

# Zelfmelding en meewerken, wat schuift het?

mr. A.J.M. de Swart en mr. F. Mattheijer<sup>1</sup>

Een onderneming die wordt geconfronteerd met signalen van fraude of omkoping kan er bewust voor kiezen deze vrijwillig onder de aandacht te brengen van het OM. Het huidige beleid van het OM biedt echter te weinig garanties dat een dergelijke zelfmelding of medewerking met strafrechtelijke onderzoeken daadwerkelijk en voldoende in het voordeel van de onderneming wordt betrokken bij de afdoeningsbeslissing en de inrichting van het onderzoek. Wij pleiten in dit artikel voor schriftelijk beleid van het OM waarin de voordelen van een zelfmelding en medewerking aan strafrechtelijke onderzoeken op hoofdlijnen wordt geregeld en dit zodoende wordt gestimuleerd.

## 1. Inleiding

Het bestuur van een onderneming die wordt geconfronteerd met concrete signalen van fraude of omkoping die potentieel kan worden toegerekend aan de onderneming kan staan voor een complexe keuze. Buiten de bijzondere gevallen waarin sprake is van een wettelijke aangifte- of meldplicht, kan het bestuur in juridische zin zelfstandig besluiten de signalen, al dan niet na nader onderzoek, vrijwillig te melden aan het OM dan wel hopen dat de zaak in strafrechtelijke zin overwaait.<sup>2</sup> Niet zelden wordt de strafrechtadvocaat gevraagd te adviseren over de voor- en nadelen van een eventuele vrijwillige 'zelfmelding'. De hierbij te maken afweging komt er in de praktijk vooral op neer dat de onderneming met een zelfmelding de kans op strafrechtelijk onderzoek en eventuele vervolging weliswaar aanmerkelijk vergroot, maar in ruil daarvoor vermoedelijk ook de kans vergroot 'krediet' te krijgen voor de zelfmelding. Dit krediet kan de vorm krijgen van bijvoorbeeld een buitengerechtelijke afdoening en een vergrote mogelijkheid van afspraken met het OM over een minder belastende uitvoering van een eventueel strafrechtelijk onderzoek.

Een complicatie waar de strafrechtadvocaat het bestuur in dit verband echter veelal op zal wijzen, is dat het OM bij een zelfmelding en/of medewerking aan het onderzoek en nadat voldoende herstelmaatregelen zijn getroffen in de regel vaak bereid zal zijn de zaak door middel van een transactie af te doen, maar dat concreet beleid ten aanzien van het verdisconteren van de 'goede houding' van de onderneming in de afdoening ontbreekt.<sup>3</sup> De onderneming dient er, met andere woorden, op te gokken dat de zelfmelding een positief effect zal hebben op de (financiële) afdoening, terwijl wel zeker is dat met de zelfmelding mogelijke strafbare feiten onder de aandacht van het OM worden gebracht die anders wellicht nooit zouden worden ontdekt en dat dit substantiële financiële en reputationele consequenties kan hebben. Deze complicatie leidt niet zelden tot de beslissing om een zelfmelding toch achterwege te laten, te hopen dat de kwestie overwaait en al dan niet te volstaan met een eigen onderzoek en eventuele herstelmaatregelen. Dit mede om de kans te vergroten dat de positie van de onderneming gunstiger uitpakt indien het OM uit andere bron alsnog met de kwestie bekend raakt. Bij gebreke van enig beleid op dit vlak<sup>4</sup> is immers onzeker dat een zelfmelding leidt tot een betere uitkomst dan in de situatie waarin het OM de kwestie op basis van een andere bron oppakt en de onderneming dan alsnog meewerkt.

Wij zullen tegen de achtergrond van het bovenstaande dilemma in paragraaf 4 bepleiten dat zowel het maatschappelijk belang als dat van onder-

1. Alexander de Swart en Frank Mattheijer zijn advocaat bij Houthoff.
2. De tussenvariant waarop hier niet nader wordt ingegaan, is de bestuursrechtelijk verplichte melding op basis van bijvoorbeeld de Wet financieel toezicht of de Wet milieubeheer als gevolg waarvan het OM indirect op de hoogte kan raken van de kwestie en de onderneming (om die reden) al dan niet besluit om naast de melding bij de toezichthouder melding te doen bij het OM. Opmerking verdient wel dat de toezichthouders DNB en AFM, sinds 2016, op basis van art. 1b, lid 1 en lid 2 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector bij het opleggen van een bestuurlijke boete onder meer als boeteverlagende omstandigheid mee moeten wegen: (1) de mate waarin de overtreder meewerkt bij het vaststellen van de overtreding en (2) of de overtreder na de overtreding maatregelen heeft genomen om herhaling van de overtreding te voorkomen.

