
De Amerikaanse Foreign Corrupt Practices Act

Inleiding

Na de Sarbanes-Oxley-wetgeving lijkt wederom Amerikaanse wetgeving de oversteek van de Atlantische Oceaan te wagen. Ditmaal gaat het om de al oudere Amerikaanse Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), vervat in 15 U.S.C. §§ 78m, 78dd-1 tot en met 78dd-2 en 78ff. De FCPA verbodt omkoping van buitenlandse ambtenaren en stelt regels met betrekking tot de boekhouding. Sinds 2003 zijn de inspanningen van de Amerikaanse overheid tot handhaving van de FCPA toegenomen. Met name de Securities and Exchange Commission (SEC) is agressiever geworden bij het handhaven van de naleving van de FCPA door beursgenoteerde bedrijven.¹ Blijkens 15 U.S.C. § 78m(b) en § 78l is de FCPA mede van toepassing op Nederlandse beursfondsen die tevens effecten hebben uitgegeven die genoteerd zijn in de Verenigde Staten (VS). Daarnaast kan de FCPA van toepassing zijn op Amerikaanse dochtermaatschappijen van Nederlandse bedrijven en Amerikaanse bestuurders in dienst bij Nederlandse bedrijven.²

In deze bijdrage zal ik achtereenvolgens aandacht besteden aan achtergrond en werkingssfeer van de FCPA, het verbod tot omkoping en de regels met betrekking tot de boekhouding. Verder behandel ik handhaving en mogelijke straffen bij overtreding en zal ik afsluiten met een conclusie.

Achtergrond

In 1977 werd de FCPA in de VS uitgevaardigd als gevolg van een aantal binnenlandse en buitenlandse omkopschandalen, waarbij in totaal zo'n vierhonderd grote bedrijven betrokken waren. Toentertijd richtte de FCPA zich slechts tot Amerikaanse bedrijven en natuurlijke personen met de Amerikaanse nationaliteit met een verbod om buitenlandse ambtenaren om te kopen. Daarnaast stelde de FCPA boekhoudkundige regels en 'internal control'-vereisten aan op Amerikaanse beurzen genoteerde bedrijven.³

De leden van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, waaronder de VS, kwamen in 1998 de *Convention on Combating Bribery of Foreign*

-
1. R.C. Cook, *The Foreign Corrupt Practices Act: Effective Compliance*, Metrocorp counsel (www.metrocorp.counsel.com/html/print_article.php?EntryNo=4924) en F.J. Warin & J.A. Monahan, *Recent Developments under the Foreign Corrupt Practices Act: Lessons for Compliance and Disclosure*, *Insights* (19) 2006-6, p. 9-15.
 2. *U.S. v. Saybolt North America, Inc. v. Saybolt, Inc.*, Cr. No. 98-10266 WGY (D. MA), August 1998.
 3. R.W. Tarun, *Basics of the Foreign Corrupt Practices Act. What Every General Counsel, Transactional Lawyer and White Collar Criminal Lawyer Should Know*, 2006, p. 1 (www.lw.com/resource/Publications).

Public Officials in International Business Transactions (hierna: de 'OESO anti-corruptie Conventie') overeen. De VS implementeerden voornoemd verdrag door de FCPA in 1998 te wijzigen als gevolg waarvan de Amerikaanse overheid tevens jurisdictie verkreeg over niet-Amerikaanse bedrijven en natuurlijke personen die binnen de VS, ofwel direct ofwel door middel van een derde, een corrupte betaling verrichten.⁴

Werkingsfeer

Via verschillende wegen kan de FCPA van toepassing zijn op Nederlandse bedrijven en hun bestuurders:

- a. De FCPA is van toepassing op bedrijven, die effecten hebben uitgegeven, die genoteerd zijn (*registered*) in de VS (hierna: *issuers*). Binnen deze definitie vallen Nederlandse bedrijven waarvan effecten genoteerd zijn in de VS, bijvoorbeeld Nederlandse bedrijven die American Depositary Receipts hebben uitstaan, die genoteerd zijn in de VS. In totaal gaat het om zo'n twintigtal Nederlandse bedrijven die onder het begrip *issuer* vallen en waarop derhalve de FCPA rechtstreeks van toepassing is.
- b. De FCPA strekt zich mede uit over omkoping door personen met de Amerikaanse nationaliteit. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt of de omkopingen al dan niet zijn verricht op het grondgebied van de VS. Het gevolg hiervan is dat de FCPA van toepassing is op Amerikaanse bestuurders van Nederlandse bedrijven, die, waar ook ter wereld, betrokken zijn bij omkopingen, zoals volgt uit 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g)(2) en 78dd-2(i)(2).
- c. Omkopingen, verricht door Nederlandse bedrijven en/of hun bestuurders, vallen onder de FCPA, indien voornoemde omkopingen of handelingen ter bevordering van omkoping zijn verricht binnen of vanuit de VS, bijvoorbeeld indien er handelingen ter bevordering van omkoping hebben plaatsgevonden op Amerikaans grondgebied, zoals telefoongesprekken, e-mails of vergaderingen betreffende een omkoping, of indien betalingen vanaf een Amerikaanse bankrekening zijn verricht.

