

TE KOOP: FRAUDEBESTRIJDING (T.E.A.B.)

Titiaan Keijzer & Mojan Samadi

De bestrijding van fraude heeft een steeds grotere prioriteit voor de Nederlandse regering. Dit blijkt bijvoorbeeld uit programma's als de Rijksbrede aanpak fraude met publieke gelden (*Kamerstukken II 2014/15*, 17050, 496, en het kritische rapport van de Nationale ombudsman uit 2014, *Geen fraudeur, wel beboet*). Ook op internationaal niveau hebben landen zich gecommitted aan de bestrijding van fraude en corruptie (bijvoorbeeld het Verdrag van de Verenigde Naties tegen corruptie en het OESO-Verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties).

De vervolging van dit soort misdrijven stond bij sommige landen al langer op de justitiële agenda. Reeds in 1988 heeft de Amerikaanse overheid haar bevoegdheid om tegen in het buitenland gepleegde corruptie op te treden (eenzijdig) uitgebreid aan de hand van de US Foreign Corrupt Practices Act. Op basis van deze wet zijn recentelijk onder andere Alstom (\$ 800 mln; vanwege vermeende corruptie in Indonesië, de Bahama's en Egypte) en Siemens (eveneens \$ 800 mln, idem inzake Venezuela, China en Nigeria) beboet. Inmiddels heeft de aanpak van internationale fraude ook een hogere prioriteit voor het Nederlandse Openbaar Ministerie. Zo heeft het OM in 2014 een transactie aangeboden aan SBM Offshore ter grootte van \$ 240 mln voor omkoping, gepleegd in Equatoriaal-Guinea, Angola en Brazilië.

Op het eerste gezicht lijkt het positief dat ondernemingen aldus steeds vaker juridisch verantwoordelijk worden gehouden voor eventuele misdaden. Het afdoen van corruptie aan de hand van transacties en beschikkingen is evenwel niet geheel ongevoelig voor misbruik (daarover ook de bijdrage van Van Campen op p. 649 in dit nummer). Dit is mogelijk omdat staten in het algemeen relatief snel bevoegd zijn om tegen internationale corruptie of fraude op te treden, namelijk wanneer zij daardoor in enige vorm worden geraakt – vergelijk artikel 42 van het VN-Verdrag en artikel 4 van het OESO-Verdrag. In Nederland is deze rechtsmachtregeling nader ingevuld door de Aanwijzing opsporing en vervolging buitenlandse corruptie. Bij de beoordeling van de opportuniteit van de vervolging van dit soort misdrijven geeft deze aanwijzing een aantal factoren waar wel of juist geen rekening mee gehouden dient te worden. Zo stelt de aanwijzing dat de omvang en ernst van de fraude, alsmede de schade die deze veroorzaakt voor het betrokken land een rol mogen spelen bij deze beoordeling.

Het nationaal-economische belang van de vervolgende staat mag in beginsel geen invloed hebben op de vervolgingsbeslissing, zo volgt uit de Aanwijzing en beide verdragen. Dat dit toch een belangrijke rol speelt, blijkt uit het feit dat ondernemingen actief inzetten op het treffen van een schikking met justitie in landen met een gunstig strafrechtklimaat, om elders aan vervolging te ontkomen (zie ook 'Hij houdt ze uit handen van de Amerikanen', *NRC Handelsblad* 20 december 2014). In het geval van SBM Offshore werd de Nederlandse staatskas flink gespekt, zonder dat daar veel overheidsinspanningen tegenover stonden. Deze mogelijkheid tot strafrechtelijke 'forumshopping' wordt bovendien vergroot doordat de vervolging van internationale fraude, evenals andere economische delicten, een complexe aangelegenheid is. Ondernemingen kunnen tot op zekere hoogte veel invloed uitoefenen op de opsporing en vervolging van deze feiten door de hoeveelheid informatie die zij voor het onderzoek beschikbaar stellen.

In aanmerking nemend dat de handhaving van het strafrecht (mede) ziet op het herstel van de geschokte rechtsorde en toevoeging van leed bij daders van strafbare feiten, plaatsen wij enige kanttekeningen bij deze transactiepraktijk. De jurisdictie waar wordt geschikt, hoeft niet ook de jurisdictie te zijn waar het rechtsgevoel het meest is geschonden. Zo hebben de strafbare feiten begaan door SBM Offshore weinig te maken met Nederland. De zaak is afgedaan door de Nederlandse justitie omdat SBM Offshore de Nederlandse 'nationaliteit' heeft. Aan de vervolgingsbereidheid van de landen waar de schadelijke gevolgen van de gedraging daadwerkelijk hebben plaatsgevonden kwam slechts beperkt gewicht toe. Daarnaast kan een schikking op de plaats waar zij wordt aangegaan geacht worden de geschonden rechtsnorm te herstellen, terwijl zij daartoe op de plaats delict onvoldoende zou zijn.

Wellicht is deze ontwikkeling deels onvermijdbaar, als gevolg van het feit dat MNO's in vele landen aanwezig zijn. Onzes inziens dient echter voorkomen te worden dat het strafrecht tot handelswaar verwordt. Daartegen verzet het karakter van dit rechtsgebied zich. Maar een dergelijke ontwikkeling zou ook vanuit economisch perspectief schadelijk kunnen zijn: het risico dat handelsoorlogen ontstaan is bij hoge boetes latent aanwezig. Dit brengt bovendien het risico van een *race to the bottom* met zich: landen die uit concurrentieoverwegingen het *ne bis in idem*-beginsel voor steeds lagere 'bedragen' gaan vermarkten. Betere internationale coördinatie inzake de rechtsmacht om fraude en omkoping te vervolgen is wat ons betreft – hoewel politiek wellicht lastig – aangewezen.