3. Zie ook T.R. van Roomen & A. Verbruggen, 'Corruptie: status quo en de toekomst', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2015, afl. 6, p. 225 e.v.
4. Opmerking verdient dat de LOVS-oriëntatiepunten in fraudezaken de mate waarin de verdachte medewerking heeft verleend aan het onderzoek weliswaar benoemen als strafverminderende factor, maar dat het OM op basis daarvan niet gehouden is deze medewerking bij een eventuele buitengerechtelijke afdoening te betrekken.

nemingen die de basisbereidheid hebben om een zelfmelding te doen ter zake van fraude of corruptie gebaat zijn bij nader beleid dat in elk geval op hoofdlijnen invulling geeft aan de positieve gevolgen van – kort gezegd – de opstelling van een onderneming die met fraudesignalen geconfronteerd wordt.<sup>5</sup> Hiertoe zullen wij tevens in paragraaf 3 globaal de Amerikaanse praktijk terzake van (met name) Foreign Corrupt Practices Act ('FCPA') zaken beschrijven, aangezien bij de handhaving van de FCPA een dergelijk beleid wel wordt gehanteerd. Eerst zullen wij in paragraaf 2 stilstaan bij de algemene uitgangspunten die ontleend kunnen worden aan de persberichten over hoge Nederlandse transacties.<sup>6</sup>

## 2. Destillatie Nederlands 'beleid' uit persberichten

De afgelopen jaren zijn de persberichten van het OM omtrent hoge transacties in voornamelijk zaken betrekking hebbende op buitenlandse omkoping steeds uitvoeriger geworden. Aan de hand hiervan kunnen onder meer enkele trends worden gesignaleerd omtrent de factoren die het OM doen besluiten de zaak door middel van een transactie af te doen. Dat de focus in persberichten voornamelijk ligt op de verantwoording van de afdoening door middel van een transactie, kan overigens goed verklaard worden vanuit de kritiek die hierop veelal te horen is.<sup>7</sup>

Een factor die voor een transactieaanbod allereerst van belang kan zijn, is het zelf melden van de misstand bij het OM. Afgaand op het persbericht vormde dit element bij de transactie van SBM Offshore een dragende overweging voor de wijze van afdoening.<sup>8</sup> Een absolute voorwaarde voor een transactie is de zelfmelding overigens niet, aangezien daar bijvoorbeeld bij VimpelCom geen sprake van was. Bij VimpelCom speelde ten tweede, evenals bij SBM Offshore, wel een belangrijke rol dat aan het strafrechtelijk onderzoek medewerking werd verleend.<sup>9</sup> De medewerking bestond in elk geval uit het ver-

richten van eigen onderzoek en het delen van de resultaten daarvan met het OM.

Een derde belangrijk thema is het 'schoon schip maken', waarbij meerdere factoren een rol spelen. Hierbij kan het in de eerste plaats gaan om herstelmaatregelen, zoals het vervangen van de directie van de onderneming, hetgeen zich voordeed bij SBM Offshore en VimpelCom. Een andere in dit kader terugkerende factor betreft uiteraard de compliance binnen een onderneming. In alle gevallen van hoge transacties komt de aanscherping van compliance maatregelen aan bod. SBM Offshore had op eigen initiatief compliancemaatregelen genomen. Bij Ballast Nedam en VimpelCom ging het om aanscherping van het compliancebeleid, respectievelijk een in aanvulling daarop aangestelde compliancemonitor als een reactieve maatregel.<sup>10</sup> Een laatste voorwaarde die aan belang lijkt toe te nemen, is erkenning van schuld.<sup>11</sup>

Bovengenoemde persberichten bevatten geen concrete mededelingen over een matiging van het transactiebedrag vanwege de opstelling van de betrokken onderneming. Dit in tegenstelling tot hetgeen in de VS gebruikelijk is.

## 3. Handhavingsbeleid FCPA

Het Amerikaanse Department of Justice ('DOJ') lanceerde in april 2016 een pilotprogramma voor de handhaving van de FCPA.<sup>12</sup> Het pilotprogramma is inmiddels in enigszins aangepaste vorm blijvend van kracht in de vorm van de FCPA Corporate Enforcement Policy.<sup>13</sup> Het FCPA handhavingsbeleid beoogt onder meer om het aantal zelfmeldingen van buitenlandse corruptie toe te laten nemen door

5. Zie ook T.R. van Roomen & A. Verbruggen, 'Internationale trends in preventie, detectie en repressie van corruptie', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2017, nr. 4.

6. Uitvoerder: J.I.P. Hofstee, 'Buitenlandse corruptie in Nederland en de VS: een geschikte aanpak?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2017, afl. 1.

7. Zo leidden in elk geval vanaf de schipholtunnelfraude in 2001 hoge transacties veelal tot Kamervragen en maatschappelijk debat. Ook recent stond de hoge transactie, in het bijzonder de hoge transactie van Rabobank en SBM Offshore, weer ter discussie, zie bijvoorbeeld <https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/komende-uitzen-ding-zakendoen-met-justitie>.

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

9. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@93225/vimpelcom-betaalt/>.

10. Zie ook <https://fd.nl/ondernemen/1241982/om-eitzicht-op-nieuwe-frauderisico-s-bij-ing> waarin te lezen is: 'Onderdeel van deze schikkingsovereenkomst was dat de raad van bestuur van Ballast enkele jaren periodiek vertrouwelijk verslag moest doen aan het OM over nieuw aangetroffen fraudesignalen'. Het persbericht meldde overigens enkel: 'Het strikt naleven van de compliance richtlijnen zal gecontroleerd worden, waarbij Ballast Nedam een nultolerantiebeleid hanteert'.

