. Wanneer zich dit soort misstanden voordoet is intern onderzoek vaak aangewezen. In dit artikel geven wij een korte schets van het internationaal-juridisch kader en gaan wij in op de redenen voor een intern onderzoek, de aanpak ervan en de dilemma's die erbij opkomen. Ook bespreken wij een aantal trends en ontwikkelingen.

1. Inleiding

Eginhard Vietz, de 71-jarige Duitse oprichter van een internationaal bedrijf dat oliepijpleidingen aanlegt, gaf in 2010 in een interview met *Handelsblatt* ruitelijk toe gedurende zijn carrière meermaals in het buitenland smeergeld te hebben betaald.² 'Ohne schmiergeld geht es nicht', zo bezwoer hij, en anti-corruptie compliance noemde hij 'reine Heuchelei'. Een maand later vielen de Duitse opsporingsdiensten bij Vietz binnen. Vietz riskeerde vijf jaar gevangenisstraf, maar kwam er uiteindelijk met een boete van € 50.000 vanaf.³

Voor omkoping van buitenlandse functionarissen bestond in het verleden enige tolerantie. De heer Vietz ging er kennelijk vanuit dat dit nog steeds zo zou zijn. Het toegenomen maatschappelijk bewustzijn van ondernemingen en de toegenomen handhaving maken echter dat multinationals zich een dergelijke houding niet meer kunnen veroorloven. De meeste multinationals hebben in de laatste jaren uitgebreide compliance programma's ingevoerd, die (buitenlandse) omkoping beogen te voorkomen.

Compliance programma's beperken de kans dat zich omkoping voordoet, maar sluiten het niet uit. In sommige landen is het doen van onzakelijke betalingen aan overheidsfunctionarissen nog steeds gebruikelijk om opdrachten of vergunningen te bemachtigen. Werknemers kunnen in die landen ten onrechte op eigen initiatief besluiten dat de commerciële belangen van de onderneming (en vaak ook hun eigen daarmee verbonden belangen) zwaarder moeten wegen dan naleving van wetgeving en het beleid van de onderneming. Wanneer zich dit soort misstanden voordoet en bijvoorbeeld via een klokkenluidersmelding aan het licht komen, is intern onderzoek vaak aangewezen.

In dit artikel geven wij eerst een korte schets van het internationaal-juridisch kader met betrekking tot buitenlandse omkoping. Wij gaan vervolgens in op de redenen voor een intern onderzoek, de aanpak ervan en de dilemma's die daarbij opkomen. Tot slot bespreken wij een aantal trends en ontwikkelingen.

2. Juridisch kader

De Amerikaanse *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) verbiedt sinds 1977 omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen. De wet vindt zijn oorsprong in onder meer de *Lockheed*-affaire. De FCPA verbiedt – kort weergegeven – personen of bedrijven met een Amerikaans belang om betalingen aan een buitenlandse overheidsfunctionaris of politiek ambtsdrager te doen teneinde een handeling te laten verrichten of een beslissing te doen nemen die gericht is op verkrijging of behoud van een zakelijk belang. Uitgezonderd zijn zogenaamde *facilitation payments*: mits deugdelijk geadmistreerd vallen betalingen ter versnelling of veiligstelling van 'routine governmental action' (verrichtingen waar men ook zonder de betalingen recht op had) er niet onder.⁴ De wet heeft een ruime extraterritoriale werking en raakt daarom niet uitsluitend Amerikaanse bedrijven: een beperkte connectie met de Verenigde Staten is al voldoende om onder de werkingssfeer van de FCPA te vallen. Nederlandse ondernemingen werden na Amerikaanse en Zwitserse ondernemingen in de periode 1977-2011 het vaakst getroffen door handhaving onder de FCPA.⁵

Handhaving van de FCPA vindt in strafrechtelijke zin plaats door de *Department of Justice* (DOJ) en in bestuursrechtelijke zin⁶ eveneens door de DOJ en voorts de *Securities and Exchange Commission* (SEC). Deze autoriteiten hebben in november 2012 gezamenlijke richtlijnen uitgegeven om de werkingssfeer en handhaving van de FCPA te verduidelijken.⁷ De DOJ en de SEC moedigen bedrijven hierin aan om wetsovertredingen zelf te melden om deze vervolgens zelf of door een extern advocatenkantoor te laten onderzoeken en interne maatregelen te treffen. Uit de richtlijnen⁸ blijkt dat een dergelijke coöperatieve houding kan leiden tot strafvermindering.⁹ Na afronding van het onderzoek vinden doorgaans schikkingsonderhandelingen plaats. Hieruit komen vaak overeenkomsten met autoriteiten voort, waarin de onderneming toezegt om (overigens doorgaans zonder schuld te erkennen) een betaling te doen en zich aan bepaalde voorwaarden te houden.¹⁰ Uitsluitend in exceptionele gevallen gaan de autoriteiten over tot strafvervolging of bestuursrechtelijke handhaving.

De Verenigde Staten hebben na de invoering van de FCPA gepoogd om ook andere westerse landen te bewegen buitenlandse omkoping strafbaar te stellen. In 1997 tekenden een aantal landen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (het Verdrag), waarin ze zich tot strafbaarstelling van dit soort corruptie hebben verplicht. Net als de FCPA maakt het Verdrag een uitzondering voor *facilitation payments*, met de overweging dat de handhaving van dergelijke betalingen aan de autoriteiten van het betreffende land moet worden overgelaten. De toetreding tot en implementatie van het Verdrag verliep traag. Pas

nadat de Verenigde Staten in 1999 hadden besloten om de handhaving van de FCPA tot prioriteit te verheffen, hebben landen als het Verenigd Koninkrijk¹¹, Duitsland¹² en Nederland¹³ omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen strafbaar gesteld.

