

# *Van corporate governance naar good governance*

## **Inleiding**

Met enige regelmaat besteden de media aandacht aan omkopingsschandalen. Zeer recent nog was daar de aandacht voor het schandaal rondom de omkoping door Mobil van (buitenlandse) overheidsdienaren, waarbij aanzienlijke hoeveelheden steekpenningen zouden zijn betaald bij het winnen van contracten voor de exploratie en exploitatie van het Tengiz-veld in Kazachstan, en de kwestie van de bouwfraude-enquête. Deze media-aandacht geeft aanleiding tot enige beschouwingen over (internationaal) ondernemen in een breder juridisch perspectief.

## *Good governance*

Daar waar thans in Nederland en omliggende landen het debat rondom *governance* zich voornamelijk toespitst op het vergroten van de bescherming van de belangen en de mate van zeggenschap van bij de onderneming betrokken belanghebbenden (*corporate governance*), wordt het begrip *governance* in internationaal verband reeds geruime tijd betrokken bij het idee dat een onderneming niet alleen in eng, vennootschappelijk, verband verantwoordelijkheid draagt ten opzichte van haar stakeholders, maar ook in breder verband verantwoordelijkheid heeft te dragen, namelijk ten opzichte van de maatschappij als zodanig. De term *corporate governance* sluit in dat opzicht aan op de internationaal publiekrechtelijk gebezigde term *good governance*.

### **Governance in internationaal perspectief**

Het is in dat kader dan ook niet verwonderlijk dat het onderwerp *corporate governance* op de websites van multilaterale internationale organisaties als die van de Internationale Kamer van Koophandel of de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OECD) rechtstreeks verbonden wordt aan onderwerpen van meer ethische en maatschappelijke aard als (*good*) *governance*, *codes of conduct* en, niet in de laatste plaats, (*anti*-)*corruption*.

Illustratief in dit kader zijn de OECD Principles of Corporate Governance (hierna: de OECD Principles), tot stand gebracht in 1999 en onderschreven door de betrokken ministers van de lidstaten van de OECD (waaronder Nederland). De OECD Principles zijn rechtstreeks het gevolg van en maken onderdeel uit van vele pogingen op internationaal niveau om een zodanig (wettelijk) kader te scheppen, dat de transparantie en de integriteit van het internationale zaken doen worden verhoogd. Dat strookt ook met het oogmerk van vele multilaterale organisaties: het oogmerk om regionaal of wereldwijd de economische groei te verhogen en duurzame economische groei te bewerkstelligen.

Bij het verwezenlijken van een dergelijke brede doelstelling hoort óók het aanpakken van alle factoren die daarop van bedreigende invloed kunnen zijn, zoals het witwassen van geld, het tegengaan van (boekhoudkundige) fraude en het bestrijden van oneerlijke mededinging. Ook omkoping en corruptie zijn zulke factoren. Omkoping en corruptie ondermijnen het publieke gezag en het vertrouwen in het opereren van zakelijke en financiële markten. De economische groei van een land kan daardoor worden belemmerd.

### **Corruptiebestrijding in internationaal verband**

Het onderwerp 'corruptie' staat al een aantal decennia op de agenda van de internationale publiekrechtelijke fora. Zo zijn de Verenigde Naties reeds lange tijd doende (sinds 1976) met het opstellen van een verdrag ter bestrijding van corruptie (de UN Convention against Corruption). Daarvoor is zelfs een permanente missie van de Verenigde Naties in het leven geroepen. Ook de Organisatie van Amerikaanse Staten (OAS) droeg in de jaren tachtig al haar steentje bij met de Inter-Amerikaanse Conventie tegen Corruptie. De aanleiding voor de internationale pogingen om te komen tot het scheppen van een juridisch kader om omkoping tegen te gaan zijn rechtstreeks terug te voeren op de commotie die ontstond rondom omkopingspraktijken in de olie-industrie en de Lockheed-affaire.

