



Gidget Brugman, advocaat,
partner en bestuurslid bij
BarentsKrans

barents
krans

De rol van de Klokkenluidersregeling in relatie tot de Foreign Corrupt Practices Act en de Bribery Act 2010

Nederlandse ondernemingen die handelen met de VS en/of UK realiseren zich vaak niet dat zij te maken kunnen hebben met de strenge anti-corruptiewetgeving van die landen. Het hebben van een interne klokkenluidersregeling is een belangrijk onderdeel daarvan.

The Foreign Corrupt Practices Act

De Amerikaanse Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)¹ heeft extraterritoriale werking en is daardoor in bepaalde gevallen ook rechtstreeks van toepassing op Nederlandse ondernemingen. De FCPA bevat een verbod op (het voornemen tot) omkoping van buitenlands overheidspersoneel en een aantal geboden met betrekking tot boekhouding, verslaggeving en interne controlesystemen.

Het verbod tot omkoping van buitenlands overheidspersoneel geldt allereerst voor 'issuers', onder meer ondernemingen waarvan de aandelen op een Amerikaanse beurs staan genoteerd. Het gaat daarbij om binnenlandse en buitenlandse ondernemingen². Ten tweede geldt het verbod voor 'domestic concerns', zijnde alle natuurlijke en rechtspersonen die in de V.S. zijn gevestigd, naar Amerikaanse wetgeving zijn georganiseerd of Amerikaanse burger zijn³. Tenslotte geldt het verbod tot omkoping ook voor (buitenlandse) ondernemingen die direct of indirect zaken doen met bedrijven in de V.S. ('interstate commerce') en in dat kader samenwerken met 'issuers' of 'domestic concerns' met het oog op omkoping van buitenlands overheidspersoneel⁴. Aan het criterium van 'interstate commerce' wordt snel voldaan. Uit de toelichting op de FCPA blijkt dat een email versturen aan een 'issuer' of 'domestic concern' of een betaling

via een Amerikaanse bank al voldoende kan zijn met als gevolg dat de FCPA van toepassing is.

Voor de boekhouding en verslaggeving hanteert de FCPA een open norm. De boekhouding en verslaggeving moeten een accurate, eerlijke en voldoende gedetailleerde weergave zijn van de verrichte transacties en bezittingen van de onderneming die onder de FCPA valt. Daarnaast verlangt de FCPA een intern controlesysteem of compliance programma om de betrouwbaarheid van de boekhouding en verslaggeving te waarborgen. Ondernemingen die onder de FCPA vallen, dienen zelf te beoordelen op welke wijze zij hun intern controlesysteem of complianceprogramma dienen in te richten. In de Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (**Resource Guide**)⁵ wordt een aantal elementen vermeld waar een compliance programma uit zou kunnen bestaan, zoals 'confidential reporting and internal investigation'. Blijkens de Resource Guide is dit een interne klokkenluidersregeling.

The Bribery Act 2010

In de UK kent men de Bribery Act 2010 (**Bribery Act**). Ook deze regeling heeft een breed extraterritoriaal bereik waardoor de Bribery Act in bepaalde gevallen van toepassing is op Nederlandse ondernemingen.

1 The Foreign Corrupt Practices Act, Publ.L. 105-366 (November 10, 1998)

2 § 78-dd-1 sub g FCPA

3 § 78-dd-2 sub h FCPA

4 § 78-dd-3 sub a FCPA (het verbod)

5 By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance



De Bribery Act stelt vier handelingen strafbaar, namelijk actieve omkoping, passieve omkoping en omkoping van buitenlandse ambtenaren. Daarnaast kent de Bribery Act een bijzondere bepaling die van toepassing is op 'relevant commercial organisations (RCO)' en het nalaten om omkoping te voorkomen strafbaar stelt (artikel 7 Bribery Act 'failure to prevent bribery'). Straffbaar is een RCO wanneer een met de RCO 'associated person' iemand omkoopt om zakelijk voordeel te halen. Een RCO is een lichaam of samenwerkingsverband dat is opgericht of tot stand is gekomen naar Engels recht, of een lichaam of samenwerkingsverband dat ondernemingsactiviteiten⁶ verricht in de UK. Wat precies wordt verstaan onder 'ondernemingsactiviteiten' wordt in de Bribery Act niet toegelicht. In de Guidance Bribery Act 2010⁷ (Guidance) staat vermeld dat de invulling daarvan in principe wordt overgelaten aan de rechter, en met 'gezond verstand' moet worden benaderd. Voorts beschrijft artikel 8 van de Bribery Act de 'associated person' als een persoon die diensten verricht voor of namens de RCO.