Het Verenigd Koninkrijk heeft in 2011 de *U.K. Bribery Act* ingevoerd. Sectie 6 van deze wet verbiedt omkoping van een overheidsfunctionaris of politiek ambtsdrager. Sectie 7, die alleen van toepassing is op rechtspersonen, stelt ook strafbaar dat men een derde persoon er niet van weerhoudt om een overheidsfunctionaris of politiek ambtsdrager namens hem om te kopen. Bovendien kent de *U.K. Bribery Act* geen uitzondering voor *facilitation payments*. Dit leidde menig praktijkbeoefenaar er in 2010 toe om de *U.K. Bribery Act* als de strengste anti-corruptiewet ter wereld te kwalificeren. Een in 2011 door het (Britse) Ministerie van Justitie gepubliceerde richtlijn¹⁴ haalde echter de scherpe randen in belangrijke mate van de wet af. Deze richtlijn maakte duidelijk dat betalingen voor 'gastvrijheid, promotionele uitgaven en andere zakelijke betalingen' binnen bepaalde grenzen niet onder de werkingssfeer van het verbod vielen. Bovendien verduidelijkte de richtlijn dat in gevallen waarin een betaling of ander voordeel was aangeboden, dit uitsluitend strafbaar was indien kon worden aangetoond dat dit was gedaan met het doel zakelijk voordeel te behalen of te behouden.

In Nederland is omkoping van personen in buitenlandse openbare dienst strafbaar gesteld in art. 178a jo. art. 177 en 177a Sr. Uit een aanwijzing van het Openbaar Ministerie (OM) van 3 januari van dit jaar¹⁵ blijkt dat, hoewel *facilitation payments* strikt genomen onder het bereik van de strafbepalingen vallen, deze in de praktijk niet zullen worden vervolgd. In lijn met het Verdrag (en de FCPA) stelt ook het OM zich op het standpunt dat de betalingen dan wel transparant dienen te worden geadministreerd.

De Verenigde Staten nemen nog steeds het voortouw in de handhaving van buitenlandse omkoping. In de periode 1977-2011 hebben de Verenigde Staten in 468 gevallen handhavingsmaatregelen (met inbegrip van punitieve schikking) opgelegd.¹⁶ Ter vergelijking: in het Verenigd Koninkrijk werden in dezelfde periode 32 keer handhavingsmaatregelen getroffen en in Nederland slechts 8 keer.¹⁷ In de praktijk is de FCPA daarom nog steeds leidend in veel compliance-programma's en omkopingszaken.

3. Redenen voor het doen van intern onderzoek

Er kunnen in een omkopingszaak diverse redenen zijn om een intern onderzoek uit te voeren. Zoals ook hiervoor is uiteengezet, zullen (Amerikaanse) autoriteiten in veel gevallen simpelweg eisen of verwachten dat een onderneming een intern onderzoek laat uitvoeren en de bevindingen met die autoriteiten deelt. Het komt ook voor dat autoriteiten informatieverzoeken doen die een intern onderzoek feitelijk noodzakelijk maken. Autoriteiten vragen dan zo veel of juist zo specifieke informatie op, dat het niet mogelijk is om aan een dergelijk verzoek te voldoen zonder uitvoerig intern (document)onderzoek.

Een andere reden tot het doen van intern onderzoek is de interne en externe communicatie. In de meeste omkopingszaken verdient het aanbeveling om te streven naar weinig publiciteit. Soms is de publieke aandacht en verontwaardiging echter zodanig, dat niet communiceren schadelijker is dan wel communiceren. Het is in dat geval in het belang van (het bestuur van) de onderneming om aan autoriteiten, aandeelhouders, werknemers en het publiek te laten zien dat de onderneming controle uitoefent over de situatie. Een intern onderzoek past in dit plaatje.

Een onderneming heeft in een omkopingszaak daarnaast vaak behoefte om disciplinaire maatregelen te treffen en nieuw beleid te gaan voeren dat soortgelijke incidenten in de toekomst moet voorkomen. Hiertoe is het nodig te onderzoeken wie er wetenschap had van en betrokkenheid bij het incident en waarom er niet tegen is opgetreden. Autoriteiten verwachten overigens ook dat ondernemingen maatregelen treffen en ervan blijk geven dat de onderneming lering uit het incident heeft getrokken.

Ook wordt een intern onderzoek vaak uitgevoerd om de onderneming middelen te geven zich te verweren. Een intern onderzoek kan disculperend werken, bijvoorbeeld omdat er geen bewijs voor onregelmatigheden wordt gevonden of omdat eruit blijkt dat er door de top van de onderneming juist beleid is gevoerd teneinde het geconstateerde gedrag tegen te gaan. Disculperende onderzoeksresultaten kunnen vervolgens worden gebruikt in onderhandelingen met autoriteiten om de te betalen boete omlaag te brengen of om civiele claims of handhavingsmaatregelen in rechte aan te vechten.

Er zijn nadelen aan het doen van een intern onderzoek. Allereerst brengt een intern onderzoek vrijwel zonder uitsluiting hoge kosten mee. Voorts leidt een onderzoek tot een overzichtelijke rangschikking, analyse en kwalificatie van het feitencomplex (feitenfixatie), hetgeen het voor derde partijen eenvoudiger maakt om de onderneming aansprakelijk te stellen. Dit nadeel komt in het bijzonder naar voren indien de betrouwbaarheid van het onderzoek en de rapportage onvoldoende is gewaarborgd (zie ook de dilemma's hierna).