In een zaak uit 2001 werd een Indonesisch accountantskantoor en een van haar senior partners aangeklaagd, waarbij de aanklacht luidde dat het accountantskantoor en de partner een ongeoorloofde betaling aan een Indonesische ambtenaar hadden goedgekeurd met de bedoeling om de belastingaanslag voor een Amerikaanse cliënt te verlagen. De Amerikaanse rechter nam jurisdictie aan, onder andere op basis van het feit dat het accountantskantoor een onjuiste factuur naar de VS had gestuurd.⁵

- d. De FCPA is op grond van 15 U.S.C. § 78dd-2(a) van toepassing op Amerikaanse dochtermaatschappijen van Nederlandse houdstermaatschappijen en de, al dan niet Nederlandse, bestuurders, werknemers en agenten van deze dochtermaatschappijen, werkzaam in de VS.

Een voorbeeld van een zaak waarbij een Nederlandse CEO en (indirect) een Nederlandse BV betrokken waren, is de zaak *U.S. v. Saybolt*.⁶ Dit was de eerste FCPA-zaak waarbij personen zonder de Amerikaanse nationaliteit werden aangeklaagd en veroordeeld.⁷ In *U.S. v. Saybolt* werden de CEO en de *chairman of the board* van Saybolt, Inc. (de *chairman* was tevens CEO van de Nederlandse moedermaatschappij) veroordeeld op basis van een door hen geautoriseerde betaling van \$ 50.000 aan een Panamese ambtenaar. De gelden waren afkomstig van een bankrekening van de Nederlandse moedermaatschappij van Saybolt, Inc. De Amerikaanse rechter nam jurisdictie aan mede op basis van e-mailverkeer in en naar de VS inzake de corrupte betaling. De CEO, een Brit (ingezetene van de VS), werd veroordeeld tot vier maanden gevangenisstraf, vier maanden huisarrest en een boete van \$ 20.000. De Nederlandse *chairman of the board* werd aangeklaagd op identieke gronden, maar verblijft in Nederland. De Amerikaanse dochtermaatschappij kreeg een boete opgelegd ter hoogte van \$ 1,5 miljoen.

De inhoud van de FCPA

De FCPA bevat twee onderdelen:

1. het verbod op omkoping; en
2. de boekhoudkundige voorschriften.

Ad 1: Het verbod tot omkoping en uitzonderingen

• *Het verbod*

De FCPA (15 U.S.C. §§ 78dd-1(b) en 78dd-2(b)) verbiedt *issuers*, Amerikaanse bedrijven (*domestic concerns*), bestuurders, werknemers en agenten van *issuers* en Amerikaanse bedrijven of een aandeelhouder die handelt ten behoeve van een *issuer* of Amerikaans bedrijf, een corrupte betaling van geld of iets anders van waarde aan een buitenlandse ambtenaar, aan een buitenlandse politieke partij of aan een kandidaat voor een buitenlandse politieke functie te verrichten, aan te bieden, te beloven of te fiat-teren, waarbij gebruik wordt gemaakt van een '*instrumentality of interstate commerce*' (zoals telefoon, fax, e-mail of post) ter beïnvloeding van voornoemde personen met het oogmerk om business te bemachtigen of te behouden of ander ongepast voordeel te behalen. Het verbod strekt zich tevens uit tot betalingen, verricht door voornoemde groep aan een derde, wanneer men wetenschap heeft dat de be-

4. Tarun 2006, p. 1.

5. U.S. and SEC v. KPMG Siddharta Siddharta & Harsono, Civil Action No. H-01-3105 (S.D. Tex.) (filed September 11, 2001).

6. Cr. No. 98-10266 WGY (D. MA).

7. J.G. Martin, Compliance with the foreign corrupt practices act of 1977 in the post-Sarbanes-Oxley world, 2004, p. 44-45 (www.winstead.com/articles) (zie ook: U.S. v. Saybolt North America, Inc. v. Saybolt, Inc.).

Vennootschap & Onderneming

taling zal worden doorgesluisd door deze derde naar een buitenlandse ambtenaar, naar een buitenlandse politieke partij of naar een kandidaat voor een buitenlandse politieke functie.