11. <https://fd.nl/economie-politiek/1243684/bedrijf-dat-geen-schuld-erkent-krijgt-geen-schikking-van-om>. In de VS is het overigens gebruikelijk om een zogenaamde "muzzle clause" overeen te komen waarin bepaald wordt dat namens de onderneming geen uitlatingen mogen worden gedaan die neerkomen op het betwisten van de aansprakelijkheid van de onderneming voor het gedrag beschreven in (onder meer) *de statement of facts* die onderdeel is van de schikkingsovereenkomst.

12. <https://www.justice.gov/archives/opa/blog-entry/file/838386/download>.

13. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign>. De FCPA Corporate enforcement policy is opgenomen in de United States Attorneys' Manual, <https://www.justice.gov/usam/usam-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977#9-47.120>.

transparantie te bieden over de voordelen van zelfmelding, medewerking en het treffen van herstelmaatregelen door het bedrijfsleven, waardoor ook meer individuen vervolgd kunnen worden.<sup>14</sup> Het programma heeft recent nog meer aan belang gewonnen, doordat DOJ het programma ook onverplicht lijkt te gaan toepassen bij de handhaving van andere federale wetgeving.<sup>15</sup>

De pijlers van het Amerikaanse beleid zijn vrijwillige zelfmelding, volledige medewerking en het treffen van tijdige en adequate herstelmaatregelen. Zelfmelding betekent dat misstanden vrijwillig én tijdig worden gemeld zonder dat er sprake was van dreigende ontdekking door justitie.<sup>16</sup> De zelfmelding moet redelijk spoedig na ontdekking plaatsvinden en daarbij moeten alle bekende feiten, waaronder de informatie over de verantwoordelijke individuen, worden verstrekt. Aan deze voorwaarde werd bijvoorbeeld niet door SBM Offshore voldaan, nu pas na een jaar vrijwillig melding werd gemaakt van de corruptievermoedens.<sup>17</sup>

Het FCPA handhavingsbeleid stelt ten aanzien van volledige medewerking voorop dat alle relevante feiten aangaande overtredingen en de daarbij betrokken werknemers, feitelijk leidinggevenden en agenten worden gedeeld. Andere voorwaarden zijn bijvoorbeeld het proactieve karakter van de medewerking, het wijzen op bewijsbeslagmogelijkheden voor zover het nieuw bewijs betreft waarover de onderneming zelf niet beschikt, het in beginsel ook verstrekken van documenten die zich in het buitenland bevinden en het beschikbaar stellen van werknemers voor eventuele verhoren, met behoud van het zwijgrecht voor zover van toepassing. Medewerking betekent overigens niet dat afstand moet worden gedaan van het verschoningsrecht dat op bepaalde stukken kan rusten.

Ten aanzien van herstelmaatregelen is uiteraard het aanwezig zijn van een effectief complianceprogramma van belang. Dit betekent dat er een compliancecultuur moet zijn waarin werknemers zich ervan bewust zijn dat strafbare gedragingen niet worden getolereerd. Er moeten ook arbeidsrechtelijke maatregelen getroffen kunnen worden: niet alleen jegens werknemers die zich aan overtredin-

gen schuldig maken, maar ook jegens managers die een gebrek aan toezicht kan worden verweten. Om te beoordelen of de compliance effectief is, zijn tamelijk specifieke eisen gesteld, zoals het hebben van voldoende gekwalificeerde compliance officers met voldoende ervaring en onafhankelijkheid. Tevens kan door DOJ getoetst worden of de compliance officers qua beloning en carrièrekansen niet uit de pas lopen met overige werknemers.

In het geval aan alle drie de criteria (zelfmelding, meewerken en herstel) voldaan is, zal volgens het FCPA handhavingsbeleid in beginsel een (openbare) *declination of prosecution* volgen, mits het wederrechtelijk verkregen vermogen wordt afgedragen en er geen sprake is van verzwarende omstandigheden. Die omstandigheden kunnen onder meer bestaan uit de ernst van de feiten, de betrokkenheid van hoger management, significant wederrechtelijk voordeel of recidive.

Ook als er geen *declination of prosecution* volgt, kan er in een *deferred- of non-prosecution agreement* een korting op de boete van 50% worden 'verdiend' ten opzichte van het boetebedrag dat uit de *US sentencing guidelines* volgt.<sup>18</sup> In beginsel is er geen reden om te eisen dat er een compliancemonitor wordt aangesteld indien op het moment van de afdoening een effectief complianceprogramma was geïmplementeerd. Als er geen sprake was van zelfmelding, kan nog hooguit 25% korting worden verleend indien aan de overige voorwaarden (medewerking en herstel) voldaan is. Aldus kent het Amerikaanse handhavingsbeleid ter zake van buitenlandse omkoping een duidelijke beloning voor ondernemingen die zelf melden en/of volledig aan het onderzoek meewerken. In het voor de onderneming beste geval wordt volstaan met de ontneming van het wederrechtelijk voordeel en als er boetes volgen, kunnen kortingen tot 50% worden verkregen.