4. Methode van onderzoek

4.1 Omvang, sturing en uitvoering van het onderzoek

Wanneer een onderneming besluit om een intern onderzoek uit te voeren, dient zij allereerst de omvang van het onderzoek te bepalen, ook wel *scoping* genoemd. Hierbij is van bijzonder belang met welk doel het onderzoek wordt uitgevoerd. Een onderzoek dat wordt uitgevoerd om autoriteiten te informeren dient bijvoorbeeld goed te worden begrensd, om te voorkomen dat het onderzoek zich nodeloos uitbreidt. Maar ook overigens verdient zorgvuldige *scoping* aanbeveling. Onnodig uitdijende onderzoeken zijn geen zeldzaamheid.

Een ander punt van aandacht is de vraag welk orgaan binnen de onderneming het onderzoek aanstuurt en daarvoor verantwoordelijkheid draagt: de Raad van Bestuur (RvB) of de (doorgaans aanwezige) Raad van Commissarissen (RvC). In een anti-corruptieonderzoek zal de RvB het onderzoek meestal initiëren en aansturen. Een voorwaarde hiervoor is dat de onafhankelijkheid van het onderzoek gewaarborgd blijft en geen schijn van belangenverstrengeling ontstaat. Die schijn

kan bijvoorbeeld ontstaan, indien er bij de vermeende omkoping betrokkenheid lijkt te zijn van (groeps)management. In een dergelijk geval, waarin (ook) een of meer leden van de RvB – al was het maar vanwege functionele verantwoordelijkheid – de schijn van belang kan aankleven, ligt het voor de hand het onderzoek (mede) door de RvC te laten aansturen. Overigens is het ook in gevallen dat de RvB het onderzoek zelfstandig aanstuurt, gebruikelijk dat de RvC zich periodiek laat informeren en zich zo nodig kritisch opstelt. Hierbij kan de RvC zich desgewenst laten bijstaan door een eigen adviseur, die de procesvoering bewaakt en de RvC bijpraat over de tussentijdse bevindingen. Daarnaast spelen interne functies als Legal, Compliance en Audit meestal een belangrijke (en in praktische zin vaak belangrijkste) rol.

Er dient voorts te worden bepaald wie het onderzoek gaat uitvoeren: de onderneming zelf, een advocatenkantoor of een externe accountant. Amerikaanse autoriteiten vereisen vaak dat er een ter zake deskundig advocatenkantoor wordt ingeschakeld en in dat geval heeft men geen keuze. In andere gevallen hangt de vraag of er externe assistentie nodig is vaak af van de vereiste expertise en de resources die de onderneming zelf heeft.

Daarnaast speelt bij deze keuze het zogenaamde *legal privilege*, het verschoningsrecht van een advocaat. Dit verschoningsrecht geeft de advocaat en zijn cliënt in de meeste landen het recht om juridisch advies, correspondentie en documentatie die is opgesteld ter voorbereiding op juridische procedures, geheim te houden.¹⁸ Een en ander brengt mee dat dergelijke documenten niet aan autoriteiten hoeven te worden getoond. Bovendien mag de onderneming deze documenten ook uitsluiten van productie in civiele rechtszaken. Dit is in het bijzonder relevant in landen die een *discovery*-stelsel kennen, waar alle voor de zaak relevante stukken in de procedure moeten worden gebracht. Tot slot speelt bij deze keuze nog of het onderzoek intern wel met voldoende onafhankelijkheid kan worden uitgevoerd (zie ook de dilemma's hierna).

4.2 Documentonderzoek

In vrijwel ieder onderzoek is het in eerste instantie nodig om documentonderzoek te doen. Een algemeen geaccepteerde standaard voor het uitvoeren van documentonderzoek is het *Electronic Discovery Reference Model* (EDRM).¹⁹ Het onderzoeksproces vangt aan met het identificeren van de relevante e-mails en documenten van personen die (mogelijkerwijs) betrokkenheid hebben bij de omkoping. Ook de boekhouding kan in dit kader een bron van informatie zijn. Vervolgens stelt men deze informatie veilig door een kopie te maken van alle huidige gegevens en door alle *backuptapes* voor nader onderzoek op te slaan.

Amerikaanse autoriteiten en Amerikaanse rechters in civiele zaken nemen het een onderneming kwalijk als in dit stadium documenten verloren gaan. Zij eisen dat er een zogenaamde *document retention notice* wordt gestuurd aan alle personen die onderwerp zijn van onderzoek of anderszins over relevante informatie kunnen beschikken, alsmede het IT-personeel. In deze brief krijgen de betrokkenen instructie om documenten die betrekking hebben op het onderwerp van onderzoek te bewaren. Daarin kan waar opportuun ook informatie worden opgenomen die vereist is om te voldoen aan de informatieplicht van art. 33 en 34 Wbp (Wet bescherming persoonsgegevens).²⁰ De Wbp schrijft namelijk voor dat betrokkenen moeten worden geïnformeerd over een verwerking van hun persoonsgegevens, zoals hun naam of e-mailadres, tenzij dit informeren een onevenredige inspanning zou vergen.