• De uitzonderingen

Er zijn uitzonderingen en rechtvaardigingsgronden op voornoemd verbod. De uitzonderingen worden blijkens 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a) en 78dd-2(a) gevormd door *'facilitating payments'*, die verricht worden met het oogmerk om de uitvoering van routinematige overheids-handelingen van een buitenlandse ambtenaar te versnellen of zeker te stellen. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(3)(A) en 78dd-2(h)(4)(A) geeft voorbeelden van 'routinematige overheids-handelingen': het verkrijgen van vergunningen, licenties en andere officiële documenten, vereist om zaken te mogen doen in het buitenland; het verwerken van overheidspapieren (zoals visa's); het verschaffen van politiebescherming; het ophalen en bezorgen van de post, het verschaffen van telefoondiensten en toelevering van water en elektriciteit; het laden en lossen van vracht; en handelingen van vergelijkbare aard. Onduidelijk is wat 'handelingen van vergelijkbare aard' zijn. Daarnaast noemt de FCPA geen limiet ten aanzien van het bedrag van de *facilitating payments*. De Amerikaanse rechter heeft zich nog niet uitgesproken over de toepassing van de *facilitating payments*-uitzondering, met als gevolg dat er een groot grijs gebied bestaat tussen illegale en legale betalingen.⁸ Over het algemeen wordt echter aangenomen dat de bovengrens \$ 100 is.

Een rechtvaardigingsgrond, vervat in 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c) en 78dd-2(c), kan worden gevonden in het feit dat:

- de betaling geoorloofd is onder de wetten van het desbetreffende land; of
- de betaling een redelijke en bonafide uitgave was, zoals reis- en verblijfkosten, gemaakt door of ten behoeve van een buitenlandse ambtenaar en rechtstreeks gerelateerd aan: (1) de promotie, demonstratie of uitleg van goederen of diensten; of (2) de uitvoering van een contract met een buitenlandse overheid.

Ten aanzien van de eerste rechtvaardigingsgrond is op te merken, dat in weinig landen in de wereld omkoping wettelijk is toegestaan. Derhalve is de bruikbaarheid van de eerstgenoemde rechtvaardigingsgrond twijfelachtig en uiterst beperkt.

De tweede rechtvaardigingsgrond biedt ruimte om buitenlandse ambtenaren voor bepaalde doeleinden uit te nodigen, maar dit betekent in geen geval een vrijbrief om voornoemde personen onbeperkt te fêteren. In de zaak *U.S. v. Metcalf & Eddy*⁹ werd een Egyptische ambtenaar

tot tweemaal toe uitgenodigd om met zijn vrouw en twee kinderen eerste klas naar de VS te vliegen, met tussenstops in Boston, Washington, D.C., Chicago, Disney World, San Diego en Parijs. Daarnaast ontving de Egyptische ambtenaar een onkostenvergoeding van 150% per dag, terwijl het bedrijf alle rekeningen voldeed. Het Amerikaanse bedrijf kreeg voor de geschetste feiten een forse boete opgelegd. In deze zaak waren de feiten vrij overzichtelijk. Echter, door het ontbreken van verdere jurisprudentie of aanwijzingen van het Amerikaanse ministerie van Justitie (*Department of Justice*, hierna: DOJ) is het onduidelijk wat 'redelijke en bonafide' uitgaven zijn, en met name wat de toelaatbaarheid is van uitgaven, gedaan in verband met het entertainment van en eventuele relatiegeschenken aan buitenlandse ambtenaren die op bezoek zijn.

Ad 2: De boekhoudkundige voorschriften

De FCPA stelt aan *issuers* twee eisen ten aanzien van de boekhouding:

- het voeren van een dusdanige boekhouding die tot op redelijk detail de transacties en vervreemdingen van de activa van de *issuers* precies en juist weergeeft; en
- het aanhouden van een toereikend systeem van *internal accounting controls* dat redelijke zekerheid biedt dat transacties alleen dan uitgevoerd worden en toegang tot de activa alleen dan wordt gegeven na goedkeuring door het management, en dat transacties op zo'n manier worden geadmistreerd dat de financiële verslaggeving kan geschieden conform de geldende *accounting principles*.

Aan deze boekhoudkundige eisen van de FCPA zal zijn voldaan, indien een bedrijf de Sarbanes-Oxley-regelgeving heeft geïmplementeerd.

Handhaving en straffen

Handhaving

Het DOJ is verantwoordelijk voor de straf- en civielrechtelijke handhaving van het verbod op omkoping,¹⁰ de SEC ziet toe op de naleving van de bepalingen ten aanzien van de boekhouding en het vereiste van *'internal control'*.¹¹ Niettegenstaande het voormelde bundelen de SEC en DOJ tegenwoordig hun krachten¹² om te trachten tot een veroordeling te komen zowel op grond van overtreding van het omkoopverbod als op grond van het overtreden van de bepalingen ten aanzien van de boekhouding en het vereiste van *'internal control'*. Hoewel er geen volledige statistieken met betrekking tot het aantal FCPA-zaken voorhanden zijn, aangezien schikkingen en FCPA-

8. Martin 2004, p. 3.

9. *U.S. v. Metcalf & Eddy* (D. Ma. 1999), FCPA Rep. 699.749.