Een van de internationale organisaties die zich op een prominente manier en met succes als een van de eersten heeft gemanifesteerd in het ontwikkelen van gedragsregels omtrent omkoping en corruptie, was de Internationale Kamer van Koophandel (ICC). De ICC kent een lange geschiedenis in het promoten van regels om omkoping tegen te gaan. Zij publiceerde reeds in 1977 haar Rules on Extortion and Bribery in International Business Transactions (herzien in 1999). De ICC creëerde in verband met haar Rules een bijzonder Comité, dat niet alleen de OECD adviseerde omtrent haar pogingen regels te stellen om het omkopen van buitenlandse overheidsdienaren aan banden te leggen, maar thans ook de Verenigde Naties van commentaar voorziet in haar pogingen om te komen tot een wereldwijde conventie.

### **De OECD-Conventie en andere internationale verdragen**

De pogingen van de OECD om te komen tot een internationaal juridisch instrument om omkoping van buitenlandse overheidsdienaren tegen te gaan resulteerden, onder sterke lobby van de Verenigde Staten, in 1997 in de Convention on Combatting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (de Conventie), die door alle dertig lidstaten van de OECD en vier niet-lidstaten (inmiddels is ook een vijfde niet-lidstaat toegetreden tot de Conventie) werd aangenomen. Als meest recente wetgeving mogen tot slot het in het kader van de Raad van Europa totstandgekomen Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (Straatsburg, 27 januari 1999, Trb. 2000, 130) en het Verdrag betreffende de Europese Unie, inzake corruptie in de privésector (PbEG 1998 L 358) niet onvermeld blijven.

In V&O 1998, nr. 5 werd al uitgebreid stilgestaan bij de Conventie en aandacht besteed aan het terrein waarop de nationale wetgeving van de bij de OECD aangesloten lidstaten aangepast diende te worden. Zo dienden de bij de OECD aangesloten landen binnen afzienbare tijd na ratificatie van de Conventie onder andere te komen tot strafbaarstelling van omkoping van buitenlandse overheidsdienaren. Om de strafdreiging afdoende kracht bij te zetten diende – voor wat betreft de strafmaat – aansluiting te worden gezocht bij de strafmaat die gold voor het omkopen van eigen functionarissen. Ook zouden de lidstaten naar aanleiding van de Conventie wettelijke bepalingen dienen aan te nemen voor het voeren van een deugdelijke, inzichtelijke boekhouding, zodat besmette transacties niet buiten de boeken zouden kunnen worden gehouden.

### Corruptiebestrijding in Nederland

Inmiddels heeft het aannemen van de Conventie in Nederland (en een groot aantal andere verdragsstaten) geleid tot ratificatie van de Conventie. Als gevolg daarvan, en van de implementatie van sommige bepalingen van de Verdragen die opgesteld werden door de Raad van Europa, is aanpassing gevolgd van enkele bepalingen van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering (Wet van 13 december 2000 tot herziening van een aantal strafbepalingen betreffende ambtsmisdrijven in het Wetboek van Strafrecht enz. (herziening corruptiewetgeving), in werking getreden op 1 februari 2001). Op de invoering van de aangepaste anti-corruptiebepalingen uit het Wetboek van Strafrecht is nog geen aanpassing van de bepalingen van Boek 2 inzake het voeren van de boekhouding gevolgd. Dat past ook niet in het Nederlandse systeem van de wet. Dit in tegenstelling tot de Verenigde Staten, waar strikte regels over het voeren van de boekhouding een belangrijk middel vormen om het (strafrechtelijk) toezicht op de handel en wandel van ondernemingen vorm te geven. Een voorbeeld daarvan zijn de bepalingen in de federale Foreign Corrupt Practices Act 1976, die strikte regels geven omtrent het voeren van de boekhouding en die een vooraanstaande rol spelen bij de vervolging van omkoping van buitenlandse overheidsdienaren in de Verenigde Staten.