Nadat de documenten zijn veiliggesteld, dienen deze op een efficiënte manier te worden beoordeeld. Er zijn tegenwoordig geavanceerde zoekomgevingen²¹ beschikbaar om documenten met grote teams op zoekwoorden te doorzoeken. Indien een autoriteit betrokken is bij het onderzoek, zal deze vaak verlangen dat de zoekwoorden met haar worden afgestemd. In de meer omvangrijke onderzoeken is de omvang van te onderzoeken documenten vaak zodanig dat er veel aandacht dient te worden besteed aan de projectorganisatie. Zo kan het voor de hand liggen om tijdelijk contractjuristen in te huren die tijdens een zogenaamde *first level review* een eerste beoordeling maken van de documentatie. Het onderzoeksteam bekijkt tijdens de *second level review* vervolgens uitsluitend stukken die een zekere relevantie (lijken te) hebben.

4.3 Interviews

Een ander vast element in een intern onderzoek zijn interviews. Interviews zijn allereerst nuttig om informatie te vergaren over de persoon, zijn carrière en zijn positie in de onderneming. Daarnaast bieden interviews gelegenheid om de resultaten van het documentonderzoek aan de betrokkenen voor te leggen. Ook bestaat er tijdens een interview een kans dat de geïnterviewde informatie naar voren brengt die niet met documentonderzoek kan worden achterhaald, bijvoorbeeld ter zake van beweegredenen of disculpatie.

Interviews beginnen doorgaans met een aantal inleidende opmerkingen. Zo wordt uitgelegd waar het onderzoek zich op richt, hoe er wordt genotuleerd en of de betrokkene gelegenheid krijgt om de notulen in te zien. Ook verdient het aanbeveling te benadrukken dat de advocaten die het interview uitvoeren, werken voor de onderneming en dat het verschoningsrecht op de notulen uitsluitend de onderneming beschermt en ook door de onderneming (in samenspraak met de advocaat) kan worden prijsgegeven. In dit kader is overigens van belang dat in de Verenigde Staten wel wordt aangenomen dat het verschoningsrecht op de notulen komt te vervallen, indien de notulen aan de geïnterviewde worden getoond of ter hand worden gesteld. Dit geldt ook indien de notulen slechts ter acceptatie en ondertekening worden aangeboden. Tot slot wordt doorgaans het vertrouwelijk karakter van het interview benadrukt.

De inhoud van het interview is in de praktijk afhankelijk van degene die het interview afneemt en de gedragingen die onderwerp zijn van gesprek. Een veel gebruikte methode is om eerst de positie van de geïnterviewde te bespreken, vervolgens te inventariseren op welke wijze hij in het kader van zijn functie is geïnstrueerd en wat het gehanteerde normenkader is, om daarna de bevindingen uit het documentonderzoek en de interviews met andere personen aan hem voor te leggen. Het interview wordt in de regel afgesloten met de open vraag of er nog relevante onderwerpen zijn die onbesproken zijn gebleven.

In beginsel is een werknemer op basis van de instructiebevoegdheid van de werkgever en goed werknemerschap verplicht om medewerking te verlenen aan een interview. Leugens tijdens een interview kunnen een dringende reden opleveren

voor ontslag op staande voet.²² Wel moeten de belangen van de werknemer en zijn rechtspositie nadrukkelijk worden meegewogen. Indien er voorafgaand aan het interview een voornemen is om disciplinaire maatregelen te treffen, getuigt het van goed werkgeverschap om hem aan te raden een eigen advocaat mee te nemen. Als de werknemer op eigen initiatief een eigen advocaat neemt, dient deze tot het interview te worden toegelaten.

4.4 Rapportage

Nadat het onderzoek is afgerond dienen de resultaten te worden gerapporteerd. In veel onderzoeken bestaat een neiging om een uitvoerig schriftelijk rapport te laten opstellen. Een dergelijk rapport lijkt een waardevol middel om over vervolgstappen zoals disciplinaire maatregelen te besluiten. Het kan aan derde partijen (zoals autoriteiten of het publiek) ter beschikking worden gesteld, zodat deze zien dat het onderzoek met zorg is uitgevoerd. Ook vormt een rapportage tastbaar bewijs van het werk dat is uitgevoerd, waardoor het eenvoudiger is om de kosten en inspanningen van het onderzoek binnen de organisatie te rechtvaardigen.

In de praktijk kleven er echter de nodige risico's aan het opstellen van een dergelijk document. Een rapport omvat in de regel een overzichtelijke rangschikking van feiten en vaak een kwalificatie van die feitelijke bevindingen. Iemand die kennisneemt van het rapport krijgt hierdoor alle feiten en implicaties op een presenteerblaadje, zonder eigen onderzoek te hoeven doen. Eisers in een civiele rechtszaak trachten daarom doorgaans het rapport te bemachtigen, teneinde het voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor het is geschreven. Om deze reden besluiten ondernemingen soms te volstaan met een presentatie of een mondelinge rapportage. Indien onverhoopt toch nodig blijkt een uitvoerig rapport op te stellen, is het raadzaam om het onder verschoningsrecht tot stand te brengen (zie ook hiervoor en hierna). Het rapport hoeft dan in beginsel niet op vordering ter beschikking te worden gesteld in civiele rechtszaken.