10. United States Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act, Antibribery Provisions (www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/dojdocb.htm) (brochure januari 2006).

11. Tarun 2006, p. 7.

12. Warin & Monahan 2006, p. 9.

onderzoeken die niet leiden tot vervolging, niet openbaar worden gemaakt, lijken de DOJ en SEC de laatste jaren meer gebrand op de handhaving van de FCPA.

Straffen

De straffen die op overtreding van de FCPA staan, zijn niet mals: \$ 2.000.000 boete voor een *issuer* die het omkoopverbod overtreedt, \$ 100.000 boete en een gevangenisstraf van vijf jaar voor directeuren, werknemers of agenten die, handelend ten behoeve van een *issuer*, het omkoopverbod overtreden. \$ 25.000.000 boete voor overtreding van de boekhoudbepalingen door *issuers*, \$ 5.000.000 en een gevangenisstraf van twintig jaar voor natuurlijke personen voor hetzelfde feit. De hoogte van de straffen is mede afhankelijk van het feit dat een bedrijf een door hem begane overtreding vrijwillig openbaart en de medewerking die het aan de DOJ en SEC verleent wanneer laatstgenoemden onderzoek doen naar een overtreding.

Deze straffen worden ook daadwerkelijk uitgedeeld: Lockheed betaalde een boete van \$ 21,8 miljoen en een Lockheed-directeur kreeg anderhalf jaar gevangenisstraf, Titan Corporation betaalde een totaalbedrag van \$ 28,5 miljoen, een sales manager van General Electric kreeg zeven jaar gevangenisstraf, en het Zwitserse ABB Vetco Grey betaalde een totaalbedrag van \$ 16,4 miljoen, nadat een van haar Engelse en een van haar Amerikaanse dochtermaatschappijen veroordeeld waren voor omkoping, en zo zijn er meer voorbeelden te noemen. Het vermoeden bestaat dat de komende jaren de boetes die opgelegd worden na overtreding van de FCPA, zullen stijgen, en dat meer directeuren veroordeeld zullen worden tot gevangenisstraf voor hun betrokkenheid bij omkoping.¹³

Maar er zijn bijkomende gevolgen van een onderzoek naar of veroordeling op grond van overtreding van de FCPA, die wellicht zwaarder wegen dan een boete van een paar miljoen dollar. Wat te denken van de negatieve publiciteit, die een veroordeling of zelfs een onderzoek meebrengt, en de schade als gevolg hiervan op de bestaande relaties in het land waar de omkoping zich voorgedaan zou hebben. Daarnaast zijn de advocatenkosten en de tijd en aandacht die het management kwijt is in verband met een onderzoek enorm. Indien een bedrijf wordt veroordeeld voor overtreding van de FCPA, dan is het bedrijf daarna wettelijk uitgesloten van alle Amerikaanse overheidsopdrachten en kunnen private derde partijen die schade hebben ondervonden als gevolg van de overtreding door het bedrijf, zoals concurrenten die een contract zijn misgelopen, schadevergoeding eisen. Al met al genoeg reden voor bedrijven om te schikken met de DOJ en SEC om verder onderzoek en een mogelijke veroordeling te voorkomen.

Conclusie

Gezien de reikwijdte van de Amerikaanse jurisdictie met betrekking tot de FCPA, de strenge regels, de toename in de handhaving door de DOJ en SEC en de zware straffen, wordt het wellicht tijd dat Nederlandse bedrijven zich gaan verdiepen in de FCPA. Bedrijven dienen te onderzoeken wat hun *exposure* is onder de FCPA. Indien een bedrijf concludeert dat het binnen de scope van de FCPA valt, verdient het aanbeveling om interne regels en procedures vast te leggen in een zogenoemd *compliance program* ten aanzien van bijvoorbeeld de benadering en behandeling van buitenlandse ambtenaren, de inschakeling van buitenlandse agenten, de hoogte van toegelaten *facilitating payments*, enzovoort. Een dergelijk compliance-programma verdient echter in ieder geval aanbeveling met het oog op de hiervoor genoemde OESO anti-corruptie Conventie, die door 36 OESO-leden, waaronder Nederland, is geratificeerd en in hun wetgeving is opgenomen. Voorkomen blijft altijd beter dan genezen!

*Mr. L. Brabers
Allen & Overy*

13. Martin 2004, p. 25.