Het meest bijzondere gevolg van de nieuwe Nederlandse anti-corruptiewetgeving is wel dat, door middel van een eenvoudige schakelbepaling, *extraterritoriale werking* wordt verleend aan de 'klassieke' bepalingen betreffende omkoping uit het Wetboek van Strafrecht. Zagen deze bepalingen voorheen slechts op strafbaarstelling van omkopingsgedragingen die zich in *Nederland* hebben voorgedaan, thans is ook hij die in het buitenland omkoopt, in Nederland strafbaar (vooropgesteld dat omkoping ook in het betreffende land strafbaar is). Dergelijke extraterritoriale werking wordt slechts in zeer extreme gevallen toegekend, bijvoorbeeld voor wat betreft in het buitenland gepleegde zedemisdrijven ten aanzien van minderjarigen.

Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat Nederland in haar strafbaarstelling van omkoping van (buitenlandse) overheidsdienaren verder gaat dan de meeste andere bij de Conventie aangesloten landen. Overtreders van de betreffende bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht worden bedreigd met gevangenisstraffen en geldboetes die, variërend van de aard van de omkoping, kunnen oplopen tot negen jaar (in geval van omkoping van rechters) of geldboetes van de vijfde categorie. Bij het bepa-

len van de hoogte van de straf is het onderscheid van belang of sprake is van actieve dan wel passieve omkoping. Het maakt daarbij verschil uit of giften of beloften zijn gedaan met het oogmerk om de betreffende ambtenaar te bewegen om al dan niet handelingen te verrichten die al dan niet in strijd zijn met zijn plicht om iets te doen of na te laten (zie voor een uitgebreide beschouwing over de betreffende bepalingen J.F.L. Roording in *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 106 e.v.).

De bestraffing van omkoping van buitenlandse overheidsdienaren, beschouwd tegen de achtergrond van een internationaliserende en globaliserende economie, riep destijds bij de behandeling van het wetsontwerp in de media veel vraagtekens op. De vraag die daarbij centraal stond, richtte zich vooral op het feit of ondernemingen die internationaal actief zijn en daarbij vaak grote investerings- en andere financiële risico's lopen en bij hun handelen met zeer uiteenlopende overheden te maken krijgen, strafrechtelijk gezien op dezelfde manier moeten worden behandeld als bedrijven die zich beperken tot lokale, nationale handel en die deze risico's niet lopen. Daarbij werd tevens in beschouwing genomen dat niet elke 'gift of belofte' kwalificeert als een corruptieve steekpenning. Het doen van giften is immers in bepaalde landen ter wereld cultureel geaccepteerd en überhaupt niet strafbaar. Wat hiervan ook zij, met het aannemen van de Wet van 13 december 2000 is thans ook het omkopen van buitenlandse overheidsdienaren strafbaar en vervolgbaar in Nederland. Bijkomstigheid daarvan is dat, hoewel dat voorheen mogelijk was, ook de aftrekbaarheid van in het buitenland betaalde steekpenningen daarmee is komen te vervallen.

Vreemd genoeg hebben deze aanpassingen (buiten de strafrechtelijk georiënteerde fora) niet tot zeer veel (juridische) discussie in Nederland geleid, hoewel de gevolgen van de nieuwe wetgeving bepaald verstrekkend kunnen zijn, zeker voor multinationale ondernemingen die opereren in (internationale) markten, daar waar het spanningsveld tussen de publieke en de private sector zich het sterkst laat voelen. De oliesector (voornamelijk de up-stream-sector) en de luchtvaartindustrie, maar ook de bouwsector zijn wat dat betreft goede voorbeelden van sectoren die van oudsher in verband met de aard van de ondernemingen, de grote (financiële en publieke) belangen die met deze sectoren gepaard gaan, en de mate van bemoeienis van de overheid, gevoelig zijn voor corruptie. Het zijn niet voor niets deze sectoren die de meeste publieke belangstelling genieten wanneer omkoping van (buitenlandse) overheidsdienaren aan de orde is. Om de transparantie van het (internationaal) zaken

doen te vergroten en oneerlijke mededinging in corruptiegevoelige sectoren tegen te gaan kennen vele landen niet voor niets uitgebreide regels omtrent openbare aanbesteding.