4.5 Variabele componenten

Documentonderzoek, interviews en rapportage komen in vrijwel elk onderzoek voor. Afhankelijk van de aard van het onderzoek kan er ook nog aanvullend onderzoek met behulp van specifieke expertise worden gedaan. Zo kan in een omkopingsonderzoek een forensisch accountant worden ingeschakeld, die in de administratie gaat vaststellen hoe de omkopingsbetalingen zijn vormgegeven, wie die betalingen heeft gedragen en hoe zij zijn geadministreerd. Ook kan bijvoorbeeld worden vastgesteld of aan de zijde waar de omkopingsgelden zijn ontvangen, een onzakelijke prijs werd betaald voor de onderliggende transactie. Het kan daarnaast voorkomen dat er forensisch IT-onderzoek dient te worden uitgevoerd, bijvoorbeeld als er een vermoeden bestaat dat er in strijd met een *document preservation notice* bestanden zijn gewist. Als er een advocaat betrokken is bij het onderzoek, is aan te raden om dit soort externe experts als hulppersonen van de advocaat te contracteren en deze door de advocaat te laten instrueren. Dit bevordert dat rapportage van deze hulppersonen eveneens onderwerp van verschoningsrecht is.

5. Dilemma's

Zoals blijkt uit het voorgaande verloopt een intern onderzoek in de regel volgens een vast stramien. Er doen zich echter tijdens een intern onderzoek geregeld dilemma's voor, waarover beslissingen moeten worden genomen. Wij schetsen hieronder een aantal veelvoorkomende dilemma's.

5.1 Openheid van zaken vs. bescherming juridische positie

Amerikaanse autoriteiten bevorderen dat een onderneming die een omkopingsaffaire ontdekt, deze onverwijld meldt bij de autoriteiten. De FCPA omvat geen plicht tot een dergelijke *self-reporting*, maar zoals hiervoor aangegeven levert het zelf melden mogelijk wel *coulance* bij de autoriteit (men noemt dit *regulatory credit*) en daarmee een potentieel lagere sanctie op. Het melden van een omkopingsaffaire zet echter tegelijk ook een onomkeerbaar proces in werking. De autoriteiten zullen verlangen dat er uitvoerig onderzoek wordt gedaan en zullen vervolgens vrijwel zeker een sanctie opleggen.

Een eerste vraag bij het besluit om wel of niet te melden is of de zaak al in de publiciteit is. Is dit het geval, dan zullen de autoriteiten hoe dan ook wel kennis van de zaak nemen en verdient het reeds om die reden aanbeveling om openheid van zaken te geven en volledige medewerking toe te zeggen. Als de zaak nog geen media-aandacht heeft, is het de vraag of er anderszins een aanleiding is om naar buiten te moeten treden. Koersgevoeligheid kan hiervoor een reden zijn, maar bijvoorbeeld ook de beursregels, sectorcodes of lokaal recht. Bij het uitvoeren van onderzoeken in sommige jurisdicties, waaronder Nederland, dienen de verwerkingen van persoonsgegevens die in het kader van het onderzoek plaatsvinden voorts te worden gemeld bij de lokale privacyautoriteit, die deze publiek maakt op haar website. Ook interne redenen, zoals *business principles* of de kans dat de zaak (al dan niet via een klokkenluider) zal worden gelekt kunnen worden meegenomen in de afweging. Als de conclusie is dat de onderneming naar buiten dient te treden, dan geldt wederom dat de autoriteiten hoe dan ook kennis van de zaak zullen nemen en dat het beter is om hen op eigen initiatief te benaderen dan hun bericht af te wachten.

Het is anders indien de zaak nog niet in de publiciteit is en er ook anderszins (nog) geen aanleiding is om naar buiten te treden. In dat geval moeten de voordelen van een *self-disclosure* zelfstandig worden afgewogen tegen de nadelen. Die voordelen hangen af van diverse factoren, zoals de ernst van de overtreding, de mogelijkheden om een goede verdediging te voeren en de mogelijkheden om de zaak vertrouwelijk te houden en intern af te doen. De nadelen zullen sterk afhangen van de potentie voor boetes en de slagingskans van civiele claims. Het verdient opmerking dat Amerikaanse advocatenkantoren zeer verschillend adviseren over *self-reporting*. Sommige raden het in alle gevallen aan, terwijl andere erop zullen wijzen dat er slechts weinig publieke informatie beschikbaar is over de reductie van sancties die bij *self-reporting* wordt toegepast. Het is ook wat ons betreft goed mogelijk dat er bij de bepaling van een sanctie andere factoren van groter belang zijn. Men kan hierbij denken aan factoren als een coöperatieve opstelling, effectieve compliance-programma's, de aard van de overtreding en de betrokkenheid van management. In de gevallen dat de DOJ en SEC in het geheel afzien van een sanctie, lijkt overigens wel steeds sprake te zijn van *self-reporting*.²³ Niettemin wordt ook bij *self-reporting* in toenemende mate gestraft.

5.2 Onafhankelijkheid van onderzoek vs. beheersing van de uitkomst

Een intern onderzoek dient in beginsel zo te worden opgezet, dat degenen die belang hebben bij de uitkomst van het onderzoek er geen invloed op kunnen uitoefenen. Anders bestaat het risico dat de uitvoering en uitkomst van het onderzoek wordt 'gestuurd' door de wensen van deze personen. Autoriteiten zijn vaak kritisch op de onafhankelijkheid waarmee het onderzoek is uitgevoerd. Een schijn van partijdigheid kan ertoe leiden dat de onderzoeksresultaten niet worden geaccepteerd en dat aanvullend onderzoek wordt gelast.

In paragraaf 4 gingen wij reeds in op de aansturing van het onderzoek vanuit de RvB en de belangenverstrengeling die in dat kader kan optreden. Ook in de operationele uitvoering van het onderzoek kan zich echter belangenverstrengeling voordoen. Een intern onderzoek wordt vrijwel altijd uitgevoerd door personen (bijv. interne of externe juristen, accountants) die de belangen van de onderneming zo goed mogelijk pogen te behartigen. Bovendien kan het onderzoek vaak niet worden uitgevoerd zonder hulp van personen uit het bedrijfsonderdeel dat onderwerp van onderzoek is. Inherent hieraan is dat deze personen de schade van de omkopingsaffaire voor de onderneming zullen trachten te beperken en dat dit belang ook doorwerkt in hun aanpak van het onderzoek. Er is in die zin sprake van een dubbele standaard met betrekking tot onafhankelijkheid.