In het kader van een vergelijking met de VS moet overigens niet uit het oog worden verloren dat de Amerikaanse boetes in het algemeen aanmerkelijk hoger zijn dan de Nederlandse.<sup>19</sup> Daarnaast is een belangrijk verschil dat de boetes ook binnen een zekere breedte kunnen worden ingeschat aan de hand van voornoemde *sentencing guidelines*. Daardoor is, anders dan in Nederland, duidelijk op welk bedrag de kortingspercentages dienen te worden toegepast.<sup>20</sup>

14. Het accent op de vervolging van individuen was reeds vastgelegd in het naar de auteur genoemde 'Yates-memo', <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. In Nederland lijkt eenzelfde benadering te worden gehanteerd, zie bijvoorbeeld <https://www.nrc.nl/nieuws/2014/11/13/om-wil-na-schikking-toch-vervolging-medewerkers-sbm-a1421068>.

15. <https://globalinvestigationsreview.com/article/1166274/DOJ-expanding-use-of-fcpa-declination-policy-principles>.

16. Onder het pilotprogramma werd zelfmelding niet beloofd als er een wettelijke of contractuele verplichting tot melding bestond, maar deze voorwaarde is (in de FCPA corporate enforcement policy) inmiddels vervallen.

17. Zie art. 4a van de deferred prosecution agreement, <https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case>.

18. Voor de fijnproevers, het betreft een korting op het lage bedrag uit de bandbreedte die uit de *sentencing guidelines* volgt.

19. Wellicht aardig geïllustreerd in de *deferred prosecution agreement* met SBM Offshore waarbij SBM Offshore zich verplichtte \$ 238 miljoen te betalen en waarin te lezen is: *'even though the offices are crediting the full amount paid in fines and forfeiture to the Dutch authorities in connection with the Dutch resolution, the penalty owed in the United States exceeds the amount paid to the Dutch authorities'*.

20. Zie ook T.R. van Roomen & A. Verbruggen, 'Corruptie: status quo en de toekomst', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2015, afl. 6, p. 227.

Het OM zou dit in een eventueel beleid op dit vlak deels kunnen ondervangen door aan te geven welk transactiebedrag normaliter (zonder zelfmelding en/of medewerking en herstelmaatregelen) zou zijn gevolgd om vervolgens de sanctie die is opgelegd te vermelden en toe te lichten aan de hand van de drie voornoemde, relevante factoren. Overigens doet het bezwaar zich niet voor als er, vanwege het verkrijgen van het maximale aantal *credits* en gelet op de (beperkte) ernst van de zaak, naar Amerikaans voorbeeld zou worden volstaan met een enkele ontneming.

#### 4. Voordelen en nadelen van beleid

##### 4.1. Inleiding

Het voorgaande roept de vraag op of ook het OM schriftelijk beleid dient te ontwikkelen met betrekking tot de voordelen van zelfmeldingen en medewerking aan strafrechtelijke onderzoeken. Wij zullen in het navolgende diverse voor- en nadelen van een dergelijk systeem analyseren.

##### 4.2. Voordelen

###### 4.2.1. Meer zelfmeldingen

Vanuit het oogpunt van criminaliteitsbestrijding is een eerste voordeel van voornoemd beleid dat ondernemingen daardoor naar onze overtuiging vaker zullen besluiten tot zelfmelding over te gaan. Zelf melden dan wel daarvan afzien levert dan immers een voor- dan wel nadeel op bij de (financiële gevolgen van) afdoening indien het tot een vervolging komt. Bij gebreke van het Nederlandse equivalent van de Amerikaanse *sentencing guidelines* die specifieke richtsnoeren bevatten voor strafoplegging lijkt vooralsnog onmogelijk beleid te ontwikkelen op basis waarvan bij benadering valt in te schatten welk voordeel een zelfmelding in financiële zin oplevert. Desondanks kan een aanwijzing waarin in algemene zin uitgangspunten en daarbij behorende (financiële) voordelen zijn geformuleerd in ieder geval meer stimuleren tot zelfmeldingen en medewerking. Bovendien kan beleid inzake zelfmeldingen niet alleen voorzien in moeilijk te concretiseren cijfermatige voordelen zoals de 'korting' op het transactiebedrag, maar ook de bereidheid van het OM uitspreken om procesafspraken<sup>21</sup>

21. Concreet kan onder meer gedacht worden aan de afspraak dat als de onderneming in het kader van een zelfmelding uit eigen beweging relevante documenten aanhecht of de vrijwillige verstrekking daarvan toezegt, in beginsel niet wordt overgegaan tot (onaangekondigde) doorzoeken en inbeslagname van potentieel bewijsmateriaal. Een vergelijkbare afspraak kan zijn dat bij ondernemingen die tot een zelfmelding overgaan in beginsel geen beslagen worden gelegd op bankrekeningen, maar dat in plaats daarvan slechts in geval van twijfel over de liquiditeit

te maken met de betrokken onderneming die de schadelijke gevolgen van een conventioneel strafrechtelijk onderzoek enigszins relativiseren. Ook dergelijke afspraken kunnen de drempel van een zelfmelding verlagen en het aantal zelfmeldingen potentieel doen toenemen.