#### Overige juridische aspecten

Het bestraffen van omkoping heeft in Nederland (afgezien van de commotie rondom de Lockheed-affaire, inmiddels al weer bijna dertig jaar geleden) niet vaak in de belangstelling gestaan. In de media werd hooguit aandacht besteed aan de burgemeester, de wethouder en het gemeenteraadslid die in ruil voor een reis of het bouwen van een huis een contract gunden aan een contractspartij van een lokale overheid. Bij de overige juridische gevolgen van omkoping werd over het algemeen niet lang stilgestaan. Nu de bouwfraude-enquête aan het licht heeft gebracht dat omkoping en corruptie niet beperkt blijven tot lokale overheden, maar ook op nationaal niveau een impact hebben, zijn de publieke sector en de private sector en de verhouding waarin zij tot elkaar staan, uitgebreider voorwerp van onderzoek.

Het wettelijk kader in Nederland biedt voldoende mogelijkheden om strafrechtelijk de omgekochte, maar ook de omkoper aan te pakken. Ook het privaatrecht en het mededingingsrecht bieden overigens deze mogelijkheden. Het lijkt erop dat enkele van de partijen die betrokken zijn bij de bouwfraude, met al deze aspecten van het recht geconfronteerd zullen worden.

Indien een strafrechtelijke vervolging succes heeft, zal het voor de betrokken concurrenten van de omkoper wellicht eenvoudiger worden om wegens de omkoping die heeft plaatsgevonden, een onrechtmatige-daadsactie in te stellen (zie voor de civielrechtelijke gevolgen van omkoping A.F.M. Dorresteyn, *Corruptie en privaatrecht*, Arnhem 1982). Ook de veroordeling tot het betalen van een mededingingsrechtelijke boete zou daartoe aanleiding kunnen geven, vooropgesteld dat in beide gevallen aantoonbare schade voor de concurrent is ontstaan. Het bewijsrechtelijke probleem voor personen die schade hebben geleden als gevolg van omkoping, wordt bij een succesvolle strafvervolging immers kleiner.

#### Tot slot

Integriteit in het (internationaal) zaken doen staat steeds meer in de schijnwerpers. De internationale corruptiewetgeving vormt daar een onderdeel van. Of de integriteit van het zaken doen vergroot wordt door invoering

van deze wetgeving, valt te bezien. De efficiëntie van de wetgeving valt of staat met het vervolgingsbeleid dat gevoerd zal worden op basis van de wetgeving. Gelet op het huidige vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie geniet het vervolgen van ambtelijke omkoping niet de hoogste prioriteit, laat staan de vervolging van omkoping van buitenlandse overheidsdienaren. Bovendien wordt het OM, indien het overgaat tot vervolging van omkoping, geconfronteerd met problemen van bewijsrechtelijke aard. Of het ambtelijk apparaat ingericht is om te komen tot succesvolle vervolging van ambtelijke omkoping, zal de komende tijd leren. De uitspraken die zullen volgen in het kader van de zaken die thans naar aanleiding van de bouwfraude onder de rechter zijn, zullen daar meer inzicht in geven. Interessant is daarbij de vraag of de zakenwereld als zodanig strafrechtuitspraken op basis van de anti-corruptieregels zal aangrijpen om ook privaatrechtelijk de gevolgen van corruptie aan te pakken. Pas dan zal de anti-corruptiewetgeving succesvol blijken te zijn.

*Mr. S.T. Kortekaas  
Loyens & Loeff*