Om de onafhankelijkheid van het onderzoek zo goed mogelijk te waarborgen, is het gebruikelijk om binnen de onderneming een *Steering Committee* op te zetten die de operationele kant van het onderzoek overziet. Deze *Steering Committee* rapporteert rechtstreeks aan de RvB of RvC en vormt daarmee de schakel tussen de bestuurslaag en de operationele uitvoering. De *Steering Committee* bestaat vaak uit (senior) vertegenwoordigers van Legal, Compliance en Audit en daarnaast uit (interne of externe) personen met een bijzondere expertise.

5.3 Noodzaak tot vertrouwelijkheid vs. noodzaak tot informeren belanghebbenden

Een omkopingszaak brengt juridische en reputationele risico's mee. Informatie die tijdens het onderzoek uitlekt kan door derden worden gebruikt om de onderneming civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. Ook kan de pers schade toebrengen aan de juridische positie en de reputatie van de onderneming door (voortijdig) over de omkopingszaak te berichten. Er zijn daarom diverse redenen om het onderzoek en de (tussentijdse) uitkomsten vertrouwelijk te behandelen. Het beste middel voor vertrouwelijkheid is de groep die inhoudelijke kennis heeft van het onderzoek zo veel mogelijk te beperken.

In de praktijk staat er echter juist veel druk op het onderzoeksteam om informatie over het onderzoek prijs te geven. Het gaat hierbij om partijen die met (enig) recht aanspraak kunnen maken op die informatie: denk hierbij aan voorlichters, die dagelijks de pers op afstand moeten houden, of auditors, die kritisch moeten toezien of de interne procedures naar aanleiding van de omkopingszaak zijn verbeterd. Als de onderneming verzekerd is dient er, teneinde aanspraak te maken op schadevergoeding, doorgaans ook een melding te worden gedaan bij de verzekeraar, die vervolgens eveneens informatie over het onderzoek zal willen ontvangen. Ook willen autoriteiten meestal periodiek over de stand van het onderzoek op de hoogte worden gesteld.

Men ontkomt er vaak niet aan deze groepen in beperkte mate te informeren. Een gebruikelijke wijze om dit te doen is door middel van een presentatie die specifiek is toegesneden op het gezelschap. Indien een dergelijke presentatie door de externe advocaat wordt opgesteld en uitsluitend aan interne medewerkers wordt getoond, blijft het verschoningsrecht hierop in de meeste jurisdicties van toepassing. Dit is in de Verenigde Staten niet het geval indien de presentatie aan externe partijen zoals toezichthouders of verzekeraars wordt getoond. In andere landen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Nederland, behoort het verschoningsrecht na een dergelijke *selective disclosure* wel stand te houden.

5.4 Twee kanten van het verschoningsrecht

Hiervoor hebben wij reeds uiteengezet, dat men het interne onderzoek onder het bereik van het (afgeleid) verschoningsrecht kan brengen door dit door advocaten uit te laten voeren. Het verschoningsrecht heeft het voordeel dat het de onderneming in staat stelt haar externe adviseurs gedurende het onderzoekstraject juridisch advies en correspondentie te laten voorbereiden, zonder dat deze in handen komt van autoriteiten of eisers in civiele rechtszaken.

In de praktijk ontstaat echter vaak grote druk om dit verschoningsrecht op te geven. Met name autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk en Nederland plegen het verschoningsrecht in twijfel te trekken en sancties in het vooruitzicht te stellen als de onderneming de betreffende documenten niet verstrekt. In de Verenigde Staten was deze praktijk voorheen ook gebruikelijk, maar daaraan is inmiddels grotendeels een einde gemaakt.²⁴

Indien een onderneming na druk om het verschoningsrecht op te geven door de knieën gaat ontstaat er dubbele schade: enerzijds heeft het verschoningsrecht bij de totstandkoming van documenten een vals gevoel van veiligheid gecreëerd, waardoor er meer aan papier is toevertrouwd dan wellicht wenselijk was. Anderzijds is door de (verloren) discussie met autoriteiten ergernis veroorzaakt, die zich mogelijk vertaalt in een hogere sanctie. Men kan deze dubbele schade voorkomen door vanaf het begin van het onderzoekstraject een strakke lijn met betrekking tot verschoningsrecht te voeren en het desnoods op een rechterlijke toets te laten aankomen (die bij juiste structurering van het (afgeleid) verschoningsrecht wordt doorstaan).

Een onderneming die ervoor kiest om van het verschoningsrecht gebruik te maken, dient zich te realiseren dat de uitoefening van dit recht een behoorlijke krachtsinspanning kan vergen. De onderneming dient hiertegen opgewassen te zijn. Als de verwachting is dat de onderneming uiteindelijk door de knieën zou kunnen gaan, dan is het beter om niet (of uitsluitend voor wat betreft juridisch advies) op het verschoningsrecht te vertrouwen en bij het opstellen van (overige) stukken ervan uit te gaan dat deze ooit op straat kunnen komen te liggen.