Het aantal zelfmeldingen zou naar onze verwachting vooral toenemen als daarop naar Amerikaans model een 'bonus' van enkel ontnemen (bij grofweg gezegd lichtere zaken) dan wel een concrete korting (bij zwaardere zaken) wordt gezet.<sup>22</sup> Immers, in de huidige situatie is hoogst onzeker of een zelfmelding daadwerkelijk tot voordeel leidt en voor een onderneming die een zelfmelding overweegt kan dit een beslissend argument zijn om daarvan af te zien. Indien de onderneming die geen zelfmelding doet evenzeer kans maakt op een buitengerechtelijke afdoening met een min of meer gelijk transactiebedrag en een relatief milde opstelling van het OM door stil te zitten en eventueel pas tot medewerking en preventiemaatregelen over te gaan indien de zaak toch door het OM wordt ontdekt, heeft een zelfmelding immers geen concreet voorspelbaar voordeel. In die situatie is het enige voorspelbare, aanzienlijke nadeel van de zelfmelding een blootstelling aan vervolging die anders zeer wel zou kunnen uitblijven.

###### 4.2.2. Vastlegging verwachtingen/eisen zelfmelding en medewerking

Een tweede voordeel van het vastleggen van beleid is dat daarin ook kan worden vastgelegd wat het OM verwacht omtrent een zelfmelding, medewerking en het treffen van herstelmaatregelen.<sup>23</sup> Daarmee wordt voor ondernemingen duidelijk waaraan

---

van de onderneming wordt gevraagd om de overlegging van een bankgarantie. Voor de gevallen waarin de onderneming zelf nog (nader) onderzoek laat uitvoeren door een externe partij waarvan de objectiviteit voldoende is gewaarborgd, kan in het beleid ook worden voorzien in het uitgangspunt dat het OM in overleg treedt met de onderneming om te beoordelen of en in hoeverre afwachting van de uitkomsten van dat onderzoek wenselijk is. Zelfs denkbaar is de in de VS veelvoorkomende verstandhouding dat zo lang het eigen onderzoek naar tevredenheid van de strafrechtelijke autoriteiten wordt uitgevoerd en relevante stukken en verklaringen ter verificatie worden overgelegd, het OM in beginsel afgaat op de onderzoeksresultaten en niet of slechts in beperkte mate een klassiek strafrechtelijk onderzoek uitvoert.

22. Gelet op de figuur van de schikking van het wederrechtelijk verkregen voordeel in art. 511c Sv lijkt een dergelijke afdoening ook naar Nederlands recht mogelijk. Wij realiseren ons dat de korting in de praktijk lastig toetsbaar is bij gebrek aan een vastliggend uitgangspunt voor de boete.

23. Waarbij het bijvoorbeeld redelijk lijkt dat een zelfmelding bij bevoegde buitenlandse autoriteiten of een melding bij de bevoegde toezichthouder in Nederland waaraan de onderneming in eerste instantie verantwoording aflegt eveneens als een zelfmelding kwalificeert.

zij hebben te voldoen om (meer) kans te maken op een buitengerechtigde afdoening onder relatief gunstige voorwaarden. Dat schept meer duidelijkheid en kan zinvol zijn voor discussies in concrete zaken, bijvoorbeeld over wat medewerking al dan niet dient te omvatten. Hierbij lijkt het OM ook belang te hebben, aangezien een vaak gehoord geluid is dat van echte medewerking in voorkomende gevallen geen sprake lijkt te zijn, maar de coöperatie meer neerkomt op 'meestribbelen'.

#### 4.2.3. *Stimulans tot zelfmelding in zaken met meerdere deelnemers*

Een derde voordeel van het hier centraal staande beleid is dat dit ook sterk kan stimuleren tot een zelfmelding in zaken waarin meerdere ondernemingen potentieel kunnen worden vervolgd, bijvoorbeeld omdat zij gezamenlijk hebben gefraudeerd of afzonderlijk een ambtenaar hebben omgekocht. Het beleid kan tot uitdrukking brengen dat de beloning voor de zelfmelding in grotere mate toekomt aan de onderneming die zich als eerste bij het OM meldt. Een dergelijke benadering wordt al geruime tijd gehanteerd in het mededingingsrecht en draagt daar bij aan effectieve en efficiënte handhaving. Ook bij een medepleger in een fraude- en corruptiezaak kan de angst ontstaan dat een andere medepleger die zich als eerste bij het OM meldt de *race for leniency* wint en de medepleger(s) die stil hebben gezeten worden meegetrokken zonder volledige aanspraak op krediet te kunnen krijgen bij medewerking. Een dergelijk angsteffect wordt vooral bereikt indien de eerste onderneming die een zelfmelding doet min of meer zeker weet dat zij daarvoor wordt beloond, althans in meerdere mate dan een medepleger die eventueel later ook besluit mee te werken.<sup>24</sup>