De Bribery Act geldt allereerst voor omkopingshandelingen die verricht zijn in de UK. Is de omkopingshandeling niet verricht in de UK, maar wel door een (rechts)persoon die nauw verbonden is met de UK, dan kan eveneens vervolging op grond van de Bribery Act plaatsvinden. Voor de 'failure to prevent bribery' geldt een ruimer bereik. De enige vereiste link is dat de RCO een ondernemingsactiviteit in brede zin verricht in de UK, waarbij de omkoping daar niet eens aan hoeft te zijn gerelateerd⁸. Dit ruime extraterritoriale bereik kan in theorie tot bizarre aansprakelijkheden leiden⁹:

(.....) in theorie kan hierdoor een Nederlandse onderneming met een kleine (maar 'demonstrable') 'business presence' in de UK vervolgd worden wanneer haar Russische werknemer in Afrika een Chinees omkoopt (....)

Wanneer een RCO artikel 7 Bribery Act heeft geschonden, dan biedt het artikel de mogelijkheid om aan aansprakelijkheid te ontkomen door te bewijzen dat binnen haar organisatie adequate procedures gelden ter voorkoming van omkoping. De term 'adequate procedures' is principle based¹⁰. De Guidance biedt hiervoor enkele beginselen, waaronder het hebben van een klokkenluidersregeling.

De klokkenluidersregeling

Gelet op het extraterritoriale bereik van de FCPA en de Bribery Act kan een Nederlandse onderneming te maken krijgen met deze regelingen. In beide regelingen is het hebben van een interne klokkenluidersregeling van belang. In Nederland heeft de regering voor werknemers die misstanden binnen hun bedrijf aan de kaak stellen jaren zelfregulering bepleit¹¹. Het is dan ook geen verrassing dat veel internationaal opererende Nederlandse ondernemingen intern voor klokkenluiders amper tot niets hebben geregeld.

Het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Wet Huis voor klokkenluiders (Initiatiefwetsvoorstel) beoogt een wettelijk raamwerk te bieden voor het stimuleren van het melden van ernstige misstanden en het beschermen van deze klokkenluiders. Daartoe regelt het Initiatiefwetsvoorstel de oprichting van het Huis. Bij het Huis kunnen individuen¹² melding maken van misstanden binnen de organisatie. Het uitgangspunt is dat de melding eerst intern moet

worden gedaan. Ondernemingen met tenminste 50 werknemers worden verplicht een interne klokkenluidersregeling op te stellen. In het Initiatiefwetsvoorstel is voorts een aantal vereisten vastgelegd waaraan die interne procedure moet voldoen. Pas nadat een melding intern niet naar behoren is behandeld of volgens het Huis van een werknemer in redelijkheid niet kan worden gevraagd om eerst een melding te doen bij de eigen organisatie, kan een klokkenluider melding doen bij de afdeling onderzoek van het Huis. Een klokkenluider kan te allen tijden bij de afdeling advies van het Huis terecht voor vragen over de wijze waarop een misstand kan worden gemeld. Zodra een melding is gedaan mag een werkgever de klokkenluider niet ontslaan of op andere wijze benadelen tijdens het onderzoek en na de uitkomst daarvan. De klokkenluider moet dan wel te goeder trouw zijn en zorgvuldig hebben gehandeld¹³.

Het gevolg van het Initiatiefwetsvoorstel is dat Nederlandse ondernemingen die mogelijk vallen onder de FCPA en Bribery Act minder kwetsbaar zijn. Als het Initiatiefwetsvoorstel van kracht wordt, dan dwingt dit de Nederlandse ondernemingen immers om een interne klokkenluidersregeling op te stellen waardoor tegemoet wordt gekomen aan (een deel) van de FCPA en/of de Bribery Act.

Conclusie

Veel internationaal opererende Nederlandse ondernemingen beschikken nog niet over een interne klokkenluidersregeling. Dat maakt hen kwetsbaar onder de FCPA en de Bribery Act. Het Initiatiefwetsvoorstel dwingt de Nederlandse ondernemingen om een interne klokkenluidersregeling op te stellen waardoor tegemoet wordt gekomen aan (een deel) van de FCPA en/of de Bribery Act.

6 In artikel 7 Bribery Act wordt gesproken over 'carry on a business'

7 www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf (Guidance van de Secretary of Justice)

8 Deze bepaling stelt namelijk niet het vereiste dat de omkopingshandeling moet hebben plaatsgevonden in de UK of dat de 'associated person' nauw verbonden is met de UK.

9 Mr R. van 't Hullenaar Bedrijfsjuridische berichten, De Britse Bribery Act 2010: relevant(ie) voor Nederlandse ondernemingen

10 Zie in dit verband ook de Joint prosecution guidance of the Director of the Serious Fraud Office and Director of Public Prosecutions, www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery_act_2010_joint_prosecution_guidance_of_the_director_of_the_serious_fraud_office_and_the_director_of_public_prosecutions.pdf

11 Dit leidde tot een gedragscode inclusief modelregeling van de Stichting Arbeid (2003) en een klokkenluidersbepaling in de Corporate Governance Code (2003)

12 Daaronder begrepen werknemers, uitzendkrachten of zzp'ers

13 Zie ook Mr M. Benbrahim en Mr F.C. van der Jagt, Klok en klepel: klokkenluidersregelingen vanuit arbeids- en privacyrechtelijk perspectief, Tijdschrift voor ondernemingsrecht, editie 5