5.5 Wel of niet onderhandelen met Amerikaanse toezichthouders?

Amerikaanse toezichthouders zullen in de regel streven naar een zo breed mogelijk onderzoek. Informatieverzoeken zijn evenzeer breed ingestoken. Vanuit de onderneming bestaat vaak een zekere vrees om hierover met de autoriteiten in discussie te gaan. Veel Amerikaanse en ook Engelse advocaten bevorderen die meegaande houding. Dit vindt vaak zijn oorsprong in het feit dat de advocaten een goede verstandhouding hebben met de autoriteiten (ze hebben er geregeld ook zelf gewerkt) en deze niet voor een specifieke zaak op het spel willen zetten. Een te meegaande houding van de onderneming zorgt echter vaak voor onnodige blootstelling aan risico.

Het verdient daarom aanbeveling om de advocaten aan te moedigen om de verzoeken van de autoriteiten kritisch te beoordelen. Er kunnen vaak argumenten worden bedacht waarom het onderzoek niet of slechts met beperkte *scope* hoeft te worden uitgevoerd. Zo kunnen feiten verjaard zijn, kan er geringe connectiviteit met de Verenigde Staten bestaan, kan de overtreding niet strafbaar zijn in het land waar zij is gepleegd of kan er lokaal al vervolging zijn ingesteld. Indien de toezichthouder vasthoudt aan de breedte van het verzoek, is het een optie om aan te bieden om steekproefsgewijs onderzoek te doen – ook wel *sampling* geheten – en het daar, bij uitblijven van resultaat, bij te laten. Er is een goede kans dat men in dit soort gevallen met de autoriteiten na discussie tot een vergelijk komt.

5.6 Vrijwillige verstrekking vs. uitlokking bevel of subpoena

Hiervoor is besproken dat Amerikaanse toezichthouders hechten aan vrijwillige medewerking en deze zeggen te belonen met strafvermindering. In sommige situaties levert het vrijwillig meewerken met een verzoek van een Amerikaanse toezichthouder echter een schending van het recht van een ander land op. Een voorbeeld is dat autoriteiten doorgaans verwachten dat de resultaten van het documentonderzoek (dus de relevante e-mails en andere documenten) gedurende het onderzoek periodiek worden geproduceerd. Persoonsgegevens mogen echter op grond van de Wbp en privacywetgeving van andere Europese landen niet zomaar aan Amerikaanse autoriteiten worden verstrekt.²⁵ Hetzelfde geldt voor gegevens over cliënten van een financiële instelling die worden beheerd door het bankgeheim. In dit soort gevallen is het volkomen legitiem om de Amerikaanse autoriteiten mede te delen dat eerst een passende oplossing dient te worden gevonden, voordat deze gegevens kunnen worden verstrekt.²⁶

Amerikaanse autoriteiten zijn in de laatste jaren meer bedreven geraakt in het navigeren van restricties onder privacywetgeving. Vaak is een oplossing dat de Amerikaanse autoriteiten aan hun Nederlandse evenknie een rechtshulpverzoek doen. Die kan op basis van dat rechtshulpverzoek de informatie vervolgens vorderen of in beslag nemen. De informatie kan daarna op grond van verdrag of overeenkomst²⁷ met de Amerikaanse autoriteiten worden gedeeld. De verstrekking van informatie langs deze route heeft als aanvullend voordeel dat de productie niet vrijwillig geschiedt en dit in de Verenigde Staten en ook elders het argument oplevert dat het verschoningsrecht niet is prijsgegeven.

6. Trends en ontwikkelingen

Tot slot gaan wij in op een aantal ontwikkelingen. Ten eerste staat persoonlijke aansprakelijkheid onder de FCPA op dit moment in de belangstelling. In december 2011 werden verschillende bestuurders en leidinggevendenden van Siemens persoonlijk door de DOJ en SEC gedagvaard,²⁸ drie jaar nadat Siemens voor een bedrag van \$ 1,6 miljard met de DOJ en SEC had geschikt. Het feit dat alle gedagvaarde personen niet de Amerikaanse nationaliteit hadden en de omkoping zelf in Argentinië had plaatsgevonden, weerhield de autoriteiten niet. Deze zaak illustreert de (gestelde) reikwijdte van de FCPA en de risico's die een omkopingszaak ook voor bestuurders kan opleveren.

Daarnaast leeft de laatste jaren de verwachting dat de hiervoor besproken *facilitation payments* binnenkort ook onder de reikwijdte van omkopingswetgeving zullen worden gebracht. De OESO heeft in 2009 opgeroepen om ook tegen dit soort betalingen op te treden.²⁹ In de *U.K. Bribery Act* wordt als gezegd reeds geen onderscheid meer gemaakt tussen omkoping en *facilitation payments*. Het is waarschijnlijk een kwestie van tijd voordat ook in de Verenigde Staten stemmen zullen opgaan om *facilitation payments* te verbieden.