#### 4.2.4. *Betere legitimatie besluitvorming omtrent buitengerechtigde afdoening*

Een vierde voordeel van de introductie van het door ons bepleite beleid is dat dit meer dan thans het geval is, beslissingen van het OM in de context van fraude- en corruptiezaken legitimeert en daarvoor handvatten biedt. De afvaardigende autoriteit, in geval van een aanwijzing het college van procureurs-generaal, zal door een aanwijzing in aanvullende mate worden verplicht om daarmee in brede zin aan de samenleving verantwoordelijkheid af te leggen over een proces dat vaak nog als ondoorzichtig wordt ervaren, ondanks geïndiceerde en steeds uitvoerigere persberichten bij transacties van meer dan € 50.000. Hoewel het praktische bereik van wetgevings- en beleidsinstrumenten richting

de gemiddelde burger gemakkelijk kan worden overschat, kan vastgelegd beleid in concrete zaken wel houvast en aanknopingspunten bieden om afdoeningsbeslissingen richting het publiek te rechtvaardigen. Verder heeft het bestuur en/of de raad van commissarissen van de onderneming met vastgelegd beleid vanuit het oogpunt van *governance* meer handvatten om intern tot het formele besluit te komen om al dan niet tot een zelfmelding over te gaan en dit besluit zonodig (achteraf) te kunnen verdedigen. Tot slot kan het OM op zijn beurt verdachte ondernemingen die zich bijvoorbeeld niet hebben gehouden aan de in de aanwijzing gestelde voorwaarden om in aanmerking te komen voor bepaalde vormen van gunstige bejegening, erop wijzen dat en waarom zij daarin tekort zijn geschoten.

### 4.3. Nadelen

Wij gaan in het navolgende in op enkele hypothetische nadelen van een op Amerikaanse leest geschroefd beleid. Wij benoemen niet de kritiek die ook recent weer is geuit op de afdoening door middel van een transactie als zodanig, aangezien die betrekking heeft op de afzonderlijke vraag of de hoge transactie zonder rechterlijke tussenkomst wenselijk is.<sup>25</sup> Datzelfde geldt voor kritiek die zowel in Nederland als in de VS geuit is, in de zin dat zaken worden getransigeerd zonder dat er sprake is van een zaak die ter zitting naar verwachting zou leiden tot een bewezenverklaring.<sup>26</sup>

#### 4.3.1. *Vooraf geen krediet beloven voor medewerking*

Een eerste bezwaar tegen een regeling die voorziet in de positieve gevolgen van een zelfmelding is dat het OM pas na volledige medewerking door de betrokken onderneming erover zou kunnen en moeten besluiten of en in hoeverre het gepast is de onderneming daarvoor krediet te geven. Hierbij kan ook de gedachte passen dat medewerking niet per definitie dient te worden beloond omdat die veelal niet is ingegeven door de morele overtuiging dat de onregelmatigheden onaanvaardbaar waren, maar vaak het gevolg is van de opportunistische afwe-

25. Bijvoorbeeld K.C.J. Vriend, 'De hoge en bijzondere transactie: een pleidooi voor rechterlijke controle op de afdoening buiten geding', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, 2016, afl. 4. [https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechter-moet-megaschikkingen-kunnen-toetsen.aspx?pk\\_campaign=rssfeed&pk\\_medium=rssfeed&pk\\_keyword=Nieuws-van-de-Raad-voor-de-rechtspraak](https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechter-moet-megaschikkingen-kunnen-toetsen.aspx?pk_campaign=rssfeed&pk_medium=rssfeed&pk_keyword=Nieuws-van-de-Raad-voor-de-rechtspraak). <https://nos.nl/artikel/2000857-stel-grens-aan-schikken-van-grote-strafzaken.html>.

26. Zie voor wat de VS betreft onder meer: Koehler, 'Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement', *U.C. Davis Law Review* 2015/49, p. 548 e.v.

24. In het Amerikaanse beleid, besproken in § 3, speelt dit element overigens in zekere mate ook een rol, doordat slechts de meldingen die plaatsvinden voordat ontdekking dreigt, worden gehonoreerd.

ging tussen de kans op ontdekking uit andere bron en de te verwachten voordelen van medewerking. In onze ogen zou het bovenstaande niet aan de introductie van beleid in de weg moeten staan, omdat een pragmatische benadering de effectieve strafrechtspleging meer ten goede zou komen. Vervolging in fraude- en corruptiezaken is vrijwel altijd een langdurig traject waarmee veel overheidsinspanningen gemoeid zijn, maar bij de vervolging van ondernemingen zelden leidt tot een resultaat dat niet met een buitengerechtigde afdoening kan worden bereikt. De klassieke strafvervolging tegen de onderneming kan namelijk in essentie slechts leiden tot een geldboete opgelegd door de strafrechter, die eerder lager dan hoger zal uitvallen dan de aanzienlijke transactiebedragen die het OM in de afgelopen jaren in spraakmakende zaken heeft weten te bedingen. Een potentieel afschrikwakkend bijeffect van klassieke strafvervolging kan weliswaar zijn dat de zaak in openbaarheid wordt behandeld, maar naar onze overtuiging zal de wijze waarop tegenwoordig het verplicht gestelde persbericht wordt uitgegeven er veelal toe leiden dat de publiekelijke aflegging van verantwoordelijkheid voor vermeende strafbare feiten voldoende gewaarborgd is.<sup>27</sup> Bovendien zal de zaak in voorkomende gevallen toch (deels) ter terechtzitting worden behandeld, namelijk indien individuen worden vervolgd (zie ook hierna). Nu de vervolging van een ondernemingen in beginsel slechts kan leiden tot de oplegging van boetes, lijkt er weinig op tegen om de instroom van zaken en de efficiënte afhandeling daarvan te bevorderen door de beloning van zelfmelding en medewerking vast te leggen in beleid. Essentieel is verder dat de medewerking van de onderneming er veelal toe kan leiden dat de voor strafbare gedragingen verantwoordelijke individuen vervolgd kunnen worden. Dat is in de VS ook één van de doeleinden van het gehanteerde beleid. Het OM krijgt door de meewerkende houding van de onderneming veel makkelijker het materiaal in handen om de plegers en feitelijk leidinggevers te vervolgen. Bij deze verdachten voegt klassieke vervolging daadwerkelijk iets toe in de vorm van (de dreiging van) bijvoorbeeld gevangenisstraffen en taakstraffen. Het krediet dat aan de onderneming voor haar zelfmelding of medewerking wordt verschaft, wordt in zekere zin dan ook terugbetaald door een verbeterde bewijspositie ten opzichte van de natuurlijke personen die door de verschaft informatie worden belast.