Voorts is er een trend richting hardere clementieprogramma's en bescherming en beloning van klokkenluiders. Een tekenend voorbeeld hiervan is de *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* van 21 juli 2010.³⁰ Deze wet kent een financiële beloning toe aan klokkenluiders. Een klokkenluider die informatie verstrekt die leidt tot een succesvolle handhaving door de SEC heeft recht op 10-30% van de betaalde sanctie. Indien dit programma tractie krijgt, kan het uiteraard leiden tot een sterke toename van het aantal klokkenluiders en FCPA handhavingzaken. Tot op heden heeft de SEC in omkopingszaken nog geen beloningen aan klokkenluiders betaald. Dit lijkt echter een kwestie van tijd: op 5 september 2012 keerde de SEC onder de voornoemde wet in een fraudezaak voor het eerst een bedrag van \$ 50.000 aan een klokkenluider uit.³¹

Voetnoten

- 1 Marnix Somsen en Richard van Staden ten Brink zijn advocaten te Amsterdam en gespecialiseerd in strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.
- 2 Sonke Iwersen, 'Der Kampf gegen Schmiergeld ist reine Heuchelei', *Handelsblatt* 10 augustus 2010, www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/eginhard-vietz-der-kampf-gegen-schmiergeld-ist-reine-heuchelei/3512132.html.
- 3 '50.000 Euro Strafe Für Mittelständler Vietz', *Handelsblatt* 28 september 2011, www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/korruptionsaffaere-50-000-euro-strafe-fuer-mittelstaendler-vietz/4670464.html.
- 4 FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 25, www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf.
- 5 TRACE, *Global Enforcement Report 2011*, www.traceinternational.org/data/public/documents/Global_Enforcement_Report_2011-67720-1.pdf.

- 6 In de Verenigde Staten aangeduid als *civil action*.
- 7 FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 25, www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf.
- 8 FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 54 e.v., www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf.
- 9 Zie DOJ, *Filip memorandum*, www.justice.gov/opa/documents/corp-charging-guidelines.pdf, en voorts SEC, *Seaboard Report*, www.sec.gov/litigation/investigation.
- 10 In FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 74 e.v., www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf, wordt een uitgebreide uiteenzetting gegeven van alle mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening.
- 11 Sinds 2001 via uitbreiding van jurisdictie op basis van *part 12 Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*; sinds 1 juli 2011 op basis van de *U.K. Bribery Act 2010*.
- 12 Sinds 1999: *Gesetz über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr – IntBestG – Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] Part II*, p. 2327, Annex 1.
- 13 Sinds 2001: art. 178a Sr.
- 14 Deze richtlijn moest op grond van de wet verplicht worden gepubliceerd. Zie *Ministry of Justice, The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, § href="http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf".
- 15 OM, *Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland*, wetten.overheid.nl/BWBR0030303geldigheidsdatum_03-01-2012.
- 16 TRACE, *Global Enforcement Report 2011*, www.traceinternational.org/data/public/documents/Global_Enforcement_Report_2011-67720-1.pdf.
- 17 TRACE, *Global Enforcement Report 2011*, www.traceinternational.org/data/public/documents/Global_Enforcement_Report_2011-67720-1.pdf.
- 18 In de V.S. komt ook aan de bedrijfsjurist een verschoningsrecht toe. Zie Brian, McNeil e.a., *Internal Corporate Investigations*, American Bar Association 2003, p. 27 en de daar onder voetnoot 36 genoemde rechtspraak. In Nederland bestaat een dergelijk verschoningsrecht voor bedrijfsjuristen niet, terwijl aan het verschoningsrecht van advocaten in dienstbetrekking (Cohen-advocaten) sinds HvJ EG 3 juli 1991, nr. C-550 07 P (*Akzo/Commission*) ook buiten mededingingsrechtelijke context wordt getwijfeld.
- 19 EDRM, *EDRM Stages*, www.edrm.net/resources/edrm-stages-explained.
- 20 Deze informatieplicht komt voort uit art. 10 en 11 Gegevensbeschermingsrichtlijn (95/46/EC) en vindt dus ook in andere Europese landen toepassing.
- 21 Bijv. van firma's als *Epiq, Clearwell* en *Kroll*.
- 22 Ktr. Breda 25 juli 2008, *RAR 2008/138*.
- 23 Vgl. FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 78 e.v., www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf, de aangehaalde voorbeelden.
- 24 *United States House of Representatives, Senator Specter's Attorney-Client Privilege Protection Act*, 13 november 2007, H13563, § href="http://federalevidence.com/pdf/2008/02-Feb/ConRecH13562-64.pdf" href="http://federalevidence.com/pdf/2008/02-Feb/ConRecH13562-64.pdf", naar aanleiding waarvan de DOJ het McNulty memorandum heeft aangepast.
- 25 *United States House of Representatives, Senator Specter's Attorney-Client Privilege Protection Act*
- 26 In dit kader kan worden verwezen naar Ministerie van Financiën, *Verslag onderzoek gegevensverstrekking door banken aan Amerikaanse autoriteiten*, 27 juni 2007, www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2008/08/04/verslag-onderzoek-gegevensverstrekking-door-banken-aan-amerikaanse-autoriteiten.html, waarin expliciet wordt benadrukt dat financiële instellingen moeten streven naar uitwisseling via de Nederlandse autoriteiten.
- 27 Een zogenaamd *Multi-Lateral Assistance Treaty (MLAT)* of, bij bestuursrechtelijke autoriteiten, *Memorandum of Understanding (MoU)*.
- 28 DOJ, *Eight Former Senior Executives and Agents of Siemens Charged in Alleged \$100 Million Foreign Bribe Scheme*, 13 december 2011, www.justice.gov/opa/pr/2011/December/11-crm-1626.html en voorts SEC, *SEC Charges Seven Former Siemens Executives with Bribing Leaders in Argentina*, 13 december 2011, www.sec.gov/news/press/2011/2011-263.htm.
- 29 OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 26 november 2009, www.oecd.org/data/briberyininternationalbusiness/anti-briberyconvention/44176910.pdf.
- 30 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 21 juli 2010, www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr4173enr/pdf/BILLS-111hr4173enr.pdf.
- 31 SEC, *SEC Issues First Whistleblower Program Award*, 21 augustus 2012, sec.gov/news/press/2012/2012-162.htm.