#### 4.3.2. Geen afhankelijkheid van zelfmeldingen uitstralen

Een tweede bezwaar tegen het beleid zoals door ons bepleit kan zijn dat de strafrechtelijke autoriteiten daarmee zouden uitstralen dat zij al te zeer afhan-

kelijk zijn van zelfmeldingen en andere vormen van medewerking door verdachte ondernemingen. Het OM kan immers ook op basis van andere informatiebronnen zoals klokkenluiders, informanten, spijtoptanten en slachtoffers zelf in staat zijn om signalen van fraude en corruptie op te vangen en 'op te werken' tot een kansrijke vervolging. Indien de strafrechtelijke autoriteiten daartoe voldoende in staat zijn, valt niet in te zien waarom ondernemingen dienen te worden beloond voor hun medewerking en het OM zich daartoe bovendien op voorhand zou moeten verbinden. En voor zover een onderneming meewerkt, zal zij dat vaak toch al doen omdat haar *stakeholders* en/of het publiek dat simpelweg verlangen zodat de onderneming in zoverre geen keuze heeft.

Ook dit bezwaar lijkt ons om pragmatische redenen niet overtuigend. Fraude- en corruptiedelicten zijn doorgaans naar hun aard verullend en zullen vaak onontdekt blijven, behoudens de gevallen waarin zich een slachtoffer of klokkenluider meldt dan wel de zaak als gevolg van een controle door bijvoorbeeld de belastingdienst of de controlerend accountant ontdekt wordt. Het bevorderen van zelfmeldingen door het door ons voorgestane beleid zou ertoe kunnen leiden dat zaken die anders onontdekt zouden blijven toch onder de aandacht worden gebracht van de strafrechtelijke autoriteiten. Daarnaast geldt dat ook in gevallen waarin de onderneming niet (tijdig) tot een melding overgaat, de medewerking van de betrokken onderneming de slagingskans en efficiëntie van vervolging aanmerkelijk kan vergroten. Ook die medewerking zou worden bevorderd door voornoemd beleid omdat dit zoals gezegd ook betrekking kan hebben op de (beperkttere) voordelen die kunnen worden verschaft aan de onderneming die geen zelfmelding doet maar wel medewerking verleent. Ten aanzien van de bovengenoemde perceptie dat ondernemingen veelal ook los van een voorzienbare beloning zullen meewerken aan een strafrechtelijk onderzoek als gevolg van externe druk is onze waarneming dat deze druk inderdaad kan bestaan. De daaruit volgende algemene, al dan niet publiekelijke toezegging dat medewerking wordt verleend aan een strafrechtelijk onderzoek is echter nog geen garantie dat die medewerking daadwerkelijk in voldoende mate wordt verleend. Juist door het concretiseren wat het OM onder medewerking verstaat en wat de gevolgen kunnen zijn, wordt volledig meewerken gestimuleerd.

#### 4.3.3. Ongewenste gebondenheid aan beleid

Een derde hypothetisch nadeel van een specifieke regeling omtrent zelfmeldingen en medewerking door ondernemingen kan zijn dat de strafrechtelijke autoriteiten daaraan te veel gebonden zijn. Het risico zou kunnen bestaan dat het geven van krediet een automatisme is en bijzondere omstandigheden er onvoldoende toe kunnen leiden dat de onderneming toch geen krediet krijgt voor de zelfmelding en/of andersoortige medewerking. Dit risi-

27. <https://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@102269/transacties/>.

co kan naar onze overtuiging worden ondervangen door materiële voorwaarden te stellen aan de zelfmelding, medewerking en herstelmaatregelen en bovendien ook de uitzonderingsmogelijkheden te benoemen. Zo worden in het FCPA handhavingsbeleid ook niet-uitputtende uitzonderingen geformuleerd op het uitgangspunt van een *declination of prosecution*. Dit betreft bijvoorbeeld de ernst van het feit, de betrokkenheid van *executive management* en de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Hoewel vergelijkbare uitzonderingen in een eventueel Nederlands beleid wenselijk zouden kunnen zijn, zou er uiteraard wel voor moeten worden gewaakt dat de rechtszekerheid daardoor niet te zeer geschaad wordt. Eén van de doeleinden van het beleid is immers om ondernemingen meer comfort te bieden dat een zelfmelding en medewerking met het OM een gunstig effect hebben op het verloop en de uitkomst van de strafzaak.

#### 4.3.4. Mogelijkheid van misbruik

Een vierde nadeel van een regeling omtrent medewerking door ondernemingen kan zijn dat zij trachten 'misbruik' te maken van de regeling door het doen voorkomen alsof volledige medewerking wordt verleend, maar de facto slechts minimale medewerking te verlenen. Naar onze overtuiging is dit echter een risico dat kan worden ondervangen door vast te leggen wat onder medewerking wordt verstaan en de positieve gevolgen van een dergelijke medewerking voor de onderneming te benoemen.

Op het eerste gezicht is een complicatie in dit verband dat de onjuistheid of onvolledigheid van verstrekte informatie pas jaren na de afdoening van de zaak kan blijken. Deze complicatie wordt echter reeds ondervangen door ons huidige strafvorderlijke kader en lijkt meer een risico voor de onderneming dan voor het OM te zijn. In gevallen waarin de ogenschijnlijk meewerkende onderneming strafbare feiten zou verzwijgen, wordt ten aanzien van die verzwegen feiten immers geen transactie aangeboden dan wel een strafvonnis gewezen en is vervolging voor die feiten – zolang deze niet zijn verjaard – alsnog mogelijk.<sup>28</sup> Voor de onderneming die ervoor kiest om zichzelf bij het OM te melden, is het bovendien in veel gevallen raadzaam om daarbij zoveel mogelijk relevante feiten te betrekken, omdat zij anders het risico loopt om niet één, maar minimaal twee keer te worden geconfronteerd met strafrechtelijke handhaving en bij de tweede keer bijzonder weinig kans zal maken op een relatief milde behandeling.<sup>29</sup> De onderneming heeft er in

zoverre ook zelf veel belang bij om in één keer alle strafrechtelijke lijken uit haar kast te ruimen in de hoop dat de zaak ineens buitengerechtelijk kan worden afgedaan en zij zich verder kan richten op de *core business*.

#### 4.3.5. Concreet voordeel zelfmelding moeilijk verifieerbaar

Een vijfde nadeel van een beleid inzake zelfmeldingen en medewerking dat hiervoor al werd aangestipt, is dat de verifieerbaarheid van de toepassing in concrete gevallen mogelijk te wensen over laat. In de literatuur is er in dit verband terecht op gewezen dat het gebrek aan uitgangspunten voor Nederlandse boetes in fraudezaken ertoe leidt dat niet duidelijk is op welk bedrag eventuele kortingspercentages moeten worden toegepast.<sup>30</sup> Dit neemt echter niet weg dat het OM in concrete gevallen in staat moet worden geacht om, bijvoorbeeld in persberichten en zo mogelijk op basis van eerdere transacties in vergelijkbare zaken, aan te geven welk transactiebedrag (als er al een transactie zou zijn aangeboden) zou zijn gevolgd zonder zelfmelding en/of de (vereiste mate van) medewerking en het treffen van herstelmaatregelen.

## 5. Aanbeveling en conclusie

Het OM heeft inmiddels veel ervaring met (zeer) hoge transacties, ook in multinationalaal verband. Het accent ligt nog altijd op de verantwoording van de afdoeningsmodaliteit: de transactie in plaats van een dagvaarding. Het gegeven dat er zo nu en dan tientallen of honderden miljoenen door ondernemingen worden betaald, zonder dat er vastgelegde uitgangspunten bestaan voor de rol die zelfmelding, medewerking en herstelmaatregelen daarbij spelen, is naar onze overtuiging onwenselijk. In beleid zouden de eisen die aan die drie factoren worden gesteld en de daarbij behorende beloning op hoofdlijnen moeten worden vastgelegd. Dat zal er naar verwachting toe leiden dat meer zaken spontaan worden gemeld bij het OM en duidelijker is wat er in het kader van medewerking en herstel wordt gevraagd en geboden. Het Amerikaanse model kan ter inspiratie dienen om de *carrot* en de *stick* te benoemen, al ontbreekt in het Nederlandse stelsel een duidelijke bandbreedte voor in fraude- en corruptiezaken gehanteerde transactiebedragen.

gerechtelijke afdoening mogelijk blijkt, zie: <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@99695/dagvaarding/>.

28. Ter illustratie moge dienen de heropening door DOJ van het onderzoek naar SBM Offshore toen nieuwe feiten bleken die DOJ en SBM eerder niet bekend waren, zie art. 4c van de DPA met SBM Offshore.

29. Al lijken feiten die plaatsvonden voordat een nieuw compliancebeleid werd uitgerold niet door het OM als recidive te worden gezien, waardoor een buiten-

30. T.R van Roomen & A. Verbruggen, 'Corruptie: status quo en de toekomst', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2015, afl. 6, p. 227-228: 'Uiteraard veronderstelt een korting dat het raamwerk van de straftoemeting deugdelijk staat, want een kortingspercentage op een onzekere grootte is nog altijd onzeker'.